

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. R. Erinc Sağkan
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdürü / Managing Director

Av. Veli Küçük, TBB Genel Sekreteri

Yayından Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Gürkan Altun, TBB Başkan Yardımcısı

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Gürkan Altun
Av. Veli Küçük
Av. Gökhan Bozkurt
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu
Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD
Araştırma Görevlisi

Mustafa Horuş

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors*

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Havutçu
Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhuğlu
Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu
Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özkes
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel Özel
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sultan Üzeltürk
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Türkan Yalçın
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* (İsme göre alfabetik sıralanmıştır)

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. /
Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is a refereed review.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,
March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these
series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in
these series can not be republished without citation.

**Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM
Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye
Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is being permanently indexed
in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.**

İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokak No: 8
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312) 286 55 65
web:www. barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 300 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 : 28. 04. 2022

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 olmayanlar 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 makalede 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 hakem değerlendirme sürecinin tamamlanıp onaylandığı tarihi ifade eder.

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 verilmaz.
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, yayin@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 sonuna virgül konmalıdır.
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. Kurum, kuruluş, kurul, birleşim, oturum ve iş yeri, kanun, yönetmelik, anlaşma, sözleşme adlarına gelen eklerin kesme işaretiyle ayrılması,
Örneğin: Anayasa Mahkemesi'nin, Avukatlık Kanunu'nun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'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, İYUK'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. Yazı içinde kullanılacak kısaltmalara; ilk seferinde açık haliyle birlikte parantez içinde kısaltılmış hali, sonrasında sadece kısaltılmış hali olmak üzere yer verilmesi,
13. 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 Oğuzhan SAPAN /Tuğba ÜNSAL SAPAN**
Moleküler Genetik İncelemeler ve Bu İncelemeler ile Elde Edilen Verilerin Başka Ceza Yargılamalarında Kullanılması Sorunu / Molecular Genetic Examinations and the Problem of Using the Data Obtained by These Examinations in Other Criminal Proceedings
- 47 Yunus Emre KOÇAK**
Bahis ve Şans Oyunları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sorumluluğu / Criminal Responsibility in the Framework of Betting and Games of Chance
- 75 Ünal BOZDAĞ**
Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 7188 Sayılı Kanun Çerçevesinde Sanık Aleyhine Temyiz / (Appeal Against the Defendant within the Framework of Law Number 7188 on Criminal Procedure Law and Amendments in Some Laws)
- 107 Furkan YILDIZ**
Türk Silahlı Kuvvetleri'nde Görevli Sivil Memurların Asker Kişi Sıfatıyla İşledikleri Suçlarda Soruşturma İzni Vermeye Yetkili Mercinin Belirlenmesi / Determination of the Authorized Unit to Give Permission to Investigate in Crimes Performed by Civil Officers as Military Personnel in the Turkish Armed Forces
- 125 Aynur AYDIN / Y. Özhan TÜRKER**
Orman Alanlarının Turizme Tahsisinde Hukuki Süreç / Legal Process in Allocation of Forest Areas to Tourism
- 151 Özgür BİYAN / Güneş YILMAZ**
Fatura Düzenleme Süresi ile İlgili Hazine ve Maliye Bakanlığı'na Verilen Yetkinin Anayasal Açından Değerlendirilmesi / Evaluation of the Authority Given to the Ministry of Treasury and Finance Regarding the Duration of Invoice Arrangement According to Constitutional Approach
- 181 Alperen KORKMAZ**
Sosyal Medya Etkileyicilerinin Yaptığı Tanıtımların Örtülü Reklam Yasağı Bakımından Değerlendirilmesi / The Evaluation of the Promotions Done by Social Media Influencers With Respect to the Covert Advertising Prohibition

211 Uğur ERSOY / Alper KÜÇÜKAY

Şiddet Önleme Çalışmalarına Psikolojik ve Hukuki Bir Bakış / A Psychological and Legal Overview of Violence Prevention Studies

245 Olcay KARACAN

Hukukçuların Etik Sorumlulukları ve İlkelerin Rolü / Ethical Responsibilities of Lawyers and the Role of Principles

MAKALELER / ARTICLES

259 Hakan PEKCANİTEZ / Mine AKKAN

7343 Sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması

299 Talih UYAR

Dava Konusu Taşınmazın Beşinci Alıcısı Hakkında 'İİK.278/III-1' ve 'İİK.280/III' Uyarınca 'Tasarrufun İptali Davası' Açılabilir Mi?

351 Talih UYAR

Tasarrufun İptali Davalarında "Takip Konusu Alacağın Gerçek Bir Alacak Olması" Koşulu ile "Davacı-Alacaklının, Davalı-Borçluya Takip Konusu Miktardaki Parayı Verebilecek (Ödeyebilecek) Parasal (Mali) Gücü Bulunması Gerekliği" Koşulunun Uygulamada Yarattığı Sorunlar

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin Mayıs-Haziran 2022 sayısı dergi ekibinin özverili çalışmalarıyla okurlarıyla buluşuyor.

Geride bıraktığımız iki ay içerisinde Türkiye Barolar Birliği yönetiminin gündemini, farklı boyutlarda yaşanan hak ihlalleri ile avukatlık mesleğinin sorunlarına yönelik çözüm önerileri oluşturdu. Tam da kutla(ya)madığımız 5 Nisan Avukatlar Günü'nde, meslek örgütümüze sorulmadan Avukatlık Kanunu'nda değişiklik öngören bir kanun teklifi karşımıza çıkarıldı. Teklifteki düzenlemeleri ele almak üzere baro başkanlarımızla Ankara'da buluştuk. Toplantıda dile getirilen değerlendirmeleri Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu'na aktardık. Çoklu baro sistemiyle baroları bölen değişikliğin ardından, bu yeni teklif ile bu kez yurttaşların farklı adli yardım büroları arasında bölüneceğini, ayrısacağını ifade ettik.

Türkiye'nin dört bir yanında, meslektaşlarımıza yönelik ihlallere karşı barolarımızın ve meslektaşlarımızın yanında olmayı sürdürdük. Şiddete uğrayan meslektaşlarımızı Batman'da, Şırnak'ta, Mersin'de yalnız bırakmamak için çaba gösterdik. İstanbul Çağlayan Adliyesi'nde Adalet Nöbeti'ne katıldık. Sinop'ta yapılmak istenen nükleer santralle ilgili davada yer aldık. Meslektaşlarımızın da yargılandığı Gezi Davası duruşmasına katıldık. Özetle nerede bir hak ve adalet meselesi varsa, hukukun üstünlüğünden yana tavrımızla orada yerimizi aldık.

*

Türkiye'de adil yargılanma hakkına dair sorunların önemli bir ayağını ceza yargılamaları oluşturuyor. Derginin bu sayısında doğrudan ceza yargılamaları süreçlerine dair makalelerin yer almasını önemli bir katkı olarak değerlendiriyorum. Bunun yanı sıra, orman

Başkan'dan

alanlarının turizme açılması ve fatura düzenleme süreleri konusunda bakanlığa yetki verilmesi meselelerini ele alan çalışmaların gündemle yakın ilişkisine dikkat çekmek isterim.

Dergide yer alan üç makalenin ise Türkiye Barolar Birliğinin üç acil gündemiyle doğrudan ilişkisini vurgulamak gerekiyor. Üç acil gündem konumuzu meslek kurallarının güncellenmesi, reklam yasağı yönetmeliğinin güncellenmesi ve şiddetin önlenmesi oluşturuyor. Bu anlamda, hukukçuların etik sorumluluklarını tartışan, sosyal medyada örtülü reklam konusunu ele alan ve şiddet önleme çalışmalarına odaklanan makalelerin meslek örgütümüz çatısı altında yürüttüğümüz çalışmalara katkı sağlayacağını düşünüyoruz.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne katkı sunan yazarlarımıza ve hakemlerimize, ayrıca yayının gerçekleşmesini sağlayan dergi emekçilerimize teşekkür ediyorum.

Saygılarımla,

Av. R. Erinç Sağkan
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELER VE BU İNCELEMELER İLE ELDE EDİLEN VERİLERİN BAŞKA CEZA YARGILAMALARINDA KULLANILMASI SORUNU

MOLECULAR GENETIC EXAMINATIONS AND THE PROBLEM OF USING THE DATA OBTAINED BY THESE EXAMINATIONS IN OTHER CRIMINAL PROCEEDINGS

Oğuzhan SAPAN*
Tuğba ÜNSAL SAPAN**

Özet: DNA'nın keşfiyle birlikte moleküler genetik incelemeler ceza soruşturmaları ve kovuşturmalarında etkili şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Bu incelemenin öncesindeki işlemler ve incelemenin kendisinin temel insan haklarına müdahale edişi nedeniyle, buna dair esas ve usuller ceza muhakemesi mevzuatlarında ayrıntılı şekilde düzenlenmektedir.

Gelişen teknoloji, incelemeler neticesinde elde edilecek verilerin bir veri tabanına kaydedilerek başka soruşturma ve kovuşturmalarda kullanılmasına olanak tanısa da Türk ceza muhakemesi mevzuatında bunun mümkün olup olmadığına dair açık bir hüküm getirilmemesi karşısında pratikte farklı uygulamalara gidildiği görülmektedir.

Bu çalışmada, öncelikle moleküler genetik incelemenin bir parçası olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına değinilmiştir. Daha sonra DNA'nın bilimsel geçmişi ve aşamalarıyla analiz sürecine, DNA veritabanlarının tarihi ve hukuki gelişimine ve Türk ceza muhakemesi hukukunda moleküler genetik incelemelerin usulüne dair açıklamalarda bulunulduktan sonra bu incelemeler neticesinde elde edilen verilerin farklı soruşturma ve kovuşturmalarda kullanılmasının hukuken mümkün olup olmadığı tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Moleküler Genetik İnceleme, DNA, Veri, Kişisel Veri, DNA Veritabanı, Moleküler Genetik İnceleme Sonucunda Elde Edilmiş Verilerin İmhası

* İstanbul Anadolu Hâkimi, oguzhansapan@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2848-8880

** Dr. Öğr. Üyesi, Üsküdar Üniversitesi Bağımlılık ve Adli Bilimler Enstitüsü, tugba.unsalsapan@uskudar.edu.tr
ORCID: 0000-0003-4744-2298, Makalenin Gönderim Tarihi: 04.08.2021, Kabul Tarihi: 08.04.2022

Abstract: With the discovery of DNA, molecular genetic analyzes began to be used effectively in criminal investigations and prosecutions. Due to the procedures prior to this examination and the fact that the examination itself interferes with fundamental human rights, the principles and procedures regarding this are regulated in detail in the criminal procedure legislation.

Although the developing technology allows the data to be obtained as a result of the investigations to be recorded in a database and used in other investigations and prosecutions, it is seen that different practices are applied in practice in the absence of a clear provision as to whether this is possible in the Turkish criminal procedure legislation.

In this study, first of all, body examination, which is a part of molecular genetic analysis, and taking samples from the body are mentioned. Then, after explaining the scientific history and stages of DNA, the analysis process, the historical and legal development of DNA databases, and the procedure of molecular genetic analyzes in Turkish criminal procedure law, it has been discussed whether it is legally possible to use the data obtained as a result of these examinations in different investigations and prosecutions.

Keywords: Molecular Genetic Examination, DNA, Data, Personal Data, DNA Database, Destruction of Data Obtained As a Result of Molecular Genetic Analysis

GİRİŞ

Adli bilimlerin ceza muhakemesindeki etkinliğinin artmasıyla birlikte olay yeri incelemesi, delillerin toplanması, toplanan delillerin anlamlandırılması ve yorumlanması ile suç oluşturan eylemleri gerçekleştiren kişilerin tespitinin sağlanması bilimsel temellere oturmuştur.

Gelişen bilimsel teknikler neticesinde yapılan incelemelerin kişilerin temel hak ve özgürlüklerine öncesine kıyasla daha fazla müdahale etmesi nedeniyle, modern ceza muhakemesi hukukunda bu tekniklerin önceden kanunla çerçevesi belirlenmiş usuller dâhilinde yapılması yoluna gidilmiştir. Bu bağlamda yeni tekniklerden birisi de açıkça kişinin dokunulmazlığı ile maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına müdahale eden moleküler genetik incelemelerdir.

Ceza muhakemesi hukukunda şüpheli, sanık ya da diğer kişilerin bedenleri üzerinde yapılacak muayeneler, vücutlarından örnek alınması ve alınan örneklerin moleküler genetik incelemeye tabi tutulmasına dair tedbirler uluslararası sözleşmeler ve anayasalar uyarınca kişilerin vücut bütünlüklerine ve özel hayatlarına ağır müdahale teşkil ettiğinden sıkı şartlara tabi tutulmuştur.

Suç oluşturan bir eylemin gerçekleşmesi sonrasında insan bedeninde veya olay yerinde kalan delillerin hukukun çizdiği sınırlar içinde toplanması ile şüpheli, sanık ya da mağdurla bağlantısının kurulması için beden muayenesi ve moleküler genetik incelemeler yapılmaktadır. Uygulamada, moleküler genetik incelemeler sonucu elde edilen verilerin, laboratuvarında analizi yapan cihazlarca kayıt altına alındığı ve bu verilerin farklı soruşturma ve kovuşturmalarda kullanıldığı görülmektedir.

Çalışmamızda önce ilgisi nedeniyle beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına değinilecek, daha sonra moleküler genetik incelemelerin bilimsel yöntemine ve hukuki usulüne dair açıklamalarda bulunulacak, DNA veri tabanlarının tarihsel gelişim süreci ve DNA veri tabanı ile ilgili etik ve insan hakları tartışmalarının aktarılmasının ardından ve moleküler genetik incelemeler sonucunda elde edilen bilgilerin farklı soruşturmalarda kullanılması ve bu durumun hukuka uygunluğu sorunu tartışılacaktır.

I. BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI

Türk ceza yargılaması hukukunun temel kanunu olan CMK'nın 75 ila 81. maddelerinde kişilerin beden muayenesi, vücutlarından örnek alınması ve moleküler genetik inceleme yapılması önceki temel kanun olan CMUK'un aksine¹, ayrıntılı olarak düzenleme altına alınmıştır. Bunun yanında CMK m. 82'de öngörülen bu işlemlerin yapılması ile ilgili usullerin bir yönetmelik ile düzenleneceği belirtilmiştir. Bu hüküm gereğince, 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik (bundan sonra Yönetmelik olarak anılacaktır.) ihdas edilmiş ve aynı tarihte yürürlüğe konulmuştur.

CMK ve yukarıda belirtilen Yönetmelik'e göre, üst sınırı iki yıldan daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlara dair delil elde etmek için

¹ "Hazırlık soruşturmasında muayeneleri icabeden kimselerin muayeneleri, Cumhuriyet savcılarının talebi ile yapılır." (04.04.1929 tarih ve 1412 sayılı CMUK m. 66)

halen hayatta olan² şüpheli veya sanığın üzerinde iç beden³ muayenesi yapılabilmesine ve vücudundan sağlığına zarar verme tehlikesi bulunmaması şartıyla kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Karar, gecikmesinde sakınca bulunan hal⁴ kapsamında verilmiş ise, yirmidört saat içinde hâkimin veya Mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz (CMK m. 75/1, 5).

Şüpheli veya sanık sıfatını taşımayan diğer kişilerin beden muayeneleri ve vücutlarından örnek alınması da mümkündür.⁵ Şüphe-

² Ölü kişilerin bedenleri üzerinde yapılacak muayene ve örnek alma işlemleri ölünün adli muayenesi ve otopsi (CMK m. 86, 87) hükümlerine göre yerine getirilir. (Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. baskı, Ankara 2021, s. 436; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 249; Yenisey/Nuhoğlu, s. 664; Yargıtay 1. CD. 16.11.2020 tarih ve 2018/5059 E. 2020/2850 K.)

³ Yönetmelik'te dış beden muayenesi ve iç beden muayenesi ayrımı yapılmakta ise de CMK m. 75'te şüpheli veya sanık için yapılacak muayenelere dair sadece iç beden muayenesi düzenlenmiştir. Yönetmelik m. 3'te dış beden muayenesi "vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesi", iç beden muayenesi ise "kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi" olarak tanımlanmıştır. Ayrıca CMK m. 75/4'e göre, cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır. Yönetmelik m. 5/3 gereğince de girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri de dış muayene olarak değerlendirilir.

Buradan çıkan sonuç, CMK m. 75/1 ve 5'teki sınırlamaların dış beden muayenesi için geçerli olmadığıdır. Öyle ki, Yönetmelik m. 5/1'e göre bir suçta dair delil elde etmek için, şüpheli veya sanık için dış beden muayenesinin Cumhuriyet savcısı ile adli kolluk ya da kovuşturma makamlarının istemiyle yapılabilir. Bunun yanında dış beden muayenesi için suçun karşılığı olarak öngörülen cezanın miktarının bir önemi bulunmamaktadır.

⁴ Gecikmesinde sakınca bulunan hâl Yönetmelik m. 3'te "Derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâli" olarak tanımlanmıştır.

⁵ CMK m. 76'nın başlığı "Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması" olarak belirlenmiş ise de madde metninde sadece mağdurlara dair düzenleme bulunmaktadır. Kanun'dan farklı olarak Yönetmelik m. 7 ve 8'de "mağdur ve diğer kişilerin" beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınması hüküm altına alınmıştır. Yargıtay 1. Ceza Dairesi de Yönetmelik'teki belirleme gereğince CMK'nın bu hükmünü gerek mağdur gerekse diğer kişilerden örnek alınabileceği şeklinde yorumlamaktadır. (Yargıtay 1. CD. 16.11.2020 tarih ve 2018/5059 E. 2020/2850 K.)

li veya sağa göre bu kişiler bakımından öngörülen farklardan biri, uygulanan işlem sırasında kişilerin sağlıklarının tehlikeye düşürülme tehlikesinin bulunmamasının yanında ayrıca cerrahi müdahalede⁶ bulunulmaması gerekliliğinin getirilmiş olmasıdır (CMK m. 76/1). Bir diğer fark da mağdurun rızasının varlığı halinde karar alınması usulünün uygulanmasına gerek görülmemiş olmasıdır (CMK m. 76/2). Yine şüpheli veya sanık ile ilgili olarak bu işleme başvurulacak ise, suç oluşturan eylemin kanundaki karşılığı olarak suçun üst sınırının iki yıldan daha fazla hapis cezasını öngörmesi aranmış iken, diğer kişiler için böyle bir kıstasa yer verilmemiştir.

CMK m. 75 ve 76'da iç beden muayenesi ve kişilerin bedenlerinden örnek alınması işlemleri birbirinden ayrılmış ise de yapılacak hukuki işlemler aynı usule tabi tutulmuştur. Ancak Yönetmelik m. 4 ve devamında kanuni düzenlemeden farklı olarak beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemleri ayrı maddelerde ele alınmış ve usulleri ayrı ayrı gösterilmiştir. Doktrinde de bu düzenlemeler nedeniyle vücuttan örnek alınmasının beden muayenesi kapsamında görülme-yip ayrıca düzenlendiğine ve işlemlerin birbirinden farklı olduğuna vurgu yapılmaktadır.⁷

İç beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi⁸ tarafından yapılabilir (CMK m. 75/3).⁹ Ancak kişinin vücut yüzeyinde bir başka kişiye ait

⁶ Cerrahi müdahale Yönetmelik m. 3'te "Tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar" olarak tanımlanmıştır.

⁷ Ayşe Özge Atalay, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemelerin Özel Nitelikli Kişisel Verilerin Korunması Açısından Değerlendirilmesi", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2019, Cilt: 7, Sayı: 2, s. 139; Necat Batur, "Ceza Yargılamasında Moleküler Genetik İnceleme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016, Sayı: 126, s. 83; Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. baskı, İstanbul 2020, s. 330; Esra Demir, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemelerin Yeri ve Elde Edilen Moleküler Genetik Verilerin Akıbeti*, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 41; İzzet Özgenç, "Beden Muayenesi, Vücuttan Biyolojik Örnek Alma, Moleküler Genetik İnceleme ve DNA Verilerinin Muhafazası İşlemleriyle İlgili Rıza ve Yetki Sorunları Üzerine Hukuki Değerlendirmeler", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt: XXIV, Sayı: 3, s. 240; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 225.

⁸ Yönetmelik m. 3 gereğince, "Tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler" sağlık mesleği mensupları olarak tanımlanmıştır.

⁹ Ancak Yönetmelik'in 4 ila 8'inci maddelerinde kanundan farklı hükümler getirilmiş, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin iç ve dış beden muayenesinin ancak tabip

olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örnekler olay yeri inceleme uzmanları tarafından alınabilir (Yönetmelik m. 23).

II. MOLEKÜLER GENETİK İNCELEME

A. DELİL NİTELİĞİ

Ceza muhakemesi hukukunda delil serbestisi ilkesi benimsenmiştir.¹⁰ CMK m. 217/1 gereğince ispatlanmak istenilen hususun her türlü delille ispatı mümkündür ve tüm deliller ispat gücü bakımından eşit değerdedir.¹¹ Ancak bir hususun her türlü delille ispat edilebilmesi serbestisi sınırsız ve keyfi nitelikte değildir. Bu anlamda delillerin gerçekçi, akla mantığa uygun, bir olayı temsil edici, ispat bakımından önemli, müşterek ve hukuka uygun olmaları gerekir.¹²

Deliller, doktrinde farklı açılardan tasnif edilmektedir. En çok kabul gören sınıflandırmaya göre deliller beyan, belge ve belirti delili olarak üç ana kısma ayrılır.¹³ Ceza muhakemesinde moleküler genetik incelemelerde kullanılan biyolojik örnekler, olaydan arta kalan her türlü iz ve eser anlamına gelen¹⁴ belirti delilleri kapsamındadır. Aynı zamanda bunların anlamlandırılmasında adli bilimlerin analiz yöntemleri kullanıldığı için elde edilen sonuçlar bilimsel delil¹⁵ niteliğinin-

tarafından; şüpheli, sanık ya da diğer kişilerin vücutlarından örnek alınması işleminin ise tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu tarafından yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu haliyle CMK m. 75/3'te şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinin tabip veya sağlık mesleği mensubu tarafından yapılabileceği kabul edilmiş ise de Yönetmelik hükmünde bu işlemi gerçekleştirebilecek kişinin sadece tabip olarak belirlendiği görülmektedir.

¹⁰ Centel/Zafer, s. 248; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 584, 659; Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Efser Erden Tütüncü/Özge Sırma Gezer/Yasemin F. Saygılar Kırıt/Esra Alan Akcan/Özdem Özaydın /Derya Altınok Villemin/Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. baskı, Ankara 2021, s. 295; Şahin/Göktürk, s. 22, 23; Yenisey/Nuhoğlu, s. 525, 526.

¹¹ Centel/Zafer, s. 248.

¹² Centel/Zafer, s. 250, 251; Gedik, s. 70 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 659, 660; Öztürk/Tezcan/Erdem/Erden Tütüncü/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Altınok Villemin/Tok, s. 297; Şahin/Göktürk, s. 23 vd.; Yenisey/Nuhoğlu, s. 531 vd.

¹³ Centel/Zafer, s. 252; Gedik, s. 76; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 584, 585; Şahin/Göktürk, s. 26; Yenisey/Nuhoğlu, s. 536.

¹⁴ Centel/Zafer, s. 306; Öztürk/Tezcan/Erdem/Erden Tütüncü/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Altınok Villemin/Tok, s. 334; Şahin/Göktürk, s. 54; Yenisey/Nuhoğlu, s. 560.

¹⁵ Yenisey/Nuhoğlu, bilimsel delil olarak isimlendirilen delillerin birçoğunun bir

dedir.¹⁶ Ancak moleküler genetik incelemeler neticesinde elde edilen veriler bilimsel delil olsa da tek başına bir ispat kuvvetleri yoktur.¹⁷ Yani moleküler genetik inceleme sonucunda şüpheli veya sanığa ait DNA'nın olay yerinde veya mağdurun üzerinde tespit edilmesi sanığın mahkûmiyeti için tek başına yeterli değildir. Belirti delilleri ancak diğer delillerle desteklenmesi halinde mahkûmiyet için elverişli olacaktır.¹⁸

Bu bağlamda olay yerinden elde edilen biyolojik deliller ile fiil, şüpheli ve mağdur arasında bağlantı kurması durumunda önem kazanmaktadır. Bu sebeple adli bilimlerin gelişimi ile tanık beyanı gibi sübjektif bulunan delillere nazaran bilimsel nitelikteki biyolojik deliller önemli hale gelmiştir.¹⁹

B. BİLİMSEL GEÇMİŞİ VE GENEL OLARAK DNA

Temel bilimler ve tıp biliminde çeşitli amaçlarla kullanılan ve CMK'da "moleküler genetik incelemeler" şeklinde ifade edilen "DNA analizleri"; yargı mercilerine bilimsel deliller sunabilmek amacıyla kullanılan kimliklendirme yöntemidir.

1944 yılında Avery ve arkadaşları kalıtımı gerçekleştiren yapının DNA (*Deoksiribo Nükleik Asit*) olduğunu açıklamıştır. David Bostein ve arkadaşları da 1980 yılında, kişilerin DNA'ları üzerinde farklılıklar olduğunu söylemiştir. 1985 yılında ise Alec Jeffreys DNA üzerinde polimorfik tekrar eden bölgeleri keşfederek adli bilimlerde DNA'nın kullanılmasını sağlamıştır. "DNA parmak izi" adı verilen bu teknik ilk olarak 1985'te İngiltere'de bir adli olayın araştırılmasında kullanılmıştır. Yöntemin başarı göstermesi üzerine DNA analizi; mağdur, fail ve olay yerinin ilişkilendirilmesinde kullanılan bir yöntem olarak ka-

bilimsel mütalaa olup sübjektif olduğunu, yanılmanın daima mümkün olduğunu ifade etmektedir. (Yenisey/Nuhoğlu, s. 534) Bilimsel delil ile ilgili ayıntılı bilgi için bkz. Olgun Değirmenci, "Bilgi Toplumunun Delil Türü: Sayısal Deliller ve Bilimselliği", *Fasikül Hukuk Dergisi*, 2014, C. 9, S. 97, s. 22 vd.

¹⁶ Gedik, s. 131.

¹⁷ Şahin/Göktürk, s. 54; Yenisey/Nuhoğlu, s. 677.

¹⁸ Centel/Zafer, s. 306, 307; Şahin/Göktürk, s. 54; Yenisey/Nuhoğlu, s. 677; Yargıtay 12. CD. 20.04.2021 tarih ve 2020/10420 E., 2021/3742 K.

¹⁹ Henry C. Lee/Carll Ladd, "Preservation and Collection of Biological Evidence", *Croatian Medical Journal*, 2001, C: 42, S:3, s. 225.

bul görmüştür.²⁰ O tarihten beri alınan biyolojik örnekler ile kişilerin DNA'ları analiz edilerek bireylerin soybağı tespiti yapılabildiği gibi ayrıca öldürme, yaralama, cinsel saldırı, hırsızlık gibi birçok vakada olay yerinden elde edilen biyolojik örneklerden (semen, tükürük, kan, kıl, epitel hücre, kemik vs.) izole edilen DNA'dan profil elde edilerek şüpheli şahıslar ile olay yeri ilişkilendirilebilmekte ve DNA'nın kime ait olduğu belirlenebilmektedir.²¹

DNA tek yumurta ikizleri hariç kişiye özgü kalıtsal olarak aktarılan bir bilgi olup kişinin tüm hücrelerinde aynı DNA mevcuttur. Yani kişinin kanından, dökülen deri döküntüsünden, epitel hücrelerinden, semeninden, kemik ya da saç örneğinden özetle tüm biyolojik örneklerden aynı DNA elde edilebilir. Hücrelerimizdeki DNA 50 bin ila 100 bin geni kodlayan *Adenin*, *Timin*, *Guanin* ve *Sitozin* adında dört tipte baz içerir. Bu bazlar 3 milyar baz çifti oluşturur ve bu diziliminin tamamı genetik bilgi olan *genomu* meydana getirir. İki insanın DNA'sı birbirine %99,8 oranında benzer. Bireyler arasındaki DNA farklılıkları ise sadece %0,2'lik bir kısımda gerçekleşmektedir. Bu kısım da toplumda çeşitlilik gösteren genleri oluşturur. Her birey, her bir geni için biri anneden biri babadan gelen iki *alele* sahiptir. Birey iki alelden daha fazlasına sahip olamaz. Ancak toplumda aynı gen için çok sayıda farklı alel bulunabilir. Farklılığın nedeni, DNA'nın yapısına katılan dört çeşit bazın farklı sayı ve sırada dizilişinden kaynaklanır. Kişilerin ayırt edilip kimliklendirilebilmesi bu sayede gerçekleşir.²²

C. ADLİ ANALİZLERDE DNA'NIN İNCELENEN BÖLGELERİ VE STR KAVRAMI

Yukarıda belirtildiği gibi hücrenin çekirdeğinde bulunan DNA, 3 milyar baz çiftinden meydana gelir. Bu 3 milyar baz çiftinin sadece 20 bin ila 25 bini gen bölgelerinden oluşur. Genler, DNA'nın üzerinde belirli fonksiyonları kodlamak üzere bulunan bölgelere verilen addır.

²⁰ Duncan/Tracey, s. 226; A.J. Jeffreys/ V. Wilson/SL. Thein, "Individual-Specific 'Fingerprints' of Human DNA", *Nature*, 1985, C: 316, s. 76.

²¹ L. Chan, "Advances in molecular biology with applications in clinical medicine", *Klin Lab*, 1992, C: 38, s. 2-4; J. Robertson/A.M. Ross/L.A. Burgayne, *DNA in Forensic Science: Theory, Techniques and Applications*, New York 1990, s. 26.

²² John M. Butler, *Forensic DNA Typing: Biology, Technology, and Genetics of STR Markers*, 2nd edition, London 2005, s.147,148. (Kısaltma: Butler 2005)

Her bir gen, bir proteini yani kişinin karakteristik özellikleri ya da yaşamsal fonksiyonları için gerekli bilgiyi kodlar. Bu bölgelere “*ekzonik bölgeler*” denir. DNA’nın geriye kalan çok büyük bir kısmı baz dizilerinin tekrarlarından oluşur. Bu bölgelere “*intronik bölgeler*” adı verilmekte olup herhangi bir karakteristik özellik kodlamazlar.²³

DNA’nın kodlama yapmayan (*intron*) bölgelerinde ardışık tekrar eden diziler bulunmaktadır. Bu tekrar eden dizilerin (AGAT vb.) sayıları kişiden kişiye çeşitlilik gösterir (2 tekrar, 5 tekrar gibi). Bu çeşitlilik *polimorfizme* yani kişiler ve toplumlar arası farklılıklara neden olur. Bu farklılıklar da adli DNA analizlerinin temelini oluşturmaktadır. Bu sebeple Yönetmelik m. 3’te “... kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerin moleküler düzeyde araştırılması” olarak yapılan tanımla, DNA’nın kodlama yapmayan intronik bölgesi kastedilmekte olup, yapılacak inceleme sadece kişiler arası farklılık gösteren bu bölgelerin kullanılmasıyla sınırlandırılmaktadır.

Genomda *lokus* adı verilen çeşitli tekrar dizilerinin bir arada çalışılması işlemine “DNA parmak izi” yöntemi adı verilmektedir. Bu yöntem adli bilimlerde ilk defa 1986 yılında uygulanmıştır. Bu analiz sayesinde bireye özgü DNA profili elde edilmektedir.²⁴

Devam eden çalışmalarla günümüzde tüm dünyada kabul gören moleküler genetik incelemeler kapsamında insan kimliklendirme bölgeleri olan STR (*Short Tandem Repeats- Kısa Art Arda Tekrar Dizileri*) lokuslarının keşfi adli DNA analizlerinin merkezi olmuştur. DNA’nın kodlama yapmayan bölgesi üzerinde STR lokusları, 2-7 baz çifti uzunluğunda, belli bir baz dizisinin ardı sıra tekrarıyla meydana gelmektedir. Bu lokusların tekrar eden baz motifi sayısının kişiden kişiye farklılık göstermesinden yararlanarak, adli amaçlı biyolojik materyallerin kimliklendirilmesi ve soybağının tespiti yapılmakta-

²³ J. Watson/F. Crick, “Molecular Structure of Nucleic Acids: A Structure for Deoxy-ribose Nucleic Acid”, *Nature*, 1953, C: 171, s. 737,738.

²⁴ P. Gill/D.J. Werrett, “Exclusion of a man charged with murder by DNA fingerprinting”, *Forensic Science International*, 1987, C: 35, s.145,146; A.J. Jeffreys/V. Wilson/SL. Thein, “Individual-Specific ‘Fingerprints’ of Human DNA”, *Nature*, 1985, C: 316, s.76,77; H.C. Lee/C. Ladd/MT. Bourke/E. Pagliaro/F. Tirmady, “DNA typing in forensic science I. Theory and background”, *The American Journal of Forensic Medicine and Pathology*; 1994, C: 15, S:4, s.269, 270.

dır. Bu lokusların, yukarıda söz edildiği gibi, DNA'nın intron bölgesinde yani gen kodlamayan bölgelerde (hastalık dışındaki özellikler) olmaları sebebiyle kişilerin ayırt edilmesi dışında hastalıkları, göz renkleri, ten renkleri gibi kişisel özellikleri belirlemede kullanılamazlar.²⁵ Bu sebeple de etik kaygılarla adli DNA analizlerinde ideal olarak son otuz yıldır adli kimliklendirme amacıyla STR lokusları aktif bir şekilde kullanılmaktadır.²⁶

Adli DNA analizlerinde kullanılacak STR lokuslarının kişileri ayırım gücü çok yüksek olup çoklu olarak çalışıldığında (en az 13 adet STR bölgesi) ayırım gücü %99,999'lara varmaktadır. Adli bilimlerde 1989-1992 yıllarından itibaren kullanılan STR lokuslarının tüm dünyada ortak dil olarak aynı standartta çalışılmasını sağlamak üzere Uluslararası Adli Hemogenetik Derneği (*ISDH, International Society of Forensic Hemogenetics*) 1992 yılında STR lokus ve alellerinin isimlendirilmesinde bazı kurallar çıkararak ilk standardizasyonu sağlamıştır.²⁷

²⁵ Bugün gelinen nokta itibariyle kişinin sadece kimliklendirilmesinde kullanılan STR bölgeleri haricinde; soruşturmaya yön vermek ve şüpheli havuzunu daraltmak için DNA üzerinde farklı bölgeler de kullanılmaya da başlanmıştır. Bu DNA bölgelerinden kaş-saç rengi, göz rengi, ten rengi gibi fenotipik özellikler belirlenebildiği gibi, kişinin biyocoğrafik soy tayini de yapılabilmektedir. Hatta son yıllarda bu konudaki çalışmaların ivme kazanmasıyla; kişinin DNA'sındaki verilerinden yola çıkılarak bu kişinin yüz morfolojisi hakkında belirlemelerde bulunulup özel yazılımlar aracılığı ile kişiye ait biyolojik robot resim çizmek mümkün hale gelmiştir. Bu sayede şüphelileri biyolojik robot resim ile aramanın yanı sıra bulunmuş iskelet kalıntılarında DNA'sı kullanılarak kişinin görüntüsü ve hangi soya ait olabileceği ile ilgili bilgileri kullanan ülkelerin sayısı artmaktadır. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mariana Grigore/Alina Avram, "Iris Colour Classification Scales--Then And Now". *Journal of Ophthalmology*, 2015, V. 59/1, s. 29-32.; Leonardo Arduino Marano/Cintia Fridman, "DNA phenotyping: current application in forensic science", *Research and Reports in Forensic Medical Science*, 2019, V. 9, s. 2-4; Peter M. Schneider/Barbara Prainsack/Manfred Kayser, "The use of forensic DNA phenotyping in predicting appearance and biogeographic ancestry", *Dtsch Arztebl Int*, 2019, V. 116, s. 873-877; Lu Qiao/Yajun Yang/Pengcheng Fu/Sile Hu/Hang Zhou/Shouneng Peng/Jingze Tan/Yan Lu/Haiyi Lou/Dongsheng Lu/Sijie Wu/Jing Guo/Li Jin/Yaqun Guan/Sijia Wang/Shuhua Xu/Kun Tang, "Genome-wide variants of Eurasian facial shape differentiation and a prospective model of DNA based face prediction", *Journal of Genetics and Genomics*, 2018, V. 45/ 8, s. 419, 420.

²⁶ Butler, 2005, s. 85-87.

²⁷ W. Bar/B. Brinkmann/P. Lincoln/WR. Mayr/U. Rossi, "DNA recommendations --1994 report concerning further recommendations of the DNA Commission of the ISFH regarding PCR-based polymorphisms in STR (short tandem repeat) systems", *International Journal of Legal Medicine*, 1994, C: 107, s. 159-160.

Farklı laboratuvarlarda aynı sayıda ve aynı STR bölgeleri (lokus) üzerinde çalışılmasının bir başka hedefi DNA veritabanları oluşturulması olmuştur. Konuyla ilgili ilk adımlar Birleşik Krallık ve ABD’de 1994 yılında atılmıştır. ABD’nin oluşturduğu DNA veritabanı olan CODIS (*Combined DNA Index System- Birleşik DNA İndeks Sistemi*) için Federal Soruşturma Bürosu (FBI) tarafından 13 STR lokusu belirlenmiştir. Bu lokuslar CODIS ve dünyadaki tüm laboratuvarlarda ortak dil oluşturmak adına belirlenmiş DNA bölgeleridir. Türkiye dâhil tüm ülkelerin kullandığı adli DNA analizi amaçlı bu lokusları ihtiva eden STR kitleri farklı firmalarca üretilmektedir. Bu sayede tüm dünyada adli DNA analizleri bir standarda oturmuş, bilimsel çalışma olmaktan çıkıp, farklı ülkelerce kabul edilen bir delil haline gelmiştir.²⁸

D. ANALİZ BASAMAKLARI

Olay yerinden tespit edilen veya şüpheli, sanık ya da mağdurdan alınan biyolojik örneklerin laboratuvara ulaştırılıp kabul aşamalarının tamamlanmasının ardından inceleme aşamasına geçilir. İnceleme altı basamakta gerçekleşir: adli serolojik testler, DNA izolasyonu, DNA miktar ölçümü, DNA’nın STR bölgelerinin çoğaltılması (*amplifikasyon*), çoğaltılan STR bölgelerinin görüntülenmek üzere elektroforezde ayrışması ve biyolojik örneklerden elde edilen kişiye ait DNA profili elde etme.²⁹

1. Adli Serolojik Testler

Adli DNA analizlerinde ilk hedef; laboratuvara ulaşan bulgunun öncelikle insan kaynaklı olup olmadığının, eğer insan kaynaklı ise hangi vücut sıvısı veya doku türü olduğunun tespitidir. Bu aşamada tarama (*presumptive*) ve doğrulama (*confirmatory*) testleri yapılmaktadır. Tarama ve doğrulama testleri ile rutin kriminal laboratuvarlarda bir biyolojik örneğin bugünkü teknoloji ile kan, menstrüel kan, semen, tükürük ya da idrar olduğu tespit edilmektedir.³⁰

²⁸ B. Budowle/TR. Moretti, “Genotype Profiles for Six Population Groups at the 13 CODIS Short Tandem Repeat Core Loci and Other PCR-Based Loci”, *Forensic Science Communications*; 1999, C. 1, S: 2, s. 1-2.

²⁹ HC. Lee/C. Ladd/MT. Bourke/E. Pagliaro/F. Tirnady, s. 270,271.

³⁰ W. Goodwin/A. Linacre/S. Hadi, *An Introduction to Forensic Genetics*, 2nd Edition, Chichester 2011, s. 23.

2. Biyolojik Örneklerden DNA İzolasyonu

İnsana ait olduğu tespit edilen biyolojik bulguların incelenmesinin ikinci basamağı biyolojik örnekten DNA'nın izole edilmesidir. Yani DNA, biyolojik örneğin hücresinden çıkarılmaktadır. Bu aşamada biyolojik örnek, hücreden ayrıştırılmakta ve sıvı olarak bir tüp içinde sadece DNA kalacak şekilde izole edilmektedir.³¹ Bilirkişi raporlarında bu sıvıya *DNA izolatu* ismi verilmektedir.

3. DNA Miktar Ölçümü

Adli DNA analizi yapmak üzere geliştirilmiş ticari kitlerin çalıştığı optimum DNA miktarı 1 nanogram/mikrolitredir. Adli laboratuvarlarda kalite standartları gereği dünyanın tüm adli DNA analizi yapan laboratuvarlarında kullanılan kitin prospektüsüne uygun olarak çalışılır. Bu sebeple biyolojik örnekten elde edilen sıvı haldeki tüpte bulunan DNA izolatının ne miktarda olduğu ölçülerek bir sonraki basamağa geçilir ve istenen miktarda DNA örneği, DNA izolatının içinden alınarak analize devam edilir. Analize yetecek kadarından sonra dahi izole edilmiş DNA tüpte bulunmaya devam eder.³²

Yönetmelik m. 14/3'te yer alan moleküler genetik inceleme amacıyla izole edilen DNA örneklerinin rapor hazırlandıktan sonra bilirkişi tarafından yok edileceğine yönelik ifade kanaatimizce bu izole DNA'nın tüpte arta kalan kısmı ile ilgilidir. Nitekim kalan bu DNA izolatu kişisel veri niteliğinde bulunup yeniden kullanılmaya müsait olduğundan imhası önem arz etmektedir.

4. DNA'nın STR Bölgelerinin Çoğaltılması (*Amplifikasyon*)

Adli DNA analizlerinde bir sonraki aşamada izole edilen DNA'ya (DNA izolatına) sadece istenilen bölgenin (herhangi bir kodlama, karakteristik özellik belirlemeyen sadece kişilerde farklılık gösteren tekrar eden dizileri olan STR bölgeleri) çoğaltılması anlamına gelen amplifikasyon basamağı uygulanır. Moleküler bir fotokopi makinesi gibi işlem yapan PCR (*Polymerase Chain Reaction- Polimeraz Zincir Reaksiyonu*), izolasyonu ve ölçümü yapılan DNA'nın milyonlarca kopyasını

³¹ Goodwin/Linacre/Hadi, s. 37-41.

³² Goodwin/Linacre/Hadi, s. 45-48.

üretmek için yapılır. 1993 yılında Kary Mullis ve çalışma arkadaşlarına Nobel Ödülü'nü getiren bu teknik sınırlı miktardaki DNA'nın çoğaltılabilmesine olanak sağlar.³³ Bu teknik, olay yerinde çeşitli etkenlere maruz kalmış, bozunmuş (*degrade olmuş*) ya da çok az miktarda bulunan biyolojik örneklerden DNA'nın belirlenen bölgelerinin milyonlarca kopyasının çıkarılmasını sağlar.³⁴

FBI tarafından belirlenip standardize edilen bu çoğaltılacak bölgeler, 13 STR bölgesi olup 2017 yılında minimum 20 bölge olacak şekilde belirlenmiştir. Şu an tüm dünyada ortak kitler kullanılmakta olup Türkiye'de bulunan laboratuvarlarda da 24 STR bölgesi içeren hazır ticari kitler ile DNA'nın sadece istenen bölgeleri çoğaltılmaktadır. Bu analizle DNA'nın kodlama yapmayan sadece kimliklendirme amaçlı 24 bölgesi çalışılmış olup, DNA'nın geri kalan hiçbir bölgesi hakkında (kalıtsal hastalık, saç rengi, göz rengi vs.) fikir sahibi olmak mümkün değildir.³⁵

5. Çoğaltılan STR Bölgelerinin Görüntülenmek Üzere Elektroforezde Ayrışması

Elektroforez, sulu bir çözelti içerisinde havada asılı duran taneciklerin, elektrik alan yardımıyla katottan anoda doğru yürütülmesidir. Bu işlem taneciklerin ayrılmasını sağlar. Yapılarına göre büyük olan tanecikler yavaş, küçük olan tanecikleri hızlı ilerler. Bu işlem PCR uygulanmış DNA örneğine uygulandığında daha öncesinde büyüklüğü tespit edilmiş bir örnekle karşılaştırması yapılarak, incelenmek istenen DNA'nın moleküler büyüklüğünü tespit etmektedir. İşlem esnasında kullanılan boyalar farklı dalga boylarında yansır. Adli bilimlerde kullanılan elektroforez yöntemi *kapiller elektroforez*dir.

Kapiller elektroforezlere *genetik analizör* adı da verilir ve dünyada adli amaçlı DNA analiz laboratuvarlarının tümü tek tip genetik anali-

³³ John M. Butler, *Fundamentals of Forensic DNA Typing*, San Diego 2010, s. 125,126.

³⁴ Goodwin/Linacre/Hadi, s. 53-56.

³⁵ Fei Guo/Hongying Shen/Huaizhou Tian/Ping Jin/Xianhua Jiang, "Development of a 24-locus multiplex system to incorporate the core loci in the Combined DNA Index System (CODIS) and the European Standard Set (ESS)" *Forensic Science International: Genetics*, 2014, C. 8, S. 1, s. 44; <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet> (Son erişim tarihi 20.07.2021).

zör cihazı kullanır. Elektroforetik olarak cihazda yürütülen DNA'nın STR bölgeleri yine cihazla birlikte üretici firmanın cihaza özgü temin ettiği özel bilgisayar ortamına aktarılır.³⁶

6. Biyolojik Örneklerden Kişiyeye Ait DNA Profili Elde Etme

Genetik analizörde dalga boyuna göre ayrılan STR bölgelerine ait aleller (anneden ve babadan aktarılan kişiyeye özgü DNA verileri) "pik" adı verilen grafiksel bir görselle bilgisayar sistemine aktarılırken sonuçlar cihazda otomatik olarak kayıt altına alınır. Bu işlemin oluşturduğu grafiklere "DNA profili" adı verilir yani şahısların anneden ve babadan gelen alelleri (moleküler kimlik profilleri) belirlenmiş olur.

Elde edilen DNA profillerine ait aleller analist tarafından diğer DNA profilleri ile (çalışılan şüpheli, sanık veya mağdura ait DNA örneği ya da soybağı tespitinde çalışılan DNA profilleri) karşılaştırma yapmasını sağlar. Bilirkişinin raporda belirtmesi gereken, bir kişiyeye olaya dâhil etme ya da dışlama durumu yani Cumhuriyet savcısı ya da hâkimin sorusunu yanıtlayacak bilgi, bu profillerin karşılaştırılması sonucu elde edilir.³⁷

Analizin bu aşamasında laboratuvarlardaki genetik analizör bilgisayarlarında adli amaçlı çalışılan biyolojik örneklerden elde edilen DNA profilleri bir veritabanı haline gelmektedir. Bu analistin inisiyatifiinde olmayıp üretici firma yazılımından kaynaklı otomatik bir işlemdir.³⁸

E. HUKUKİ USULÜ

CMK m. 78'e göre şüpheli, sanık veya diğer kişilerin bedenlerinden yukarıda belirtilen usul ve şartlar dâhilinde elde edilen örnekler veya bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları³⁹ üzerinde soybağının⁴⁰ veya elde edilen bulgunun şüpheliye, sanığa ya da

³⁶ Goodwin/Linacre/Hadi, s. 67-72

³⁷ Goodwin/Linacre/Hadi, s. 74-77.

³⁸ GeneMapper™ ID X Software v1.6, Applied Biosystems User Bulletin, Thermo Fischer Scientific, 2019, s. 12-14 (https://assets.thermofisher.com/TFS-Assets/LSG/manuals/100073905_GMIDX_v1_6_UB.pdf Son erişim tarihi 20.07.2021)

³⁹ Yönetmelik m. 3'te beden parçası "Bir bedeninin tamamlayıcı unsuru olan baş, gövde, kol, el, bacak, ayak gibi uzun ve iç organlar" şeklinde tanımlanmıştır.

⁴⁰ CMK gereğince yapılacak moleküler genetik inceleme soybağının tespiti amacıyla

mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu⁴¹ olması halinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Moleküler genetik inceleme CMK'da tanımlanmamış ise de Yönetmelik m. 3'te "*Gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerin moleküler düzeyde araştırılması*" olarak tarif edilmiştir.

Moleküler genetik incelemenin hukuki vasıflandırılması konusunda doktrinde tartışma bulunmakla beraber, çoğunlukla üzerinde durulan görüş, moleküler genetik incelemenin bu incelemeyi gerçekleştiren

yapılacak ise bunun bir ceza soruşturması ile ilgili (örneğin TCK m. 231'de düzenleme altına alınan çocuğun soybağının değiştirilmesi suçunda delil elde edilmesi amacıyla veya kişinin soybağına ilişkin bilgi edinilmesinin yapılan soruşturma veya kovuşturma bağlamında gerekli görülmesi) olması gerekmektedir. Burada hukuk muhakemesine dair soybağı incelemeleri kastedilmemektedir. (Atalay, s. 142; Centel/Zafer, s. 342; Demir, s. 25; Ayşe Nuhoglu, "Beden Muayenesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, C. 2, s. 327; Şahin/Göktürk, s. 81, dn. 113; Yenisey/Nuhoglu, s. 681) İkinci hale örnek olarak yabancı bir maktul ile ilgili olarak yürütülen kovuşturmada, maktulün kardeşi olduğunu iddia edip davaya katılma talebinde bulunan kişinin talebinin değerlendirilmesi için moleküler genetik inceleme yapılması gerekliliği gösterilebilir. (Atalay, s. 143; Yargıtay CGK. 27.3.2018 tarih 2017/1-225 E. 2018/129 K.); ayrıca Yargıtay 9. CD. trafik kazasında ölen bir kişinin kimliğinin tespiti için ölüden alınan örnek ile yakını olduğunu iddia eden kişiden alınan örneğin karşılaştırılması için CMK m. 78 gereğince moleküler genetik incelemeye tabi tutulabileceğini, bunun için CMK m. 79 gereğince karar verilmesine ilişkin talebin soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin tamamlandığına ve konunun Medeni Kanun hükümlerine göre çözülmesi gerektiğine yönelik kararı ölenin kimliğinin tespiti ve buna dair nüfus işlemlerinin soruşturma işlemlerinden olduğu ve adli makamlarca ifasının zorunlu bulunduğu, meselenin çözümünün Medeni Kanun'a dayandırılarak kişilerin iradelerine bırakılamayacağı, kişinin kimliğinin tespiti neticesinde kişinin yakınlarının verilecek karara karşı kanun yollarına başvuru haklarının doğacağına gözetilmemesi nedeniyle hukuka aykırı bulmuştur. (Yenisey/Nuhoglu, s. 684, 685; Yargıtay 9. CD. 01.07.2009 tarih ve 2009/8701 E., 2009/7816 K.)

⁴¹ Kanunda moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için bunun zorunlu olması gerektiğine yönelik ifade farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Bazı yazarlar bu ifade ile bu tedbirin ikincil bir nitelik arz ettiğini (Özbek/Bacaksız/Doğan, s. 441; Yenisey/Nuhoglu, s. 680) savunurken, bazı yazarlar da bu ifadede ile kastedilenin bu tedbirin ikincillik niteliği olmadığını, nitekim kanunkoyucunun böyle bir niyeti olsaydı CMK'da başka tedbirler için öngördüğü "başka suretle delil elde etme imkânının bulunmaması" şeklinde bir ibareye yer vereceğini ifade etmekte ve bu ibarenin oranlılığı vurgulayan bir ifade olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. (Ebru Altaş, "Bir Koruma Tedbiri Olarak Moleküler Genetik İncelemeler ve DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2007, C. 2, S. 3, s. 87, Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 262, 263)

Bu ifadeye yönelik detaylı açıklama için bkz. Atalay, s. 143.

kişi bakımından bilirkişi incelemesi, maddi gerçeğin ortaya çıkartılabilmesi amacıyla delil aranması nedeniyle keşif ya da olay yeri incelemesi ve beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması tedbirlerinin bir devamını teşkil etmesi, belirli hallerde elde edilen bilgilerin imha edileceğine dair hüküm bulunması nedeniyle koruma tedbiri özelliklerini bünyesinde barındıran karma nitelikte olduğuna yöneliktir.⁴²

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasından farklı olarak, moleküler genetik inceleme yapılması, buna dair ayrıca verilecek bir hâkim kararı ile mümkündür (CMK m. 79/1). Moleküler genetik inceleme yapılmasına karar verilmesi halinde, kararda inceleme ile görevlendirilen bilirkişinin de gösterilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır (CMK m. 79/1). Görevlendirilecek olan bilirkişi, gerçek veya tüzel kişi olabilir (Yönetmelik m. 13/2).

Moleküler genetik inceleme yapmak için görevlendirilecek bilirkişinin nitelikleri 03.11.2016 tarih ve 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu m. 10 ve CMK m. 64'ten farklı olarak m. 79/2'de ayrıca düzenleme altına alınmıştır. Buna göre yapılacak incelemeler için resmen atanan veya bilirkişilikle yükümlü olan ya da soruşturma veya kovuşturmayı yürüten makama mensup olmayan veya bu makamın soruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilat yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birimine mensup olan görevliler bilirkişi olarak atanabilecektir.⁴³ Yönetmelik m. 13/5'te Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı, üniversiteler ve Adli Tıp Kurumu objektif olarak ayrı birimler olarak gösterilmiştir.

⁴² Altaş, s. 81; Gülsün Ayhan Ayyörmez Uğurlubay, "Almanya, İsviçre ve Avusturya Hukuku Bağlamında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Adli DNA Analizleri", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2017, Cilt 5, Sayı: 2, s. 41; Batur, s. 76; Demir, s. 27; Doğan Gedik, Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, Ankara 2020, s. 246; Ahmet Gökçen/Murat Balcı/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. baskı, Ankara 2022, s. 366; Veli Özer Özbek, "DNA Verileri ve Türkiye Millî DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2007, C. 2, S. 3, s. 55 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 438-440; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 257-259; Nihal Temizsoy Bayram, Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İnceleme ve Elde Edilen Verilerin Delil Olarak Kullanılması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, s. 57; Şahin/Göktürk moleküler genetik incelemenin bir bilirkişilik işlemi, Yenisey/Nuhoğlu ise koruma tedbiri olduğu kanaatindedir. (Şahin/Göktürk, s. 81; Yenisey/Nuhoğlu, s. 677.)

⁴³ Yönetmelik'teki bu hükümde yer alan "soruşturma veya kovuşturmayı yürüten daire" ibaresi haklı olarak eleştirilmektedir. Ceza muhakemesi hukukumuzda belirtilen makamlar soruşturmayı yürütmemekte olup, kovuşturmayı yürüten daire şeklinde bir kavrama da yer verilmemiştir. (Şahin/Göktürk, s. 81, dn. 114)

İncelenecek bulgu bilirkişiye ilgilinin kimliğine dair bilgileri bildirilmeksizin verilir (CMK m. 79/2). Bu amaçla gizliliği sağlamak ve karışıklığa yer vermemek için güvenli ve gizli bir kayıt sistemi belirlenecek ve kayıt sisteminde bedeninden örnek alınan kişinin adı, soyadı adresi ve doğum tarihine karşılık gelen bir kod sistemi uygulanacaktır (Yönetmelik m. 13/4).

CMK m. 78/1'in son cümlesi ile alınan örnekler ve bulunup kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheliye, sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti amaçları dışında belirleme yapılması yasaklanmıştır. CMK m. 79/2 hükmünün ikinci cümlesi ile de inceleme yapmak üzere görevlendirilen bilirkişiye yasak moleküler genetik inceleme yapılmasını ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesini önleme yükümlülüğü getirilmiştir. Bunun yanında Yönetmelik m. 14/4'te moleküler genetik incelemelerin özel kalıtsal karakterler hakkındaki açıklamayı içermediği bilinen kromozom bölgesi ile sınırlı kalmasına özen gösterileceği belirtilmiştir.

CMK m. 78/1'de "75 ve 76'ncı maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde", CMK m. 78/2'de "bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde" yapılan genetik incelemeyi düzenleme altına alındığından, olay yerinin incelenmesi (04.07.1934 tarih ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ek m. 6/3 ve devamı; 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 9) neticesinde bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları dışındaki biyolojik delillerin veya adli arama sonucunda temin edilen biyolojik delillerin tek başına incelenmesi mümkün değildir.^{44,45} Çünkü CMK m. 78/1 moleküler genetik

⁴⁴ Yargıtay 6. CD. 11.04.2011 tarih ve 2009/18701 E., 2011/5063 K. sayılı kararında hırsızlık suçu nedeniyle yapılan bir soruşturmada olay yerinde bulunan eldiven poşeti üzerinde moleküler genetik inceleme yapılması için CMK m. 78 gereğince hâkim kararı bulunması gerektiğine karar vererek, talebin reddine ilişkin karar veren sulh ceza mahkemesi kararını hukuka aykırı bulmuştur. Yargıtay 2. CD. 10.04.2013 tarih ve 2012/21976 E., 2013/7760 K. sayılı kararında benzer yönde karar vermiş ve hâkim kararı olmadan alınan moleküler genetik inceleme sonucunun hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delil vasfında olacağını kabul etmiştir. (Demir, s. 106, dn. 568; Yenisey/Nuhoğlu, s. 684)

⁴⁵ Doktrinde bir beden parçası niteliğinde olmaması nedeniyle saç, kıl, cinsel salgı gibi materyallerin CMK m. 78/1 hükmü gereğince incelemeye tabi tutulamayacağı (Altaş, s. 89) ifade edilmekte ise de aynı fıkrada yer alan "elde edilen bulgunun"

incelemenin yalnızca soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheliye, sanığa ya da mağdura aidiyetinin tespiti için yapılabileceğini düzenleme altına almıştır. Buna göre olay yerinden elde edilen biyolojik örnek ile karşılaştırılacak örnek bulunmaması halinde, tek başına moleküler genetik incelemesi yapılması mümkün olmadığından moleküler genetik inceleme yapılmasına dair hâkim kararı verilmesi de mümkün değildir.⁴⁶ Yani CMK, mehz Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81g⁴⁷

moleküler genetik incelemeye tabi tutulabileceği yönündeki belirleme karşısında bu görüşe katılmıyoruz. Nitekim Kanun, m. 75 ve 76'daki işlemlerle temin edilen delile örnek, olay yerinden temin edilen delile de bulgu olarak işaret etmektedir. Yenisey/Nuhoğlu bu materyaller üzerinde moleküler genetik inceleme yapılması için CMK m. 78/2 delaletiyle ve m. 79/1 gereğince karar verilmesi gerektiğini ifade etmekteyse de CMK m. 79/1 gereğince hâkim kararı verilmesindeki zorunluluk bunların beden parçası olmasından değil; şüpheli, sanık ya da mağdurdan elde edilen örnek ile bu materyal üzerinde karşılaştırma yapılmasında hâkim kararına tabi tutulmasından kaynaklanmaktadır. (Bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 680, 681)

⁴⁶ Aynı yönde bkz. Atalay, s. 142, Altaş, s. 93. Ancak Yargıtay 6. Ceza Dairesi, Cumhuriyet Başsavcılığı'nın CMK m. 78 gereğince müştekiden alınan biyolojik örnekler üzerinde şüphelinin kimliğinin tespiti ve daha önceki olaylarda elde edilen ve muhafaza edilen DNA örnekleri ile karşılaştırma yapılarak aidiyetinin belirlenmesi amacıyla moleküler genetik inceleme yapılması talebinin CMK m. 80 uyarınca gizlilik ilkesi gereğince reddine dair kararı hukuka aykırı bulmuştur. (Yargıtay 6. CD. 18.03.2013 tarih ve 2013/2793 E., 2013/5134 K.)

⁴⁷ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun DNA Kimliklendirmesi başlıklı § 81g hükmüne göre, önemli bir suçtan veya cinsel dokunulmazlığa karşı bir suçtan şüpheleniliyorsa ve atılı suçun türü veya icrası, sanığın kişiliği ya da diğer bulgular ağır cezayı gerektiren bir suç için gelecekte kendisine karşı ceza yargılaması yapılmasının gerekeceğini varsaymak için nedenler sunulursa, gelecekteki ceza yargılamalarına esas olmak üzere o olaydaki şüphelinin kimliğini belirlemek için vücut hücreleri alınabilir ve bunlar kişinin DNA profilini ve cinsiyetini belirlemek için moleküler genetik olarak incelenebilir. (Özbek, s. 65 vd.; Wolters, s. 40) Eğer kişi suç işlemeyi alışkanlık haline getirmiş ise bu durumda belirtilen suçlardan olmasa da aynı şekilde işlem yapılabilmesi mümkündür. (Wolters, s. 40) Hükmün ikinci fıkrasına göre, alınan vücut hücreleri sadece birinci fıkradaki amaçlar için kullanılabilir ve toplanan vücut hücreleri bu amaç için artık gerekli olmadığı halde derhal imha edilir. Hükmün üçüncü fıkrasında şüphelinin yazılı rızası alınarak vücut hücrelerinin alınabileceği belirtilmiştir. Rıza bulunmayan hallerde mahkeme kararı aranır, ancak gecikmesinde sakınca görülen hallerde ise Cumhuriyet savcılığı ve savcılığa bağlı soruşturma görevlileri tarafından karar verilebilir. Şüphelinin yazılı rızası olmayan durumlarda moleküler genetik inceleme yapılacak ise buna dair karar sadece mahkemece verilir. Bu kararda gelecekte şüpheli aleyhine ceza yargılaması yapılması gerekeceğini varsaymak için sebeplerle mevcut bulgular ve koşulların değerlendirilmesi gereklidir. (Wolters, s. 41) Şüphelinin yazılı rızası ile işlem yapılacak ise, kişi toplanacak verilerin hangi amaçla kullanılacağı konusunda bilgilendirilir. Dördüncü fıkrada ise ayrıca hürriyeti bağlayıcı ceza ile mahkûm olmuş veya akıl hastalığı, yaş ya da kusur yeteneğini ortadan kaldıran haller nedeniyle haklarında ceza verilemeyen kişilere dair verilerin adli sicil kaydından silinmemiş olanlarının aynı amaçlarla kullanılabilmesi hüküm altına alın-

ve 81h'nin⁴⁸ aksine sadece sanığın tespitine yönelik moleküler genetik incelemelere müsaade etmemiştir.

Doktrinde Yönetmelik'in 14/4'teki moleküler genetik incelemelerin özel kalıtsal karakterler hakkındaki açıklamayı içermediği bilinen kromozom bölgesi ile sınırlı kalmasına özen gösterileceği hükmüne

muştur. (Özbek, s. 66; Wolters, s. 41;) Hükmün beşinci fıkrasında da gerek mevcut soruşturma gerekse ilerideki soruşturmalar için toplanan verilerin Federal Kriminal Polis Dairesinde saklanacağı, Federal Kriminal Polis Dairesi Kanunu uyarınca kullanılabilmesi ve sadece ceza yargılaması, tehlikeyi önleme amaçları ile ve bu amaçlara yönelik uluslararası hukuki yardım amacıyla aktarılabilmesi düzenlenmiştir. (Wolters, s. 40; Özbek, s. 70) Alman doktrininde Kanun'un gelecekteki suçlara değil, gelecekteki ceza yargılamalarına atıf yaptığını belirterek önce işlenen ancak henüz aydınlatılmamış suçlar bakımından da hükmün tatbikinin mümkün olduğunu belirtilmektedir. (Wolters, s. 40) Özbek, ceza muhakemesinin suçun işlenmesiyle devreye girmesi nedeniyle, bu şekilde bir düzenlemenin ceza muhakemesi ile bağdaştırılmasının güç olduğunu, bunun daha çok önleyici tedbir mahiyetinde bulunduğunu ancak mutlak anlamda suçun önlenmesinin mümkün olmaması karşısında bu tedbirin ceza muhakemesi sınırları içinde kalacağını ifade etmektedir. (Özbek, s. 64)

Görüldüğü üzere CMK'ya kaynak teşkil eden Alman Ceza Muhakemesi Kanunu düzenlemesi ile ancak belirli koşullar altında ve belirli amaçlar için ve belirlenen süreyle kişilerin DNA bilgilerine dair bir veri tabanının tutulabileceği düzenleme altına alınmış ve bu verilerin hangi şekilde korunacağı ve paylaşılacağı açık şekilde belirtilmiştir.

48 Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun DNA taraması başlıklı § 81h hükmüne göre; hayata, kişisel özgürlüğe veya cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç şüphesinin bulunduğu hallerde, belirli nitelikler bakımından muhtemel fail ile özellikleri örtüşen kişiler hakkında yazılı olarak rızalarının alınması şartıyla, hücre örneği alınabilir, bunlar kişinin cinsiyetini ve DNA profilini belirlemek ya da eldeki bulguyla karşılaştırmak için moleküler genetik incelemeye tabi tutulabilir. Ayrıca, gerekli görülmesi, tedbirin özellikle suçun ağırlığı ile orantısız olmaması ve tedbirden etkilenen kişi sayısı göz önüne alınarak, mevcut örneğin örnek alınan kişiler ve bu kişilerin dikey çizgi akrabaları ile bu kişilerin üçüncü dereceye kadar yatay çizgi akrabası olan kişilerden sadır olup olmadığının belirlenmesine dair inceleme de yapılabilir. Bunun için mahkemece yazılı emir verilmesi ve kararda belirli nitelikler bakımından muhtemel fail ile özellikleri örtüşen kişilerin gerekçe gösterilerek belirtilmesi gerekir. Bu karar verilirken ilgili kişilerin dinlenilmesine gerek yoktur. Bu karara itiraz edilemez. Artık ihtiyaç kalmaması halinde alınan hücre örnekleri ile DNA profiline dair veri derhal belgelendirilerek imha edilir. Ayrıca bu maddeye göre elde edilen veriler gelecek ceza yargılamalarında kimlik tespiti için kullanılamaz. (Gereon Wolters, "Alman Ceza Usul Hukuku'nda Bedensel Muayene ve DNA Analizi", Almanca'dan Çeviren: Fatih Gündoğdu, *Fasikül Hukuk Dergisi*, 2010, C. 2, S. 7, s. 41; Yenisey/Nuhoğlu, s. 679.) Doktrinde hukukumuzda böyle bir hüküm olmadığı belirtilmekle birlikte, böyle bir uygulamayı engelleyen bir hüküm de olmadığı yönündeki görüşe, (Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 261) şüpheli veya sanık konumunda olmayan kişilerin temel haklarına en ağır şekilde müdahale eden bu tedbirin kanunla düzenlenmesi gerekliliği nedeniyle katılmıyoruz.

rağmen, bulunan ve kime ait olduğu belirsiz beden parçaları üzerinde karşılaştırma materyali bulunmasa dahi elde edilen bulgunun insan kaynaklı olması halinde kişinin cinsiyeti, göz ve saç rengi ile ırkının tespit edilebileceği ifade edilmektedir.⁴⁹ Gerek Yönetmelik gerekse CMK m. 78/1-2. cümlelerin açık hükmü gereğince bu görüşe katılmak mümkün değildir. Bunun yanında biraz önce ifade edildiği üzere hem CMK m. 78/1 hem de 78/2 gereğince ortak olan husus, belirtilen amaçlar doğrultusunda karşılaştırma yapılarak inceleme yapılması olduğundan, karşılaştırma yapılmaksızın bulunan ve kime ait olduğu belirsiz beden parçaları üzerinde böyle bir inceleme yapılmasının hukuki temeli bulunmamaktadır.⁵⁰

F. İNSAN HAKLARI HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Anayasa) m. 17’de kişilerin yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı anayasal koruma altına alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında tıbbi zorunluluklar ve kanunda belirtilen durumlar dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı belirtilmiştir.

Anayasa m. 20’de kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı düzenlenmiştir. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça bu hakka müdahale edilemez.

⁴⁹ Atalay, s. 143.

⁵⁰ CMK’ dan farklı olarak kaynak kanun olan Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81g’de ayrıca kişinin cinsiyetinin tespiti amacıyla da moleküler genetik inceleme yapılabileceği açıkça hüküm altına alınmıştır. (Aygörmez Uğurlubay, s. 60; Wolters, s. 39) Buradan çıkartılacak sonuç, CMK’nın eldeki örneğin saç ve göz renginin veya ırkının tespitinin çok ötesinde, cinsiyet tespitine dahi müsaade etmemiş oluşudur. Ancak uygulamada moleküler genetik inceleme sonucunda düzenlenen raporlarda cinsiyet tayininin yapıldığı gözlemlenmektedir. Örneğin bkz. Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 4. CD. 23.11.2021 tarih ve 2020/1237 E., 2021/278 K.; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 15. CD. 25.03.2021 tarih ve 2020/710 E., 2021/531 K.; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 25. CD. 18.03.2021 tarih ve 2021/456 E., 2021/472 K.

Şüpheli, sanık ya da diğer kişilerin bedenleri üzerinde yapılacak muayeneler, vücutlarından örnek alınması, alınan örneklerin moleküler genetik incelemeye tabi tutulması ve elde edilen verilerin saklanması dair işlemler Anayasa m. 17'deki kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına⁵¹, ayrıca m. 20'deki özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale teşkil etmektedir. Yapılacak işlemlerin hukuka uygunluğu belirtilen hakların Anayasa'da öngörülen sınırlama sebeplerine bağlı olarak, kanunla belirlenmiş usuller dâhilinde, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olarak yapılmasına bağlıdır (Anayasa m. 13).

AİHS m. 3'te de hiç kimsenin işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye veya cezaya tabi tutulamayacağı belirtildikten sonra, m. 8'de de kişilerin özel hayatlarına saygı hakkı düzenlenmiş ve bu hakkın kullanılmasına ancak kanunla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığı veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda sınırlama getirilebileceği düzenleme altına alınmıştır.

Modern ceza muhakemesi hukukunda gelinen noktada, maddi gerçeğe ulaşmak için uygulanması gerekli koruma tedbirlerinin doğasında belli bir zorlamanın mevcut olduğu, ancak bu zorlamanın insan haklarına en az müdahale edecek şekilde olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu bağlamda şüpheli, sanık ya da diğer kişilerin işlenen suçlarla ilgili delil elde edilebilmesi için vücutlarına yapılan bu müdahalelerin rızalarına aykırı şekilde yapılıp yapılamayacağı tartışma konusu olmuştur. CMK'da bu konuda bir düzenlemeye yer verilmiş ise de Yönetmelik m. 18'te kişilerin yapılacak işleme rıza göstermemeleri halinde kararın yerine getirilmesi için ilgilinin muayenesini

⁵¹ Anayasa Mahkemesi, özel hayat alanına dâhil olan tüm hukuksal çıkarların Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında güvence altına alınmakla birlikte söz konusu hukuksal çıkarların Anayasa'nın farklı maddelerinin koruma alanına girdiğini, Anayasa m. 17/1'de yer verilen kişinin maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının, AİHS m. 8 çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık geldiğini ifade etmektedir. (AYM, B.P.O. [Genel Kurul], 27/03/2019, B. No: 2015/19012, § 47.)

veya vücudundan örnek alınmasının temini için Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemlerin alınacağı düzenlenmiştir. AİHM konuyla ilgili içtihadında kişinin arzusu dışında veya özgür, bilgilendirilmiş konumda ve açık müsaadesi olmadan yapılan her türlü tıbbi müdahalenin o kişinin özel hayatına müdahale niteliğinde olduğunu kaydettikten sonra AİHS'te zorla tıbbi müdahaleyi engelleyen bir hüküm bulunmadığını müdahalenin meşru sayılabilmesi için tıbbi müdahaleye başvurulmasının ikna edici şekilde gerekçelendirilmesinin, işlemin kişinin vücudundan şüphelenilen suça dair kanıtları elde etmeyi amaçlamasının, yapılacak müdahale ile verilebilecek cezanın orantılı olmasının ve zorla müdahalenin hekimler tarafından yapılıp kişilerin sağlığına kalıcı olarak zarar verilmemesinin temin edilmesinin gerekli olduğunu belirtmiştir.⁵²

Konu ayrıca Anayasa m. 38/5 gereğince kişinin kendisi ve yakınları aleyhine delil göstermeye zorlanamayacağına dair prensip (*nemo tenetur*) ve AİHS m. 6 gereğince adil yargılanma ilkesi kapsamında de değerlendirilmektedir.⁵³ Bedenin muayenesi, vücudundan örnek alınması sırasında ve alınan örneklerin moleküler genetik incelemeye tabi tutulmasında kişilerin pasif konumda bulunmaları nedeniyle bu ilkenin ihlal edilmeyeceği ifade edilmekte ise de kişinin bu işlemler sırasında aktif bir katılıma zorlanamayacağına da vurgu yapılmaktadır.⁵⁴

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda kişilerin ceza muhakemesi işlemlerine katılma yükümlülükleri bulunmasa da katılma yüküm-

⁵² AİHM, Jolloh/Almanya (Büyük Daire), 11.07.2006, B. No: 54810/00, § 70-74; Juhnke/Türkiye, 13.05.2008, B. No: 52515/99, § 76; Y.F./Türkiye, 22.7.2003, B. No: 24209/94, § 34. Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 226, 241; Yenisey/Nuhoğlu, s. 666; AİHM çeşitli kararlarında gerçekleştirilen davranışın niteliği ve ağırlığına göre eylemi Sözleşme'nin 3'üncü maddesine göre de değerlendirebilmektedir. Buna ilişkin bkz. AİHM, Yazgül Yılmaz/Türkiye, 01.02.2011, B. No: 36369/06; Juhnke/Türkiye, 13.05.2008, B. No: 52515/99; aynı yönde bkz. AYM, B.P.O. [Genel Kurul], 27.03.2019, B. No: 2015/19012, § 45-50.

⁵³ Bahri Öztürk/Behiye Eker Kazancı/Sesim Soyer Güleç, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 4. baskı, Ankara 2021, s. 226, 227, 261; Ümmügülsüm Kılıç, "Sanığın Nemo Tenetur İlkesi Açısından Beden Muayenesine Katılma Yükümlülüğü", *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 9, S. 18, s. 250 vd.; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. baskı, Ankara 2021, s. 676.

⁵⁴ Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 227, 228; Centel/Zafer, s. 196; Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku-II, 12. baskı, Ankara 2022, s. 58; Kılıç, s. 253, 254. Yenisey/Nuhoğlu, s. 676.

lülükleri bulunduğu gözetilerek, bu çalışmanın konusu özelinde moleküler genetik incelemelerin kişilerin diğer kişilerden ayrılmasına yarayacak ve herhangi bir karakteristik özelliği kodlamayan DNA bölgelerinde yapıyor oluşu ve kişileri yargılamanın süjesi olmaktan çıkartıp objesi haline getirmeyişi ile yapılan müdahalenin ölçülü ve gerekli olması nedeniyle getirilen tüm bu güvenceler bağlamında yapılan işlemlerin insan haysiyetini, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını ya da özel hayatının gizliliğini ihlal eder nitelikte olmadığı söylenebilecektir⁵⁵.

Konunun bir de kişisel verilerin korunması yüzü bulunmaktadır. Hukukumuzda kişisel verilerle ilgili ilk düzenleme 07.05.2010 tarih ve 5892 sayılı Kanun ile kişilerin özel hayatlarının gizliliğini düzenleyen Anayasa m. 20'ye üçüncü fıkranın eklenmesiyle yapılmıştır. Hüküm ile kişilerin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu ve bu hakkın kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme haklarını içerdiği belirtilmiştir. Düzenlemede kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişilerin açık rızasıyla işlenebileceği ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir şekli olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır.⁵⁶

Kişinin DNA örneği ve bunun üzerinden elde edilen bilgilerin kişiler ve bu kişilerle aynı soydan gelen diğer kişilere dair son derece hassas veriler içermesi nedeniyle; ceza muhakemesi hukuku bakımından moleküler genetik incelemeler kapsamında alınan örnekler üzerinde yapılacak inceleme neticesinde elde edilen veriler, 24.03.2016 tarih ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda belirtildiği üzere özel nitelikli kişisel veri⁵⁷ niteliğinde olmakla birlikte, Kanun'un 28/1-

⁵⁵ Özbeke, s. 59-63.

⁵⁶ AYM, 25.12.2014 tarih ve 2014/74 E. 2014/201 K.; 04.12.2014 tarih ve 2013/84 E., 2014/183 K.

⁵⁷ Kanun'da kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişilere dair her türlü bilgi olarak tarif edilmiştir (m. 3/1-d). Kişilerin ırkına, etnik kökenine, siyasi düşüncesine, felsefi inancına, dinine, mezhebine veya diğer inançlarına, kılık ve

d hükmü gereğince bu kanunun uygulama kapsamından çıkartılmış ise de CMK m. 80/1'de açıkça belirtildiği üzere şüpheli, sanık ya da diğer kişilerden alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları kişisel veri mahiyetinde görülüp bu madde uyarınca korunmuştur. Bu hükme göre inceleme sonuçları kanunda belirtilen amaç dışında kullanılamaz, dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişilerce başkalarına verilemez. Nitekim Yönetmelik m. 14/3'te de genetik analizler için izole edilen DNA örneklerinin bilirkişi tarafından rapor hazırlanmasının ardından yok edileceği ve bu hususa raporda açıkça yer verileceği düzenleme altına alınmıştır.

Ayrıca TCK m. 135'te kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, bir başkasına verilmesi, yayılması ve ele geçirilmesi suç olarak düzenlenmiştir. TCK m. 137'de ise bu suçların kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılarak veya belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi hali nitelikli hal olarak öngörülmüştür. TCK m. 138'de de kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde imha etmekle yükümlü olanların bu görevlerini yerine getirmemeleri hali ayrıca suç olarak tanımlanmıştır.

G. ELDE EDİLEN ÖRNEKLERİN ve VERİLERİN YOK EDİLMESİ

CMK m. 78'de moleküler genetik incelemelerin amacı, elde edilen örnekler üzerinde soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli, sanık ya da mağdura aidiyetinin tespiti olarak belirlenmiştir. CMK m. 80/1'de de açıkça ifade edildiği üzere, elde edilen moleküler genetik inceleme sonuçları kişisel veri mahiyetinde olduğundan, bunların başka bir amaçla kullanılması yasaklanmıştır.

CMK m. 80/2'de alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme neticesinde elde edilen bilgilerin kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, bu karara karşı yapılan itirazın reddi, beraat veya

kıyafetine, dernek, vakıf ya da sendika üyeliğine, sağlığına, cinsel hayatına, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirlerine dair verileri ile biyometrik ve genetik verilerinin ise özel nitelikli kişisel veri olduğu ifade edilmiştir (m. 6/1). Özel nitelikli kişisel veri, adi kişisel veriden farklı olarak ancak kişinin açık rızası ile işlenebilir (m. 5/2).

ceza verilmesine yer olmadığı⁵⁸ kararı verilip kesinleşmesi hallerinde Cumhuriyet savcısı huzurunda derhal imha edileceği ve bu hususun dosyasında saklanmak üzere tutanağa geçirileceği belirtilmiştir.

Yönetmelik m. 14/3'te ise elde edilen bulguların ilgili makama gönderileceği, bulgular üzerinden moleküler genetik analizler için izole edilen DNA örneklerinin bilirkişi tarafından rapor hazırlandıktan sonra yok edileceği ve bu hususun raporda açıkça belirtileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu düzenlemelerin ne şekilde yorumlanması gerektiği doktrinde ve yargı kararlarında tartışmalıdır.

Tartışmalı olan ilk nokta, yok edileceği ifade edilen "bilgiler" den ne kastedildiğidir.

CMK m. 80/1'de m. 75, 76 ve 78 gereğince alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları kişisel veri mahiyetinde olduğundan başka amaçla kullanılmayacağı belirtildikten ve bunların dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip kişiler tarafından başkasına verilemeyeceğinden bahsedildikten sonra m. 80/2'de "bu bilgiler" şeklinde cümleye başlanarak "alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları" kısmına atıfla bunların belirli kararların verilmesi halinde yok edileceği hüküm altına alındığından bizce yok edilecek olanlar, gerek moleküler genetik inceleme gerekse beden muayenesi ile vücuttan örnek alınması nedeniyle elde edilen bilgiler (muayene ve teşhis bilgileri gibi) ve bunlara dair inceleme sonuçları (kan grubu, DNA profili gibi) yok edilecektir.⁵⁹ Mevzuatın Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 81a/3, 81c/5, 81g/2 ve 81h/3'te alınan vücut hücrelerine artık gerek duyulmadığı takdirde bunların gecikmeksizin imha edilmesi gerektiğine yönelik bir hükümler bulunsa da, CMK'da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile moleküler genetik incelemeye tabi tutulan materyallerin imhasına

⁵⁸ Doktrinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi halinde kararın mahiyeti gereğince elde edilen bilgilerin yok edilmesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir. (Bkz. Ali Kemal Yıldız, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 2006, Cilt: X, Sayı 3-4, s. 302) Nitekim Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81g/4'te akıl hastalığı, yaş küçüklüğü veya kusur yeteneğini ortadan kaldıran hallerin varlığı halinde elde edilen verilerin saklanacağı hüküm altına alınmıştır. (Özbek, s. 66; Wolters, s. 41)

⁵⁹ Atalay, s. 152-153; Nuhoğlu, s. 335; Yenisey/Nuhoğlu, s. 683.

dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.⁶⁰ Doktrinde bu biyolojik örneklerin de imha edileceği görüşünde olan yazarlar bulunduğu⁶¹ gibi, buna yönelik bir hüküm bulunmadığından bu görüşe karşı çıkan yazarlar da bulunmaktadır.⁶² 31.07.2004 tarih ve 25539 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliği m. 13/5’te Adli Tıp Kurumu’na gönderilen⁶³ biyolojik örneklerin bunları gönderen makama iade edilmemesi halinde raporun düzenlenmesinden altı ay sonra yok edileceği yönünde bir düzenleme bulunmakta⁶⁴ ise de, gönderen makama iade edilen biyolojik örneklerin ne şekilde imha edileceği yine belirsizdir.

Yönetmelik m. 14/3’te cümlenin ilk kısmında belirtilen bulgular kelimesi moleküler genetik inceleme sonuçlarını (DNA profilini) işaret etmekte iken, ikinci kısımdaki bulgular ifadesiyle biyolojik örnekler kastedilmektedir. Ancak düzenlemede imha edileceği bildirilen “DNA örnekleri” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği de tartışmalıdır.⁶⁵ Yukarıda da belirtildiği üzere, bu ifade kanaatimizce DNA izolatu adı ve-

⁶⁰ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Deoksiribonükleik Asit (DNA) Analizinin Ceza Adaleti Sistemi Çerçevesinde Korunması Hakkındaki R (92)1 sayılı tavsiye kararının 8. maddesine göre “DNA analizi için bireylerden alınan numuneler veya diğer vücut dokuları, kullanıldıkları davada nihai karar verildikten sonra, toplanma amaçlarıyla doğrudan bağlantılı amaçlar için gerekli olmadıkça saklanmamalıdır.” <https://rm.coe.int/09000016804e54f7> (Son erişim tarihi 30.07.2021)

⁶¹ Yenisey/Nuhoğlu, s. 683.

⁶² Aygörmez Uğurlubay, s. 65.

⁶³ Sözü geçen Yönetmelik Adli Tıp Kurumu’nda yapılacak işlemlere dair ise de bu konuyla ilgili mevzuatta başka bir hüküm bulunmaması nedeniyle hükmün biyolojik örnekleri inceleyen tüm birimler için de tatbikinin gerekeceği kanaatindeyiz. Ayrıca 01.08.2006 tarih ve 26246 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Jandarma Kriminâl Daire Başkanlığı ve Jandarma Bölge Kriminâl Laboratuvar Amirlikleri Kuruluş, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği m. 15/1’te “... tutulacak her türlü kayıt ve arşivler ile saklanması gerekli bulgu ve raporların durumları ile ihtiyaç duyulan diğer konular, Jandarma Genel Komutanlığı tarafından hazırlanacak yönerge ile belirlenir” hükmüne yer verilmiş ise de, normlar hiyerarşisi gereğince hazırlanacağı belirtilen yönergenin Adli Tıp Kurumu Uygulama Kanunu Yönetmeliği m. 13/5 hükmüne aykırı olması hukuken mümkün değildir.

⁶⁴ Kişilere ait son derece hassas bilgiler içeren DNA’yı barındırması nedeniyle belirtilen fıkranın sonunda vaginal ve anal frottilerin (örnek alınan çubuğa frottiler denilmektedir.) en az bir yıl saklanacağına dair hükümde imhanın ne zaman gerçekleşeceğine dair belirsizlik bulunmaktadır. Kişisel verilerin korunması hakkının bunların yok edilmesi hakkını da içermesi nedeniyle düzenlemenin Anayasa m. 20/3’e aykırı olduğu kanaatindeyiz. Ancak bu aşamada hükmün söz konusu örneklerin bir yıl sonra derhal imha edileceği şeklinde yorumlanması gereklidir.

⁶⁵ Aygörmez Uğurlubay, s. 65.

rilen izole DNA'nın kullanılmayıp mikrosantrifüj tüpünde arta kalan kısmını ifade etmektedir.

Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliği m. 13/5'teki DNA izolatlarının bir yıl süreyle muhafaza edileceğine dair hüküm ile Yönetmelik m. 14/3 hükmündeki DNA örneklerinin raporun hazırlanmasından sonra derhal imha edileceğine dair hüküm açıkça birbirine aykırı olduğundan, Yönetmelik'in kişiler lehine daha ileri bir teminat getirmesine ve sonraki kanun önceki kanunu ilga eder (*lex posterior derogat legi priori*) ilkesine göre, DNA izolatının raporun hazırlanmasından sonra derhal imhasının gerekeceği kanaatindeyiz.

Sonuç itibariyle, CMK m. 80/2 ve Yönetmelik m. 14/3 gereğince moleküler genetik incelemeyi yapan birim tarafından inceleme sonucunda elde edilen DNA profili incelemeyi isteyen makama gönderilmeli (yani incelemeyi yapan birimde saklanmamalı), moleküler genetik incelemeyi isteyen makam tarafından da CMK'da belirtilen kararların kesinleşmesinden sonra elde edilen DNA profili yok edilmelidir. İnceleme sırasında elde edilen DNA izolatu ise moleküler genetik incelemeye dair rapor hazırlandıktan sonra imha edilmelidir.

CMK m. 80/1 ve 2'deki ifadeler aynen Yönetmelik m. 14/1 ve 2'de tekrarlandıktan sonra, Kanun'dan farklı olarak m. 14/2'nin ikinci cümlesinde olay yerinden elde edilen delillere dair hükümlerin saklı olduğu ifade edilmiştir. Doktrinde bu düzenlemede saklı tutulan hükmün ne olduğunun belli olmadığı belirtilmekte ise de⁶⁶ bizce bu düzenlemeden olay yerinden elde edilmiş biyolojik delillerin yok edilmesi zorunluluğu bulunmadığı şeklinde anlaşılmalıdır. Çünkü yargılamanın ilerleyen safhalarında ya da dava sonuçlandıktan sonra bu deliller üzerinde yeni bir inceleme yapılması gerekliliğinin ortaya çıkması mümkün olduğundan, bunların imhası halinde bu olanak ortadan kaldırılmış olacaktır.

Tartışmalı bir diğer nokta ise CMK m. 80/2'de belirtilen kararlar dışında bir karar (mahkûmiyet, durma, düşme, davanın reddi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi) verildiği takdirde elde edilen bilgilerin ne şekilde değerlendirileceğidir. CMK yürürlüğe girme-

⁶⁶ Altaş, s. 98; Demir, s. 136.

den önce m. 80'i⁶⁷ yeniden düzenleyen 25.05.2005 tarih ve 5353 sayılı Kanun'un 4. maddesinin gerekçesi incelendiğinde "Maddede, vücuttan alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçlarının 'hükümün' kesinleşmesi halinde yok edilmesi öngörülmekte idi. Dolayısıyla, hüküm çeşitleri arasında bir ayırım yapılmamıştı. Bu düzenlemeyle 'her türlü' hükümün değil, sadece beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararlarının kesinleşmesi hallerinde de bu bilgilerin yok edilmesi kabul edilmiş, böylece, özellikle mahkûmiyet halinde bilgilerin muhafazası mümkün kılınmıştır." ibarelerine yer verildiği görülmektedir. Ancak gerek Kanun gerekse Yönetmelik metninde "muhafazanın" ne şekilde yapılacağı, "muhafaza" edilen bilgilerin ne şekilde kullanılacağı düzenleme altına alınmamıştır.^{68,69} Doktrinde söz konusu hükmü yorumlayan bir yazara göre, CMK m. 80/2'de belirtilen kararlar dışında karar verilmesi halinde dosyanın yeniden ele alınması durumunda elde edilmiş bilgilerin yeniden değerlendirilmesi için dosyada delil olarak muhafaza edilmesi gereklidir.⁷⁰ Biz de bu görüşe katılıyoruz ve hükmün bu itibarla getirildiğini düşünüyoruz.

III. DNA VERİTABANLARI

A. TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ

Rutin olarak adli amaçlı DNA analizi yapan laboratuvarlarda; olay yerinden elde edilen bulgular üzerindeki DNA, şüpheli DNA'sı ile karşılaştırılarak, şüphelileri olaydan dışlama ya da dahil etme prensibine dayalı işlemler gerçekleştirilmektedir. Eğer DNA'lar eşleşiyorsa, şüphelinin olay veya olay yeri ile ilintisi irdelenir. Fakat olayda herhangi bir şüpheli yoksa elde edilen DNA'nın kime ait olduğu sorusu

⁶⁷ Yeniden düzenlenmesinden önce CMK m. 80 hükmü şu şekildeydi: "75, 76 ve 78'inci maddeler hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez. Bu bilgiler, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi veya hükmün kesinleşmesi hallerinde en geç on gün içinde Cumhuriyet savcısının huzurunda yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir."

⁶⁸ Atalay, s. 153-154; Demir, s. 132,133; Yenisey/Nuhoğlu, s. 682

⁶⁹ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81g/5'te elde edilen verilerin Federal Suç Dairesinde saklanacağını ve Federal Suç Dairesi Kanunu uyarınca kanunda belirtilen hallerde kullanılabileceğini açıkça hüküm altına almıştır. (Özbek, s. 70; Wolters, s. 40)

⁷⁰ Batur, s. 90.

yanıtsız kalmaktadır. Bu halde şüphelinin tespiti ya da kitlesel bir felaket sonucu tanınmayacak haldeki beden veya beden parçalarının kime ait olduğunun tespiti ile yakınlarına teslim edilmesini temin etmek amacıyla bir veritabanının bulunması büyük kolaylık sağlamaktadır. Bu nedenle adli laboratuvarların birçoğu incelediği örneklerden elde ettiği DNA verilerini bir veritabanına dönüştürmenin gerekli olduğunu düşünmektedir.

Dünyadaki adli amaçlı veritabanlarına dair ilk adım Birleşik Krallık'ta 1994 yılında Ceza Adaleti ve Toplum Düzeni Kanunu'nda (*The Criminal Justice and Public Order Act*) suç faaliyetinden şüphelenilen kişilerden moleküler genetik inceleme amacıyla numune alınması için düzenlenme getirilmesiyle atılmıştır. Bu çalışmalar neticesinde ayrı bir kanuna gerek kalmadan 1995 yılında Birleşik Krallık Ulusal DNA Veritabanı (*The UK National DNA Databank, NDNAD*) adıyla bir DNA veritabanı resmi olarak kurulmuş ve faaliyete geçmiştir.

2001 yılına kadar NDNAD'ya bir kişinin DNA profilinin eklenmesi için gerekli kriter, kişinin hapis cezası gerektiren bir suçtan tutuklanmış olmasıydı. Ayrıca kişi suçsuz bulunursa veya davaya devam edilmezse, DNA profili veritabanından silinmekteydi. 2001'de yapılan yeni bir düzenleme ile kişi suçlu bulunmasa bile DNA profillerinin NDNAD'da tutulmasına olanak tanınmıştır. İlerleyen yıllarda da düzenlemelerin gevşetilmesi veritabanına giderek artan sayıda DNA profili eklenmesi sorununa yol açtı. 2010 yılı itibarıyla NDNAD, herhangi bir suçtan suçlu bulunmamış yaklaşık 1 milyon kişinin DNA profillerini içerir hale gelmiştir. AİHM'in S. ve Marper kararına kadar NDNAD kontrolsüzce büyümüştür.⁷¹

ABD'de ise 1994 yılında farklı laboratuvarlarda çalışılmış ve aynı STR bölgeleri incelenmiş DNA sonuçları birleştirilerek FBI bünyesinde CODIS isimli bir DNA veri tabanı oluşturulmuştur. CODIS, ABD'de DNA analizi verilerini birleştirilerek hükümlülerin DNA profilleri, faili meçhul suçlardaki olay yeri delillerinden elde edilen profiller ve kayıp kişilerin belirlenmesi için geliştirilmiş profiller dahil olmak üzere çeşitli indekslerden oluşan ulusal bir veri tabanıdır.⁷²

⁷¹ Goodwin/Linacre/Hadi, s. 117-119.

⁷² <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet> (Son erişim tarihi 20.07.2021)

Bu veri tabanı ABD'nin federal, ulusal ve yerel düzeydeki tüm adli laboratuvarları arasında bağlantı kurarak, mevcut DNA profillerini karşılaştırıp eylemi gerçekleştirenleri belirleyebilmekte ve seri suçlar arasında ilişki kurabilmektedir. CODIS, kurulduğu tarihten beri binlerce DNA profil eşleşmesi ile davaları birbirine bağlamış ve faili meçhul olayların çözümünde kolaylık sağlamıştır.⁷³

Tüm dünyada adli DNA analizlerinde ve veritabanı karşılaştırmalarında standart prosedür kullanmak için FBI tarafından 13 STR lokusu belirlenmiştir. İlerleyen yıllarda olay yerindeki olumsuz şartlar veya çalışma koşullarının etkisi ile analizlerde yaşanan sorunlar nedeniyle kimliklendirme ve DNA veri tabanlarında karşılaştırma için yetersiz kalan 13 STR lokusu, INTERPOL ve Birleşik Krallık'taki Adli Bilimler Servisi (*Forensic Science Services*) gibi kuruluşların veri tabanları için seçilen diğer lokuslar da dahil edilerek 2017 yılı itibari ile kimliklendirmede kullanılan STR lokusları yirmi ve üzerine çıkmıştır. Hâlihazırdaki DNA veri tabanlarında yer alan veriler, elde edilen DNA'ların 24 STR bölgesine ait DNA profili olup oluşturulan veri tabanında bu veriler karşılaştırılmaktadır. Dünyada olduğu gibi ülkemizde de adli amaçlı DNA analizlerinde 24 STR bölgesi kullanılmaktadır.⁷⁴

DNA veri tabanı sistemlerinin oluşturulması eyalet veya ülkeye göre değişiklik göstermektedir. 2019 yılında INTERPOL'e dahil üye 190 ülkeden 130 ülkenin dahil edildiği ve ülke birimlerine sorularak yapılan araştırmaya göre, 89 ülkenin ceza soruşturmalarında DNA profillemeye yaptığı, 70 ülkenin DNA veri tabanının bulunduğu, 31 ülkede kayıp şahıslarla ilgili özel bir veri tabanının olduğu raporlanmıştır.⁷⁵ Bazı ülkelerde ağır suçlardan hükümlü olan kişilerin DNA'ları,

⁷³ CA. Crouse/L. Bauer/T. Sessa/A. Looper/J. Sikorsky/DT. Yeatman, "Combined DNA Index System (CODIS)-Based analysis of untested sexual assault evidence in Palm Beach County Florida", *Forensic Science International: Synergy*, 2019, C:1, s.253,254; CR. Hill/DL. Duewer/MC. Kline/MD. Coble/JM. Butler, "U.S. population data for 29 autosomal STR loci", *Forensic Science International Genetics*, 2013, C: 7, s. 82,83; KWP. Miller/BL. Brown/B. Budowle, "The Combined DNA Index System", *International Congress Series*, 2003, C: 1239, s. 617,618.

⁷⁴ Guo/Shen/Tian/Jin/Jiang, s. 44; <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet> (Son erişim tarihi 20.07.2021).

⁷⁵ INTERPOL Global DNA Profiling Survey 2019, s. 5 (<https://www.interpol.int/content/download/15469/file/INTERPOL%20Global%20DNA%20Profiling%20Survey%20Results%202019.pdf> Son erişim tarihi: 29.07.2021) Söz konusu raporda Türkiye DNA veri tabanı bulunmayan ancak ceza

bazılarında ise her birey ya da 18 yaşını doldurmuş her kişinin DNA'sı alınarak buna ilişkin veri depolanmaktadır.⁷⁶

Günümüzde en büyük DNA veri tabanına sahip ülke Çin'dir. 2020 yılı itibarıyla bünyesinde 80 milyon DNA profilini bulundurmaktadır. Ayrıca DNA veri tabanlarına sahip ülkelerin karşılaştırma yapmak için adli veri tabanları dışında, kayıp kişiler ve insan kalıntılarına ait DNA profilleri arşivi de tutulabilmektedir. Kayıp kişilere ait tutulan veri tabanı kişilerin bulunmasında etkili olmaktadır.⁷⁷

Ülkemizde ise 2007 yılında Adalet Bakanlığı tarafından ulusal DNA veri tabanı kurulmasına yönelik "DNA Verileri ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı" (bundan sonra Tasarı olarak anılacaktır) hazırlanmışsa da söz konusu tasarı kanunlaşmadığından, hâlihazırda kanunla kurulmuş bir DNA veri tabanı bulunmamaktadır.⁷⁸

Burada belirtilmesinde yarar görülen husus, DNA veri tabanına sahip olunmasa da genetik analizör cihaz yazılımının tüm çalışılan DNA profillerini, üretici firma otomatizasyonu gereği arşivlemesidir. Bu verilerin analist tarafından istenildiği takdirde silinebilmesi mümkündür. Gelişen teknoloji, bu cihazların yazılımı üzerinde de etkili olduğundan daha önce çalışılan bir kişiye ait DNA, başka bir olayda yeniden tespit edilirse, yazılım bu DNA profilleri arasında uyum olduğunu otomatik olarak analiste bildirmektedir. Hatta laboratuvarında çalışan kişilerin DNA profilleri yazılıma personel olarak tanıtılırsa personel kaynaklı bir kontaminasyon (bir biyolojik örneği başka bir biyolojik örneğin bulaşması) uyarısı vermektedir.⁷⁹

soruşturmalarında DNA profillemeye yapan ülkeler arasında gösterilmiştir.

⁷⁶ David Cyranoski, <https://www.nature.com/articles/d41586-020-01984-4> (Son erişim tarihi 29.07.2021); CA. Crouse/L. Bauer/T. Sessa/A. Looper/J. Sikorsky/DT. Yeatman, s.254-256; P. Johnson/R. Williams/P. Martin, "Genetics and Forensics: Making the National DNA Database", *Science Studies*, 2003, C: 16, S:2, s. 23-27.

⁷⁷ Kumar/Babu/Rohatgi, s. 8.

⁷⁸ Yenisey/Nuhoğlu, s. 693 vd.; Tasarı'nın 12. maddesi şöyledir: "Bu Kanun hükümlerine göre örnekler üzerinde yapılan laboratuvar analizleri sonucunda elde edilen DNA profilleri, Banka bünyesinde oluşturulan sisteme kodlanarak kaydedilir"; Tasarı hakkındaki eleştiriler için bkz. Altaş, s. 102 vd.; Atalay, s. 155 vd.; Fulya İlçin Gönenc/Kemal Aslanova, "Biyobankalar ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt: 4, Sayı: 2, s. 13; Özbek, s. 71 vd.

⁷⁹ GeneMapper™ ID-X Software v1.6, Applied Biosystems User Bulletin, Thermo Fischer Scientific, 2019, s. 12-14 (https://assets.thermofisher.com/TFS-Assets/LSG/manuals/100073905_GMIDX_v1_6_UB.pdf Son erişim tarihi 20.07.2021)

Söz konusu yazılım teknolojisinin bu yöndeki gelişimi tüm dünyada kullanılan tek tip cihazın ABD menşeli olması ve ülkenin DNA veri tabanına sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Yazılımın bu özelliği DNA veri tabanları ile entegre çalışmasını sağlayarak, bağlantı kurulduğu taktirde DNA profil sonuçlarını otomatik olarak kurulan veri tabanı ile paylaşılmasını ve karşılaştırmasını temin etmektedir.

B. TARTIŞMALAR

DNA veri tabanlarının kişilerin masumiyetlerinin ispatında ve gerçek faillerin tespitinde yarattığı kayda değer olumlu etkinin yanı sıra yukarıda belirtildiği üzere zamanla öngörülemez biçimde genişlemesi, sadece hükümlü kişilerin değil daha sonra haklarında beraat, düşme ya da kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilen kişilerin de verilerinin saklanmaya başlaması ve zaman içinde neredeyse herkese potansiyel suçlu olarak yaklaşılması nedeniyle konuya etik ve insan hakları boyutuyla eleştiriler getirilmiştir.

AIHM'in S. ve Marper/Birleşik Krallık kararında atıf yapılan Nuffield Biyoetik Konseyi'nin "Biyobilgide Adli Bilimlerin Kullanılması: Etik Sorunlar" raporunda⁸⁰ belirtildiği üzere ifşa edilebilecek bilgi düzeyindeki farklılıklar göz önüne alındığında, DNA örnekleri ve DNA profilleri gibi biyobilgilerin saklanması bunların alınmasına göre daha fazla tartışmalıdır ve daha fazla etik kaygı uyandırmaktadır. Rapor özellikle daha sonra suçlanmış veya hüküm giymiş olmalarına bakılmaksızın, hapis cezasını gerektirir bir suçtan (*recordable offences*) tutuklanan tüm kişilerin biyolojik örneklerini ve DNA profillerini süresiz olarak saklamaya ilişkin mevcut uygulamayı haklı gösterecek tatmin edici deneye dayalı (ampirik) kanıtların eksikliğine atıfta bulunmuştur. Raporda 1989 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin gerekliliklerini göz önünde bulundurarak, küçüklerin biyobilgilerinin kalıcı olarak saklanması politikasına ilişkin özel endişeleri dile getirmektedir. Raporda ayrıca, DNA verilerinin aile taraması, etnik köken belirleme ve rutin olmayan diğer araştırmalar için artan kullanımıyla ilgili endişelere de yer verilmektedir. Aile taraması, suç mahallinden alınan bir DNA profilini ulusal veri tabanında saklanan profillerle kar-

⁸⁰ Söz konusu rapor için bkz. <https://www.nuffieldbioethics.org/assets/pdfs/The-forensic-use-of-bioinformation-ethical-issues.pdf> (Erişim tarihi 01.08.2021)

şılaştırma ve bir eşleşmeye “akrabalık” açısından öncelik verilmesi sürecidir. Bu tarama suçlunun olası genetik akrabalarının tanımlanmasını sağlamaktadır. Ailesel tarama bu nedenle daha önce bilinmeyen veya gizlenmiş genetik ilişkilerin ortaya çıkmasına neden olabilir. Raporda akrabaları aramak için DNA veri tabanının kullanımının hassasiyetine vurgu yapılmaktadır. Bir DNA profilindeki kişiye özel alel kombinasyonu ayrıca kişinin en olası etnik kökenini değerlendirmek için kullanılabilir. Kolluk görevlileri şüphelilerden biyolojik örnekler alırken, rutin olarak bu şüphelileri “etnik görünüm” açısından yedi kategoride sınıflandırmaktadır. Böylece kişiler “etnik görünüm” veri tabanına sistematik olarak kaydedildiği için DNA profilleri aracılığıyla etnik köken belirlemesi yapmak da mümkün hale gelmektedir. Veri tabanındaki etnik köken testleri, örneğin bir “şüpheli havuzunu” daraltmaya yardımcı olmak ve bir ceza soruşturması sırasında kolluk önceliklerini belirlemek üzere çıkarımlar sağlayabilir. Raporda, toplumsal etmenlerin ve kolluk uygulamalarının orantısız şekilde siyahi ve etnik azınlık gruplarından olan kişilerin kolluk kuvvetleri tarafından durdurulmasına, aranmasına ve tutuklanmasına dolayısıyla DNA profillerinin kaydedilmesine yol açtığını belirtilerek; bu nedenle biyolojik örneklerden etnik kimlik çıkarmanın, suç eğilimine ilişkin ırkçı görüşleri güçlendirebileceğine dair endişeleri de dile getirmektedir.⁸¹ Mahkeme bir başka kararında, ne kadar çok veri saklanırsa o kadar çok suçun önlendiğine dair çalışmalar bulunduğuna dair hükümet savunmasını kabul etmemiş, verilerin süresiz olarak saklanmasını öngören bu argümanın tüm nüfus ve bunların ölen akrabaları hakkındaki bütün bilgilerinin depolanmasını haklı çıkarmakla eşdeğer olacağını ifade etmiştir.⁸²

Doktrinde, bu nedenlerle, hangi eylemler nedeniyle işlenmiş suçlar dolayısıyla kimlerden elde edilen verilerin depolanacağı, bunların nerede, hangi koşullar altında, kimlerin erişimine açık şekilde, ne süreyle, kötüye kullanımına, yanlış eşleşmeye ve veri sızıntılarına karşı hangi güvenlik önlemleri altında depolanacağı ve daha sonra hangi şartlarla ve amaçlarla kullanılabilirliği, hangi şartlar halinde imha edi-

⁸¹ AİHM, S. ve Marper/Birleşik Krallık (Büyük Daire), 04.12.2008, B. No: 30562/04 ve 30566/04, § 38-40. Benzer yönde bkz. Goodwin/Linacre/Hadi, s. 119; Kumar/Babu/Rohatgi, s. 11 vd.

⁸² Gaughran/Birleşik Krallık, 13.02.2020, B. No: 45245/15, § 89.

leceği ve hangi hallerde veri transferi yapılmasına izin verileceği dair hususların açıkça düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁸³

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Deoksiribonükleik Asit (DNA) Analizinin Ceza Adaleti Sistemi Çerçevesinde Korunması Hakkındaki R (92)1 sayılı tavsiye kararınının 8. maddesinde DNA analizi sonuçlarıyla elde edilen bilgilerin ilgili kişinin, kişilerin yaşamına, bütünlüğüne veya güvenliğine karşı ciddi suçlardan hüküm giydiği durumlarda saklanabileceğini; ancak bu gibi durumlarda, sıkı saklama sürelerinin iç hukuk tarafından tanımlanması gerektiğini vurgulamaktadır.⁸⁴

AIHM'e göre Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel hayatın gizliliği hakkına müdahalede bulunulsa da ulusal makamların toplumu korumak için cinsel suçlar gibi en ciddi suç türleri de dâhil olmak üzere belirli suçları cezalandırmaya ve önlemeye yardımcı olmak için DNA veri tabanı oluşturabilirler; ancak bu durum söz konusu veri tabanlarında depolanan bilgileri ve saklanma sürelerini en üst düzeye çıkarmak için suiistimal edilemez. Devletlerin bu tür mekanizmalara atfedilen meşru amaçlarda gerekli orantılılığa uygun davranmadan Sözleşme gereğince güvence altına almak zorunda oldukları hak ve özgürlüklerde neden olacakları ciddi ihlaller, bu mekanizmaların avantajlarına göre daha ağır basmaktadır.⁸⁵ Devletlerin buna dair adil bir dengenin kurulmasına dair bir takdir marjı bulunsa da bunun kısıtlanan faaliyetlerin doğası ve kısıtlamaların amaçları da dâhil olmak üzere bir dizi faktöre bağlı olduğunu, özellikle bir olayda kişinin hayatı veya kişisel verileri söz konusu olduğunda, Devletin takdir yetkisi daha dar değerlendirilmektedir.⁸⁶

Mahkemeye göre kişisel verilerin korunması, bir kişinin Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayatına saygı hakkının kullanılmasında birincil rol oynamaktadır. Yerel hukuk, bu maddenin teminat altına aldığı haklarla bağdaşmayacak herhangi bir

⁸³ Kumar/Babu/Rohatgi, s. 11 vd.; Özbek, s. 64; Wallace/Jackson/Gruber/Thibedeau, s. 58, 59; Wolters, s. 40; Yıldız, s. 302-303.

⁸⁴ <https://rm.coe.int/09000016804e54f7> (Son erişim tarihi 30.07.2021)

⁸⁵ AIHM, Aycaguer/Fransa, 22.06.2017, B. No: 8806/12, §34; Gaughran/Birleşik Krallık, 13.02.2020, B. No: 45245/15, § 92, 93. S. ve Marper/Birleşik Krallık (Büyük Daire), 04.12.2008, B. No: 30562/04 ve 30566/04, § 104.

⁸⁶ AIHM, Aycaguer/Fransa, 22.06.2017, B. No: 8806/12, §37; benzer şekilde Gaughran/Birleşik Krallık, 13.02.2020, B. No: 45245/15, § 78; S. ve Marper/Birleşik Krallık (Büyük Daire), 04.12.2008, B. No: 30562/04 ve 30566/04, § 102.

kişisel veri kullanımını önlemek için uygun güvenceleri sağlamalıdır. Otomatik işleme tabi tutulan kişisel verilerin korunması söz konusu olduğunda, özellikle bu tür veriler adli soruşturma için kullanıldığında, bu tür güvencelere duyulan ihtiyaç daha da fazla olacaktır. Yerel hukuk, bu tür verilerin saklanma amaçlarıyla ilgisiz ve ölçsüz olmamasını ve veri öznelerinin kimliğinin bu amaç için gerekenden daha uzun süre boyunca kimliklendirme yapmasına izin verecek bir biçimde muhafaza edilmemesini sağlamalıdır. Ayrıca yerel hukuk kaydedilen kişisel verilerin suiistimaline ve uygunsuz kullanıma karşı kişileri etkili bir şekilde koruyabilecek güvenceler içermeli ve kişilere saklanan verilerin silinmesi için talepte bulunmak için pratik bir yol sağlamalıdır.⁸⁷

AIHM, S. ve Marper/Birleşik Krallık kararında⁸⁸, partnerine tacizde bulunduğu iddia edilen ancak daha sonra uzlaşma nedeniyle hakkında dava açılmamış kişi ile hırsızlık suçundan beraat etmiş bir başka kişiden alınan ve veri tabanında tutulmaya devam edilen DNA verilerinin imha edilmeden ve herhangi bir ayırım gözetilmeksizin saklanmasını kamusal çıkarlar ile bireysel çıkarlar arasında adil bir dengenin kurulmaması nedeniyle AIHS'in kişinin özel hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesinin ihlali niteliğinde görmüştür.⁸⁹ AIHM, kişilerin DNA verilerinin sistematik olarak arşivlenmesinin kişilerin özel hayatları bakımından doğrudan sonuçları olacağını belirterek, muhafaza edilen verilerin depolanmasının süreyle sınırlı tutulmamasını, kişilerin yaşının gözetilmemesini ve işlendiği iddia olunan suçun türü ve ağırlığından bağımsız şekilde saklanmasını hak ihlali olarak değerlendirmiştir.⁹⁰ Yukarıda da ifade edildiği üzere mahkeme ilkesel olarak DNA veri tabanlarına karşı çıkmamaktadır. Nitekim Peruzzo ve Martens/Almanya⁹¹ kararında başvuruların davasında uygulan-

⁸⁷ AIHM, Aycaguer/Fransa, 22.06.2017, B. No: 8806/12, §38; Gaughran/Birleşik Krallık, 13.02.2020, B. No: 45245/15, § 94; S. ve Marper/Birleşik Krallık (Büyük Daire), 04.12.2008, B. No: 30562/04 ve 30566/04, § 103.

⁸⁸ AIHM, S. ve Marper/Birleşik Krallık (Büyük Daire), 04.12.2008, B. No: 30562/04 ve 30566/04.

⁸⁹ Yine bkz. AIHM, Goggins ve Diğerleri/Birleşik Krallık, 19.07.2011, B. No: 30089/04; Aycaguer/Fransa, 22.06.2017, B. No: 8806/12.

⁹⁰ Atalay, s. 172; aynı yönde bkz. AIHM, Gaughran/Birleşik Krallık, 13.02.2020, B. No: 45245/15, § 94, 95, 96.

⁹¹ AIHM, Peruzzo ve Martens/Almanya, 04.06.2013, B. No: 7841/08 57900/12; S. ve Marper/Birleşik Krallık (Büyük Daire), 04.12.2008, B. No: 30562/04 ve 30566/04,

dığı şekliyle, belirli bir ağırlık düzeyine ulaşan suçlardan defalarca hüküm giymiş kişilerden DNA örneği alınmasına ve elde edilen verilerin belirli aralıklarla saklanmasıyla ilgili olup olmadığının değerlendirilmesi ile on yılın sonunda silinmesine dair yerel hukukun, çatışma halindeki bireysel ve kamusal çıkarlar arasında adil bir denge kurduğunu belirtmiştir. Mahkeme bu kararında, yerel hukukun alınıp saklanan DNA örneklerinin ve profillerinin kötüye kullanılmasından etkin bir şekilde korunması için yeterli güvenceler sağladığı konusunda tatmin olduğunu ifade ederek, başvuru sahiplerinin taleplerini reddetmiştir. Mahkeme, Aycaguer/Fransa kararında⁹², bir miting esnasında kolluk görevlisine şemsiye ile vuran ve görevliyi hafif şekilde yaralayan kişinin ertelenen 2 aylık hapis cezasının kesinleşmesi üzerine, katalog olarak bazı suçlardan hüküm alan kişilerin DNA örneği vermesi yönündeki zorunluluğa uymadığı için 500 Euro para cezası ödemek zorunda kalan başvuru sahibinin Sözleşme'nin 8. maddesindeki haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme Fransız ceza muhakemesi hukukunda belirli suçlardan hükümlü kişilerin DNA profillerinin veri tabanına kaydedileceğine yönelik hükme rağmen cinsel suçlar, terörizm, insanlığa karşı suçlar ve insan ticareti gibi ciddi suçlardan başka somut olaydaki gibi şemsiye ile kasten yaralama suçunda dahi DNA örneği alınmasını ve yine mevcut uygulamada DNA profilinin kırk yıl süreyle veri tabanında saklanmasını, şüphelilerin aksine hükümlüler için bu verilerin silinmesi için talepte bulunma yolunun bulunmadığını böylelikle veri öznesine yeterli korumayı sağlanamadığı gibi bireysel ve kamusal çıkarlar arasında adil bir denge kurulamadığını belirtmiştir.⁹³ Mahkeme Gaughran/Birleşik Krallık kararında benzer şekilde alkollü araç kullanmak suçu nedeniyle soruşturma aşamasında DNA örneği alınan kişinin buna dair hükümlülüğüne dair karardan sonra profilinin saklanmasına son verilmesine dair başvurusu iç hukukta reddedilmesi üzerine AİHM'e yaptığı başvuruyu değerlendirmiştir. Mahkeme hükümlü kişilerin DNA verilerinin saklanmasıyla ilgili belirli bir süreyle sınırlandırılması zorunluluğu olmadığını, bu konuda ülkelerin takdir marjlarının bulunduğunu, önemli olanın bu konuda sağlanan güvencelerin varlığı ve bunların işlevselliği olduğunu kaydederek, somut

§ 119.

⁹² AİHM, Aycaguer/Fransa, 22.06.2017, B. No: 8806/12.

⁹³ AİHM, Aycaguer/Fransa, 22.06.2017, B. No: 8806/12, §42-47.

olayda bunların sağlanmadığını; suçun niteliği, ilgili kişinin yaşı, aradan geçen sürenin uzunluğu ve ilgilinin mevcut kişilik özellikleri göz önünde bulundurulduğunda verilerin saklanması artık gerekli görülüyorsa, kişinin kendisiyle ilgili verilerin silinmesi için başvurmasına olanak sağlayan bir hüküm olmadığı ve suçun ciddiyeti ile verilerin süresiz saklanma ihtiyacının kaynağına dair belirlemede bulunulmamasını Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali niteliğinde görmüştür.

IV. MOLEKÜLER GENETİK İNCELEME SONUÇLARININ BAŞKA CEZA YARGILAMALARINDA KULLANILMASI SORUNU

Uygulamada, yapılan soruşturma neticesinde olay yerinden elde edilen biyolojik örneklerin moleküler genetik incelemesi sonucunda soruşturmada şüpheli olan kişilerle eşleşme sağlanamaması nedeniyle mevcut şüpheliler hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilerek faili meçhul olarak kalan dosyalarda, daha sonra ilk olaydan bağımsız başka bir olay nedeniyle olayın şüphelisi hakkında vücudundan örnek alınması ile moleküler genetik inceleme yapılması kararı verilmesi ve alınan örneklerin olay yerinden elde edilen biyolojik bulgularla karşılaştırılması neticesinde daha önceki olayda elde edilen DNA profili ile bu olayda şüpheliden alınan örneklere ait DNA profilinin uyum gösterdiği bildirilerek Cumhuriyet savcısına bilgi verildiği ve bu şekilde tespit edilen kişiler hakkında iddianame tanzim edilerek dava açıldığı görülmektedir.

Düzenlenen bilirkişi raporlarının sonuç kısmının altında ayrıca izole edilen DNA'ların yok edildiği bildirilip, DNA analiz sonuçlarının CMK m. 80/2'ye istinaden verilecek olan karar kendilerine ulaştırılincaya kadar "DNA veri arşivinde" kayıt altına alındığının, DNA izolatlarının ise laboratuvarında bir yıl süre ile özel koşullarda muhafaza altına alındığının ifade edildiği gözlemlenmektedir. Yine elde edilen DNA profillerinin, faili belirlenemeyen olaylara ait DNA profilleri ile Yönetmelik m. 14 gereğince imhasına dair karar kendilerine ulaşmayan şahıslara ait DNA profillerinin kayıtlı bulunduğu DNA veri arşivinde mevcut DNA profilleri ile diğer kurumların veri arşivleri arasında karşılıklı sorgulama imkânı sağlayan protokolde taranabileceğinin ayrıca belirtildiği görülmektedir. Buradaki ibareler birkaç açıdan sorunludur. Öncelikle "DNA veri arşivi" oluşturulması ve bu-

nun üzerine inşa edilen uygulamalar açıkça usule aykırıdır. Aşağıda da açıklanacağı üzere mevzuatın herhangi bir yerinde böyle bir arşiv tutulacağı veya tutulabileceği hüküm altına alınmamıştır. Yine DNA izolatlarının bir yıl süre ile muhafazası, elde edilen bulguların ilgili makama gönderileceğine ve izole edilen DNA örneklerinin de bilirkişi raporu hazırlanmasından sonra yok edileceğine dair ifade Yönetmelik m. 14/3 hükmüne açıkça aykırıdır. Ayrıca önce izole edilen DNA'ların yok edildiği belirtilirken sonraki cümlede DNA izolatının 1 yıl süre ile saklandığının ifade edildiği görülmektedir. Buradan nelerin imha edilip nelerin edilmediği hususunun da çelişkili olduğu görülmektedir.

Doktrinde isabetle ifade edildiği⁹⁴ üzere, moleküler genetik incelemeler sonucunda elde edilen bilgilerin başka soruşturmalarda kullanılmak üzere arşivleneceğine dair herhangi bir hüküm mevzuatımızda bulunmamaktadır. Yönetmelik m. 17'de⁹⁵ fizik kimliğinin tespitine ilişkin verilerin arşivleneceği hüküm altına alınmasına rağmen, aynı Yönetmelik'te moleküler genetik incelemelere dair bu yönde bir hükme yer verilmemiştir.⁹⁶ Bundan başka CMK m. 80/2'nin karşıt anlamından çıkan hallerde dahi alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçlarına dair bilgilerin bir veri tabanına kaydedileceği hiçbir şekilde hüküm altına alınmış olmadığından, yok edilmeyen verilerin kaydedileceği bir veri tabanı kullanmak suretiyle söz konusu veri tabanından tespit yapılması hukuka aykırı olacaktır.⁹⁷ Yine yukarıda da ifade

⁹⁴ Demir, s. 133; Mahmut Koca, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", *Ceza Hukuku Dergisi*, Ankara 2006, Cilt: 1, Sayı:2, s. 220; Özgenc, s. 258; Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 267.

⁹⁵ Kanuni dayanağı için bkz. 04.07.1934 tarih ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m. 5.

⁹⁶ Doktrinde Özbek/Doğan/Bacaksız kanaatimizce hatalı şekilde Yönetmelik'in bu maddesinin moleküler genetik inceleme sonuçlarının arşivlenmesi bakımından uygulanabilir olduğunu belirtmektedir. Hatta yazarlar bu hükmün Anayasa m. 20/3 gereğince kanun ile öngörülmesi gerektiğini, ancak 6698 sayılı Kanun m. 28/1-ç hükmünün kanuni dayanak olabileceğini ifade etmektedir. (Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 444)

⁹⁷ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Deoksiribonükleik Asit (DNA) Analizinin Ceza Adaleti Sistemi Çerçevesinde Korunması Hakkındaki R(92)1 sayılı tavsiye kararının 8. maddesine göre "Suçların soruşturulması ve kovuşturulması amacıyla herhangi bir DNA dosyasının oluşturulması ve işletilmesi kanunla düzenlenmelidir." <https://rm.coe.int/09000016804e54f7> (Son erişim tarihi 30.07.2021); Anayasa Mahkemesi'ne göre de, "Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakları, yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabilir." (AYM, 30.12.2015 tarih ve

edildiği üzere karşılaştırma materyali olmadan tek başına moleküler genetik incelemesi yapılması mümkün değildir. Ayrıca bu noktada 2007 yılında hazırlanan Tasarı'nın da kanunlaşmadığı hatırlanmalıdır.

Bazı yazarlar tarafından moleküler genetik inceleme neticesinde temin edilen bilgilerin başka bir suçta dair başlatılan soruşturmada CMK m. 79 gereğince yeni bir moleküler genetik inceleme kararı alınarak kullanılabilmesi ifade edilmektedir.⁹⁸ Kanaatimizce böyle bir uygulama yapılması CMK m. 78'de belirtilen amaçlar dışında işlem yapılmasına yönelik hüküm karşısında, kanuna karşı hile kapsamında değerlendirilmeli ve kanuna karşı hilenin sonucu olarak beklenen fayda hukuka aykırı elde edilmiş kabul edilmelidir.

Ayrıca CMK m. 80/2'de m. 76'ya da atıf yapılması nedeniyle mağdurdan ve diğer kişilerden alınan örneklerin moleküler genetik inceleme sonuçlarının da belirtilen kararların verilmesi hali dışında yok edilemeyecektir. Elde edilen verileri yok etmemek ve depolayıp kullanmak kavramları birbirinden tamamen farklı olsa da bu verilerin bir başka ceza yargılamalarında kullanılabilmesine yönelik görüşün benimsenmesi halinde kişinin şüpheli dahi olmadığı bir olay nedeniyle elde edilen verilerinin, daha sonra şüpheli veya sanık olduğu başka bir olayda kullanılabilmesi anlamı çıkar ki, bu durumun hukuken kabul edilebilir tarafı bulunmamaktadır.

Konu ile ilgili verilen Yargıtay kararlarının incelenmesinde, moleküler genetik inceleme ile elde edilen sonuçların farklı ceza yargılamalarında kullanılmasının hukuka uygun görüldüğü, hatta kararlarda mevzuatta yeri bulunmayan "DNA veri bankasından" bahsedildiği anlaşılmaktadır. Yargıtay 1. Ceza Dairesi⁹⁹, 2. Ceza Dairesi¹⁰⁰, 6. Ceza Dairesi¹⁰¹ ve 13. Ceza Dairesi¹⁰² oybirliği, 17. Ceza Dairesi¹⁰³ oyçokluğu

2014/122 E., 2015/123 K.)

⁹⁸ Atalay, s. 143; Centel/Zafer, s. 343; aksi yönde bkz. Koca, s. 221.

⁹⁹ Yargıtay 1. CD. 23.06.2010 tarih ve 2010/2865 E., 2010/4823 K.

¹⁰⁰ Yargıtay 2. CD. 09.01.2020 tarih ve 2019/7075 E., 2020/465 K.; 14.06.2017 tarih ve 2014/37516 E., 2017/6909 K.; 29.04.2014 tarih ve 2014/13900 E., 2014/11288 K.

¹⁰¹ Yargıtay 6. CD. 18.03.2013 tarih ve 2013/2793 E., 2013/5134 K.; 02.06.2016 tarih ve 2016/1526 E. 2016/4685 K.; 20.10.2021 tarih 2021/2195 E., 2021/16182 K.

¹⁰² Yargıtay 13. CD. 25.11.2019 tarih ve 2019/6450 E., 2019/16924 K.; 16.12.2009 tarih ve 2019/7809 E., 2019/18395 K.; 22.10.2019 tarih ve 2019/11339 E., 2019/14940 K.

¹⁰³ Yargıtay 17. CD. 14.03.2017 tarih ve 2015/22839 E. 2017/2999 K.; 16.11.2016 tarih ve 2016/9901 E. 2016/11870 K.; 14.11.2016 tarih ve 2015/18421 E., 2016/11783 K.;

ile almış olduğu kararlarda söz konusu halin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Yargıtay 17. Ceza Dairesi'nin ilgili kararlarının muhalefet şerhinde, elde edilen moleküler genetik inceleme sonuçlarının kişisel veri niteliğinde olduğuna vurgu yapılarak, Tasarı'nın kanunlaşmamış olması, CMK ve Yönetmelik'te yapılan moleküler genetik inceleme sonuçlarının bir veri tabanına depolanacağına dair hüküm bulunmaması, bir başka eylem nedeniyle hukuka uygun olarak alınıp alınmadığı¹⁰⁴ dahi tespit olunamamış örnekler üzerinde yapılan inceleme sonucu temin edilen verilerin hukuka aykırı şekilde kaydedilmiş olması nedeniyle aleyhinde başka delil bulunmayan sanığın atılı hırsızlık ve konut dokunulmazlığını ihlal suçlarından beraatına karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 8. Ceza Dairesi'nin bir kararında¹⁰⁵ da benzer şekilde daha önce işlenen bir hırsızlık suçu nedeniyle olay yerinden elde edilen DNA'nın daha sonra başka bir olay nedeniyle moleküler genetik inceleme sonucunda elde edilen DNA ile benzer olduğu tespit edilerek, sanığın eski tarihli eylemi gerçekleştiği gerekçeyle yapılan yargılama sonucunda verilen mahkûmiyet kararına dair yapılan istinaf başvurusunu esastan reddetmiştir. Olayda sanığın kan örneğinin yeniden alınarak karşılaştırma yapılması talebi de gerek ilk derece mahkemesi gerekse de istinaf mahkemesi tarafından zımnen reddedilmiştir. Oysa aynı mahiyetteki başka bir olayda daha önce alınan bir örnekten tespit edilen DNA ile başka bir olayda sanıktan alınan DNA'nın uyumlu olduğunun bildirildiği, sanık tarafından rapora itiraz edilmesi üzerine sanıktan yeniden örnek alındığı, yeniden yapılan moleküler genetik inceleme sonucunda olay yerinden alınan örnekle yeni örneğin uyum göstermediğinin bildirildiği anlaşıldığından; yeniden rapor alınması, ardından delillerin tüm deliller birlikte değerlendirilerek, sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi ge-

01.11.2016 tarih ve 2016/10020 E., 2016/11226 K.

¹⁰⁴ Yargıtay 17. Ceza Dairesinin bazı kararlarında ise DNA veri tabanına kayıtlı verilerin hukuka aykırı şekilde alındığı ve düzenlenen bilirkişi raporunun delil niteliğini taşımadığı yönündeki savunma karşısında daha önce alınıp veri tabanında saklanan rapora esas incelemenin hâkim kararı ile yapılıp yapılmadığının araştırılması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Yargıtay 17. CD. 26.04.2016 tarih ve 2015/13442 E., 2016/6183 K.; 13.04.2016 tarih ve 2015/13598 E., 2016/5353 K.

¹⁰⁵ İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 8. CD. 16.04.2018 tarih ve 2018/420 E., 2018/739 K.

rektiği yönünden Yargıtay 2. Ceza Dairesi tarafından¹⁰⁶ bozma kararı verilmiştir. Söz konusu Yargıtay kararından kişilerden alınan örnekler üzerinde yapılan moleküler genetik incelemeler neticesinde elde edilen verilerin doğruluğunun dahi tartışmaya konu olduğu görülmektedir.¹⁰⁷

Anayasa m. 38/6 gereğince, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği düzenleme altına alınmıştır. CMK m. 217/2 de yüklenen suçun hukuka uygun elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği, CMK m. 206/2-a gereğince de bir delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması halinde ortaya konulmasının reddedileceği belirtilmiştir. CMK m. 289/i gereğince de hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayanması halinde bunun hukuka kesin aykırılık teşkil edeceği düzenlenmiştir.¹⁰⁸ Bu yönüyle hukuka aykırı delillerin uzak etkisi (*zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur ilkesi*) gereğince fiilen oluşturulmuş “DNA veri tabanına” kayıtlı tüm verilerin, bu veriler üzerinden yapılan tüm tespitlerin hukuka aykırı delil kapsamında kaldığı ve söz konusu bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği, hatta yapılacak değişikliklerle DNA veri tabanının bir kanuni temele oturtulması halinde de daha önceden arşivlenmiş olan bu verilerin kullanılamayacağı açıktır.

¹⁰⁶ Yargıtay 2. CD. 14.06.2017 tarih ve 2014/37516 E., 2017/6909 K.; ayrıca bkz. Yargıtay 13. CD. 25.11.2019 tarih ve 2019/6450 E., 2019/16924 K.; Yargıtay 13. CD. 16.12.2009 tarih ve 2019/7809 E., 2019/18395 K.; Yargıtay 2. CD. 29.04.2014 tarih ve 2014/13900 E., 2014/11288 K.

¹⁰⁷ Başka bir olay nedeniyle elde edilmiş DNA profilinin, yargılamaya konu olay yerinden elde edilmiş DNA profili ile aynı olduğu gerekçesiyle yargılama yürütülüp suça sürüklenen çocuk hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş ise de fiilen oluşturulmuş DNA veri tabanında bulunan DNA profilinin gerçekten suça sürüklenen çocuğa ait olup olmadığının araştırılmamasının bozma ilamlarına konu olduğu görülmektedir. (Yargıtay 13. CD. 22.10.2019 tarih ve 2019/11339 E., 2019/14940 K.) Hatta bir Yargıtay kararında benzer durumdaki sanığın belirtilen tarihte cezaevinde olduğunun tespiti karşısında ilk derece mahkemesince bu konuda araştırma yapılmadan karar verilmesi nedeniyle bozma kararı verilmiştir. (Yargıtay 17. CD. 17.10.2017 tarih ve 2015/23169 E., 2017/11919 K.)

¹⁰⁸ Konu ile ilgili Anayasa m. 38’in “kanuna aykırı”, CMK m. 206, 217 ve 289’un ise “kanuna aykırı” ve “hukuka aykırı” elde edilmiş deliller ifadesini kullanması nedeniyle doktrinde bu ifadelerle aynı hususun kastedilip kastedilmediği hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. (Bkz. Gedik, s. 391 vd.; Koca, s. 222 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 660-662; Öztürk/Tezcan/Erdem/Erden Tütüncü/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Altınok Villemin/Tok, s. 403 vd.; Temizsoy Bayram, s. 122-123)

Burada bilirkişilik hususunda da bir açıklamaya da yer verilmesi gerekli görülmektedir. 03.11.2016 tarih ve 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu m. 3/6'da çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren sorun açıkça belirtilmeden ve inceleme yaptırılacak konunun kapsamı ile sınırları açıkça gösterilmeden bilirkişi görevlendirilemeyeceği düzenleme altına alınmıştır. CMK m. 67/1'de de bilirkişinin kendisinden istenilen incelemeleri yaptıktan sonra buna dair sonuçları açıklayan bir rapor tanzim edeceği belirtilmiştir.¹⁰⁹ Bu hükümlerin beraber değerlendirilmesinden ortaya çıkan sonuç, bilirkişinin görevlendirildiği konu dışında inceleme yapamayacağı gibi buna ilişkin görüş de bildiremeyeceğidir. Yani bilirkişi tarafından daha önce bir şekilde alınmış bir örnekten elde edilmiş verinin somut olaydaki veriyle eşleştiğine dair bir tespit yapılsa dahi bunu düzenlenen raporda belirtilemeyeceği açıktır.¹¹⁰ Uygulamada görülen moleküler genetik incelemeye dair belirtilen mahiyetteki bilirkişi raporlarının bu bağlamda da usule uygun olmadığı söylenebilecektir.

SONUÇ

Bilim ve teknolojiadaki gelişmeler ışığında maddi gerçeğe ulaşmadaki kayda değer katkıları nedeniyle bilimsel deliller ceza muhakemesi hukukunda her zamankinden daha önemli hale gelmiş ve etkili şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Ancak bu yöntemlerin temel hak ve hürriyetlere doğrudan müdahale eden doğası gereği, vücuttan örnek alınması ve bunlar üzerinde moleküler genetik inceleme yapılması gibi uygulamalar sıkı şartlara ve usullere tabi tutulmuştur.

Bu uygulamalar neticesinde elde edilen ve içinde bulunduğumuz yüzyılda gittikçe daha fazla önem kazanan kişisel verilerin belki de en hassas verileri içeren türü olan genetik verilerle bu verilerin elde edildiği biyolojik örneklerin ne şekilde korunacağı, kullanılacağı, depolanacağı ve yok edileceğine dair ayrıntılı düzenleme yapılması beklenen

¹⁰⁹ 03.08.2017 tarih ve 30143 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Bilirkişilik Yönetmeliği m. 55/3'te bilirkişi raporuna, incelemeye esas maddi unsurları belgeleyen ve sonuçların açıklanmasına yardımcı kayıt ve belgelerin de ekleneceği hüküm altına alınmışsa da uygulamada bilirkişi raporlarına ekli DNA profilini gösterir herhangi bir belge ya da bunları içeren dijital bir kayıt eklenmediği görülmektedir. Bu nedenle yeniden karşılaştırma yapılması için dosyanın başka bir bilirkişiye gönderilmesi için söz konusu kayıtların önceki bilirkişiden ayrıca istenilmesi gerekmektedir.

¹¹⁰ Centel/Zafer, s. 317; Yıldız, s. 325-326.

mevzuatın ihtiyaca yeterince cevap vermemesi ve maksat dışı yorumlanması nedeniyle tatbikatta farklı uygulamalara şahit olunmaktadır.

Türk ceza muhakemesi hukukunda kişilerin genetik verilerinin depolanmasına dair herhangi bir düzenleme yapılmamasına rağmen, bu konuda bilirkişi raporu düzenlemeye yetkili kurumların fiilen ortak bir “DNA veri tabanı” kurarak kişisel söz konusu verileri işledikleri, farklı olaylarda söz konusu veriler arasında bağlantı kurdukları gözlemlenmektedir.

Bu çalışmada, fiilen kurulduğu anlaşılan “DNA veri tabanının” uygulamada kendisine ne şekilde yer bulduğu yüksek yargı kararlarına yansıyan şekliyle aktarılmaya çalışılmıştır.

2007 yılında hazırlanan Tasarı’nın halen kanunlaşmadığı nazara alındığında kime ait moleküler genetik verilerin ne şekilde, hangi koşullar altında, kimlerin erişimine açık şekilde, ne süre ile hangi güvenlik önlemleri alınarak saklandığı belirli değildir.

Suçla mücadele kapsamında suç işlemiş bir kişiye verilen ceza ve yapılan infaza rağmen, kişinin ıslah edilememiş olabileceği ve yeniden suç işleme potansiyeli bulunduğunu kabul eden görüşün bir ürünü olan DNA veri tabanının kurulmasının ve işletilmesinin, çalışmada özetlenen konuyla ilgili tüm endişeleri giderecek şekilde kanun ile düzenlenmesi gerekir.

Bu nedenle mevzuat boşluğunu kapatacak ve tüm tereddütleri giderecek ayrıntılı bir kanuni düzenleme yapılması gerektiği açıktır.

Kaynakça

Kitaplar

Butler John M., *Forensic DNA Typing: Biology, Technology, and Genetics of STR Markers*, 2nd edition, London 2005. (Kısaltma: Butler, 2005)

Butler John M., *Fundamentals of Forensic DNA Typing*, San Diego 2010.

Centel Nur/Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. baskı, İstanbul 2020.

Duncan GT. /Tracey ML., “Serology and DNA Typing. “Introduction to Forensic Sciences”, Editör: Eckert WG, New York 1992.

Gedik Doğan, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması*, 4. baskı, Ankara 2020.

Goodwin W./Linacre A./Hadi S., *An Introduction to Forensic Genetics*, 2nd Edition, Chichester 2011.

- Gökçen Ahmet/Balçı Murat/Aışahin M. Emin/Çakır Kerim, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. baskı, Ankara 2022.
- Kumar S./Babu S./Rohatgi S., "Current Status of DNA Databases in the Forensic Field", Editör: Dash H.R./Shrivastava P./Lorente J.A, *Handbook of DNA Profiling*, Singapore 2021, s. 1-19.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. baskı, Ankara 2021.
- Öztürk Bahri/Eker Kazancı Behiye/Soyer Güleç Sesim, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 4. baskı, Ankara 2021.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Erden Tüttüncü Efser/Sırma Gezer Özge/Saygılar Kırıt Yasemin F./Alan Akcan Esra/Özaydın Özdem/Altınok Villemin Derya/Tok Mehmet Can, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. baskı, Ankara 2021.
- Robertson J./Ross AM./Burgayne LA., *DNA in Forensic Science: Theory, Techniques and Applications*, New York 1990.
- Şahin Cumhur/Göktürk Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku-II*, 12. baskı, Ankara 2022.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. baskı, Ankara 2021.

Tezler

- Demir Esra, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemelerin Yeri ve Elde Edilen Moleküler Genetik Verilerin Akıbeti*, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- Temizsoy Bayram Nihal, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İnceleme ve Elde Edilen Verilerin Delil Olarak Kullanılması*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018.

Makaleler

- Altaş Ebru, "Bir Koruma Tedbiri Olarak Moleküler Genetik İncelemeler ve DNA Verileri ve Türkiye Millî DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2007, C. 2, S. 3, s. 77-110.
- Arduino Marano Leonardo/Fridman Cintia, "DNA phenotyping: current application in forensic science", *Research and Reports in Forensic Medical Science*, 2019, V. 9, s. 1-8.
- Atalay Ayşe Özge, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemelerin Özel Nitelikli Kişisel Verilerin Korunması Açısından Değerlendirilmesi", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2019, C. 7, S. 2, s. 127-184.
- Aygörmez Uğurlubay Gülsün Ayhan, "Almanya, İsviçre ve Avusturya Hukuku Bağlamında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Adli DNA Analizleri", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2017, C. 5, S. 2, s. 29-87.
- Bar W./Brinkmann B./Lincoln P./Mayr WR. /Rossi U., "DNA recommendations --1994 report concerning further recommendations of the DNA Commission of the ISFH regarding PCR-based polymorphisms in STR (short tandem repeat) systems", *International Journal of Legal Medicine*, 1994, V. 107, s. 159-160.
- Batur Necat, "Ceza Yargılamasında Moleküler Genetik İnceleme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016, S. 126, s. 69-94.

- Budowle B./Moretti TR, "Genotype Profiles for Six Population Groups at the 13 CODIS Short Tandem Repeat Core Loci and Other PCR-Based Loci", *Forensic Science Communications*; 1999, V. 1/2, s. 1-2.
- Chan L., "Advances in molecular biology with applications in clinical medicine", *Klin Lab*, 1992, V. 38, s. 2-4.
- Crouse CA. /Bauer L./Sessa T./Looper A./Sikorsky J./Yeatman DT., "Combined DNA Index System (CODIS)-Based analysis of untested sexual assault evidence in Palm Beach County Florida", *Forensic Science International: Synergy*, 2019, V. 1, s. 253-270.
- Cyranoski David, "China's massive effort to collect its people's DNA concerns scientists", *Nature*, <https://www.nature.com/articles/d41586-020-01984-4> (Son erişim tarihi 29.07.2021)
- Değirmenci Olgun, "Bilgi Toplumunun Delil Türü: Sayısal Deliller ve Bilimselliği", *Fasikül Hukuk Dergisi*, 2014, C. 9, S. 97, s. 14-28.
- Gill P./Werrett DJ., "Exclusion of a man charged with murder by DNA fingerprinting", *Forensic Sci International*, 1987, V. 35, s. 145-148.
- Gönenç Fulya İlçin/Aslanova Kemale, "Biyobankalar ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 4, S. 2, s. 13-32.
- Grigore Mariana/Avram Alina, "Iris Colour Classification Scales--Then And Now". *Journal of Ophthalmology*, 2015, V. 59/1, s. 29-33.
- Guo Fei/Shen Hongying/Tian Huaizhou/Jin Ping/Jiang Xianhua, "Development of a 24-l locus multiplex system to incorporate the core loci in the Combined DNA Index System (CODIS) and the European Standard Set (ESS)". *Forensic Science International: Genetics*, 2014, V. 8/1, s. 44-54.
- Hill CR. /Duewer DL. / Kline MC./Coble MD./Butler JM., "U.S. Population Data for 29 autosomal STR loci", *Forensic Science International Genetics*, 2013, Volume: 7, s. 82-83.
- Jeffreys AJ. /Wilson V./Thein, SL, "Individual-Specific 'Fingerprints' of Human DNA", *Nature*, 1985, V. 316, s. 76-79.
- Johnson P./Williams R./Martin P., "Genetics and Forensics: Making the National DNA Database", *Science Studies*, 2003, V. 16/2, s.22-37.
- Kılıç Ümmügülüm, "Sağlığın Nemo Tenetur İlkesi Açısından Beden Muayenesine Katlanma Yükümlülüğü", *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 9, S. 18, s. 247-278.
- Koca Mahmut, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2006, C. 1, S. 2, s. 207-225.
- Lee Hentry C./Ladd Carll, "Preservation and Collection of Biological Evidence", *Croatian Medical Journal*, 2001, V. 42/3, s. 225-228.
- Lee H. C./Ladd C./Bourke M.T./Pagliaro E./Turnady F., "DNA typing in forensic science I. Theory and background", *The American Journal of Forensic Medicine and Pathology*, 1994, V. 15/4, s. 269-270.
- Miller KWP. /Brown BL./Budowle B. "The Combined DNA Index System", *International Congress Series*, 2003, V. 1239, s. 617-620.
- Nuhoğlu Ayşe, "Beden Muayenesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, C. 3, S. 2, s. 323-336.

- Özbek Veli Özer, "DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2007, C. 2, S. 3, s. 47-76.
- Özgenç İzzet, "Beden Muayenesi, Vücuttan Biyolojik Örnek Alma, Moleküler Genetik İnceleme ve DNA Verilerinin Muhafazası İşlemleriyle İlgili Rıza ve Yetki Sorunları Üzerine Hukuki Değerlendirmeler", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. XXIV, S. 3, s. 233-264.
- Qiao Lu/ Yang Yajun/ Fu Pengcheng/ Hu Sile/ Zhou Hang/ Peng Shouneng/ Tan Jingze/ Lu Yan/ Lou Haiyi/ Lu Dongsheng/ Wu Sijie/ Guo Jing/ Jin Li/ Guan Yaqun/ Wang Sijia/ Xu Shuhua/ Tang Kun, "Genome-wide variants of Eurasian facial shape differentiation and a prospective model of DNA based face prediction", *Journal of Genetics and Genomics*, 2018, V. 45/ 8, s. 419, 420.
- Schneider Peter M./Prainsack Barbara/Kayser Manfred, "The use of forensic DNA phenotyping in predicting appearance and biogeographic ancestry", *Dtsch Arztebl Int*, 2019, V:116, s. 873-880.
- Wallace H.M./Jackson A.R./Gruber, J./Thibedeau A.D., "Forensic DNA databases- Ethical and legal standards: A global review", *Egyptian Journal of Forensic Sciences*, 2014, C. 4 S. 3, s. 57-63.
- Watson J./Crick F., "Molecular Structure of Nucleic Acids: A Structure for Deoxyribose Nucleic Acid", *Nature*, 1953, V. 171, s. 737-738.
- Wolters Gereon, "Alman Ceza Usul Hukuku'nda Bedensel Muayene ve DNA Analizi", *Almanca'dan Çeviren: Fatih Gündoğdu, Fasikül Hukuk Dergisi*, 2010, C. 2, S. 7, s. 37-41.
- Yıldız Ali Kemal, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, C. X, S. 3-4, s. 273-345.

İnternet Kaynakları

- GeneMapper™ ID-X Software v1.6, Applied Biosystems User Bulletin, Thermo Fisher Scientific, 2019, s. 2-14 (https://assets.thermofisher.com/TFS-Assets/LSG/manuals/100073905_GMIDX_v1_6_UB.pdf) (Son erişim tarihi 20.07.2021).
- CODIS and NDIS Fact Sheet, <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet> (Son erişim tarihi 20.07.2021).
- <https://rm.coe.int/09000016804e54f7> (Son erişim tarihi 30.07.2021).
- HUDOC, <https://hudoc.echr.coe.int> (Son erişim tarihi 20.07.2021).
- INTERPOL Global DNA Profiling Survey 2019. <https://www.interpol.int/content/download/15469/file/INTERPOL%20Global%20DNA%20Profiling%20Survey%20Results%202019.pdf> (Son erişim tarihi 29.07.2021).
- The forensic use of bioinformation: ethical issues. <https://www.nuffieldbioethics.org/assets/pdfs/The-forensic-use-of-bioinformation-ethical-issues.pdf> (Erişim tarihi 01.08.2021)
- STPO- https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html (Son erişim tarihi 30.07.2021).
- UYAP, <https://uyap.gov.tr> (Son erişim tarihi 29.07.2021).

BAHİS VE ŞANS OYUNLARI ÇERÇEVESİNDE CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU

CRIMINAL RESPONSIBILITY IN THE FRAMEWORK OF BETTING AND GAMES OF CHANCE

Yunus Emre KOÇAK*

Özet: Bahis ve şans oyunları, küreselleşen dünyada internetin yaygınlık kazanmasıyla birlikte oldukça geniş bir kitle tarafından icra edilir hale gelmiştir. İnternete erişimin kolaylığı ve hızlılığı bahis ve şans oyunlarına olan ilgiyi ciddi manada artırmıştır. Bu kapsamda bahis ve şans oyunları ekonomisi gözle görülür şekilde büyümekte ve bahse konu bu büyümeye yasa dışı bahis ve şans oyunları oynanması eşlik etmektedir. Bahis ve şans oyunlarına dair ekonomik yönü bu denli güçlü değişim neticesinde hukuk düzeninin söz konusu fiillere müdahalesi ve bu müdahalenin sınırları tartışma konusu olmaya başlamıştır.

Bilhassa milletlerarası vasfa haiz bahis ve şans oyunu oynanmasına imkân tanıyan platformlar sayesinde dünyanın birçok ülkesindeki bireyler tarafından bu oyunlar rağbet görür olmuştur. Geline son noktada tüm dünya genelinde ülkeler mevzuatlarında bahis ve şans oyunlarına dair hukuki düzenlemeler yapma cihetine gitmektedir.

Türkiye, bahis ve şans oyunları konusuna farklı kanunlar içerisinde yer vererek gelişen ve büyüyen bu alana duyarsız kalmamıştır. Ülkemizde bahis ve şans oyunlarına katılım ancak devletin belirlemiş olduğu koşullar ekseninde mümkündür. Bu koşulları düzenleyen temel meri mevzuat 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Müşterek Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'dur. Bahse konu Kanun'un 5. maddesi ise bahis ve şans oyunu oynatma suçunu düzenlemektedir.

İkinci olarak 5738 sayılı Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yaptırılması Hakkında Kanun'da yine bahis ve şans oyunlarına dair düzenleme içermekte olup söz konusu düzenleme bahis oyunlarının ihale usulü çerçevesinde tüzel kişiler tarafında oynatılmasına ilişkin sınırlı bir alana daırdır.

Üçüncü olarak ise Türk Ceza Kanunu madde 228'den bahsedilebilir ki ilgili madde daha ziyade kumar oynanmasına ilişkin olup "kumar oynanması için yer ve imkân sağlama" kenar başlığını taşımaktadır. Bu noktada 7258 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile arasında özel-genel norm ilişkisi mevcuttur.

* Avukat, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, av.yunusemre.ilm@gmail.com, ORCID: 0000-0002-4353-1296, Makale Gönderim Tarihi: 31.08.2021, Kabul Tarihi: 17.03.2022

Bahis ve şans oyunlarına dair hukuki müdahalenin tartışmalı konuları ise ekseriyetle ceza hukukuna dair hususlar olmuştur. Söz konusu hususlar içerisinde tartışmaların odak noktası ise bahis ve şans oyunlarının kumar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu ve bahis ve şans oyunları ile kumarın ilişkisine dairdir. Bu kapsamda irdelenmesi gereken ikinci tartışmalı nokta bahis ve şans oyunlarının suç sistematığı açısından irdelenmesinde bilhassa maddi unsurlar ve hata başlığı altında yer alan bazı hususlara ilişkindir. Son olarak ise bahis ve şans oyunları bağlamında ceza hukuku sorumluluğuna dair bazı tartışmalı noktalar mevcut olup gelinen noktada 25.08.2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'dan da bahsetmek gerekir.

Anahtar Kelimeler: Bahis, Şans Oyunları, İnternet, Hukuki Müdahale, 7258 sayılı Kanun

Abstract: With the widespread use of the Internet in the globalizing world, betting and games of chance have become practiced by a wide audience. The ease and speed of access to the Internet has significantly increased the interest in betting and games of chance. In this context, the economy of betting and games of chance is growing significantly and this growth is accompanied by illegal betting and gambling games. As a result of such a strong change in the economic aspect of betting and games of chance, the intervention of the legal order in these acts and the limits of this intervention have become a matter of discussion.

These games have been popular with individuals in many countries of the world, especially thanks to the platforms that allow betting and chance games with international qualifications. At the last point, countries all over the world go to make legal arrangements on betting and games of chance in their legislation.

Turkey has not remained insensitive to this developing and growing field by giving place to betting and games of chance within different laws. Participation in betting and games of chance in our country is only possible within the framework of the conditions determined by the state. The basic legal legislation regulating these conditions is the Law No. 7258 on the Regulation of Joint Betting and Chance Games in Football and Other Sports Competitions. Article 5 of the law in question regulates the crime of betting and playing games of chance.

Secondly, the Law No. 5738 on Making Fixed Probability and Joint Betting Games Based on Sports Competitions again includes a regulation on betting and games of chance, and the aforementioned regulation is about a limited area for playing betting games by legal entities within the framework of the bidding procedure.

Thirdly, it can be mentioned in article 228 of the Turkish Penal Code, which is more about gambling and has the title of "providing a place and opportunity for gambling". At this point, there is a special-general norm relationship between the 5th article of the Law No. 7258.

The controversial issues of legal intervention regarding betting and games of chance were mostly criminal law issues. Among these

issues, the focus of the discussions is on whether betting and games of chance can be considered within the scope of gambling and the relationship between betting and games of chance and gambling. In this context, the second controversial point to be examined is related to some matters under the heading of material factors and errors, especially in the examination of betting and games of chance in terms of criminal systematics. Finally, there are some controversial points regarding criminal law liability in the context of betting and games of chance, and it is necessary to mention the Decree No. 694 of 25/08/2017.

Keywords: Betting, Games of Chance, Internet, Legal Intervention, Law No. 7258

GİRİŞ

Globalleşen dünya ve hızla gelişen teknoloji ile birlikte bilhassa internetin, bilgisayarların ve tabletlerin yaygınlık kazanması ile kitle iletişim adeta yepyeni bir boyut kazanmıştır. İnternetin başını çektiği bu hızlı değişim süreci ekonomik suçlar açısından da bir dizi yeni ihlal modelline öncülük etmiştir.¹ Kaçınılmaz olarak bu yeni ihlal modelleri yeni hukuki düzenlemelerin yapılmasını zaruri kılmış ve bahse konu düzenlemeler ile bir dizi ceza hukuku sorumluluğu getirilmesi cihetine gidilmiştir.

Pek tabii bu yeni ihlal yöntemleri devlet mekanizmasına bir takım yeni sorumluluklar yüklemektedir. Bunlar; ihlallere dair hukuki mevzuat çalışmalarının yapılması, ihlallerin neler olduğu hususunda çerçevenin çizilmesi, ihlalin tespiti mekanizmalarının geliştirilmesi ve ihlal neticesinde soruşturma/kovuşturma aşamalarının yürütülmesi olarak sıralanabilir.²

İnternetin gelişmesine paralel olarak ekonomik suçlar alanında ön plana çıkan ihlal yöntemleri arasında ise bahis ve şans oyunları başı çekmektedir. Bu duruma ön ayak olan ise bilhassa dünya genelinde spor endüstrisinin devasa şekilde ve önu alınamaz biçimde büyümesidir. Bahse konu durum karşısında ciddi sayıda ulusal ve uluslararası şirket kurularak bireylere bahis ve şans oyunu oynama imkânı sunma-

¹ Bu hususta internet suçlarına dair tarihsel gelişimi detaylıca incelemek için bkz. Ulrich Sieber, "Der Strafrechtliche Schulz des Information", *Zeitschrift für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Freiburg, 1991, C. 103, S. 3, s. 780-781.

² Yener Ünver, "Türk Ceza Kanunu'nun ve Ceza Kanunu Tasarısı'nın İnternet Açısından Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul, 2011, C. 59, S. 1-2, s. 62.

ya başlanmıştır. Bu kapsamda hızla gelişen bu alana devletler duyar-sız kalamamış ve yerel mevzuatlarında bahse konu alanlarda hukuki düzenlemeler yapma cihetine gitmişlerdir. Ayrıca bu hukuki düzenlemeleri uluslararası iş birliği ile desteklemeye çalışmaktadırlar.

Çalışmada, ilk önce bahis ve şans oyunları kavramı hukuki vasfı ile izah edilecek, kumar ile ilişkisi ortaya konulacak ayrıca çok kısa olarak hukukun bahis ve şans oyunlarına müdahale gerekçelerine yer verilecektir. İkinci bölümde bahis ve şans oyunları ceza hukuku perspektifinde sistematik incelemeye tabi tutulacak ve sistematik incelemedeki sorunlu noktalar ayrıca irdelenecektir. İlgili sorunlu noktalar bilhassa Yüksek Mahkeme içtihatları ekseninde izah edilecektir. Son bölümde ise bahis ve şans oyunları bağlamında ceza hukuku sorumluluğuna dair tartışmalı konular ele alınacak ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

1. BAHİS VE ŞANS OYUNLARI KAVRAMLARI VE KUMAR İLE İLİŞKİSİ

1.1. BAHİS VE ŞANS OYUNLARI KAVRAMLARI

Çalışmanın konusunu teşkil eden ve aynı zamanda çalışmaya isim de veren bahis ve şans oyunlarına dair ceza-i sorumluluk hususu irdelenirken bahse konu oyunların kumar ile ilişkisini ortaya koymak hayati öneme sahiptir. Zira kumar bir üst başlık mahiyetinde olup bahis ve şans oyunlarını kendi kapsamı içerisine almaktadır. Ancak biz bu noktada ilk olarak bahis ve şans oyunları kavramlarına açıklık getirmeye gayret edecek, söz konusu oyunların kumar ile ilişkisini ise bir sonraki başlıkta ele alacağız.

Bahis kelimesi Türk Dil Kurumu sözlüğünde aynı ile; “görüşünde veya iddiasında haklı çıkacak tarafa bir şey verilmesini kabul eden sözlü anlaşma” olarak ifade edilirken; şans oyunu “önceden ödeme yapıлып daha sonra şansa dayalı olarak para kazanılan piyango, loto, spor toto, at yarışı gibi oyunlar” şeklinde ifade edilmektedir.³

Yukarıda zikredilen kavramlar dikkatle irdelendiğinde her iki kavram için de ortak olan bir kelime mevcuttur: Oyun. Bu hususa ilişkin olarak Birleşik Krallık’ta hali hazırda yürürlükte olan mevzuat

³ <http://tdk.gov.tr> (Erişim: 16.07.2021)

2005 tarihli Kumar Kanunu'dur (Gambling Act 2005). İlgili kanun ile bahis ve şans oyunları kavramları oyun kelimesi ekseninde ele alınmıştır. Bahse konu kanun, oyun fiilini herhangi bir ödülü kazanma gayesiyle bir şansa dayalı oyunun oynanması şeklinde tanımlamıştır.⁴ Yine bu hususta Alman mevzuatı irdelendiğın de ise ilgili suç şans oyunu (Glücksspiel) kavramı ekseninde ele alınmıştır.⁵

Ülkemiz açısından bahis ve şans oyunları kavramlarının meri mevzuat ekseninde incelenmesi noktasında ilgili suçlara yer veren üç kanun karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki olan 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Müşterek Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun söz konusu kavramlara ilişkin hiçbir açıklamaya gitmeksizin doğrudan 5. maddesi ile cezai sorumluluğı ele almıştır. Haliyle ilgili kavramlara dair bu kanunda bir düzenleme görememekteyiz.

Bahis ve şans oyunlarını düzenleyen ikinci meri mevzuat olan 5738 sayılı Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yapıtılması Hakkında Kanun ikinci maddesi ile birçok kavramın tanımına değinmiştir. Kaldı ki madde başlığı dahi tanımlar ismini taşımaktadır. Ancak çalışmanın öz bölümünde de ifade edildiğı üzere bahse konu kanun bahis oyunlarının ihale usulü çerçevesinde tüzel kişiler tarafında oynatılmasına ilişkin sınırlı bir alana daırdır. İş bu sebepten ötürü yer verilen tanımlar başbıy, hasılat gibi şans oyunlarının tüzel kişilerce icranın sağlanması çerçevesinde olup ilgili kavramlara dair bir tanımla yapılması cihetine gidilmemiştir.

Son kertede ele alınacak meri mevzuat ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'dur. İlgili kanunun 228. maddesi konuyu ele almış ve kumar kavramına ilişkin bir tanım getirmiştir. Bahis ve şans oyunlarının kumarın bir alt başlığı olduğu düşünöldüğünde TCK'da yer alan ilgili düzenleme oldukça büyük bir öneme haizdir lakin kumar ile bahis ve

⁴ Cumhuri Şahin, Ali Şahin Kılıç, "Legal Matters Related To Criminal Theory In The Context Of Criminal Liability Of Betting And Games Of Chance", Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler - C. I - II, Ankara, 2020, Editörler. İzzet Özgenç-Cumhuri Şahin-Faruk Turhan, 1. Bası, s. 1656.

⁵ Almanca mevzuat ekseninde şans oyunu kavramına dair detaylı bir inceleme için bkz. Adolf Schönke, Horst Schröder, Theodor Lenckner, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, Verlag Beck C.H., München, 2007, s. 287.

şans oyunları kavramlarına dair detaylı inceleme bir sonraki bölümde yapılacağından ötürü burada bu hususta bir inceleme yapılmayacaktır.

TCK madde 228 ekseninde bahis ve şans oyunları kavramına dair asıl irdelenecek husus söz konusu kavramların tıpkı kumar gibi oyun kavramı ekseninde ele alınmasıdır. TCK'da 228. maddede yer verilen, *kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlar* şeklindeki kumar tanımı⁶ bahis ve şans oyunları içinde çerçeve metin niteliğine haizdir. İlgili tanım ekseninde hem bahis hem de şans oyunu kazanç amacıyla icra edilen aynı zamanda kazanmanın ve kaybetmenin kismete bağlı olduğu *oyun* vasfındadır. İş bu oyun niteliği göstermektedir ki her ne kadar bahis ve şans oyunu gerek birbirlerinden farklı yönlere sahip olsalar gerekse de benzer özellikler sergileseler de en nihayetinde kumar kapsamındadırlar.

Unutmamak gerekir ki bahis ve şans oyunlardan kar elde etmek veya zarara muhatap olmak noktasında kişisel beceriler belli ölçüde etkili de olsa neticeyi belirleyen büyük ölçüde talih, kismet faktörüdür.

1.2. BAHİS VE ŞANS OYUNLARI KAVRAMLARININ KUMAR İLE İLİŞKİSİ

Kumar birçok sosyal bilim alanının ortak çalışma alanıdır. Hukuk, sosyoloji, psikoloji, tıp zaman zamansa başkaca sosyal bilimler kumar hakkında çalışmalar yürütmektedir. Toplum tarafında olumsuz bir davranış biçimi olarak telakki edilen kumar aynı zamanda sosyal hayat için toplumsal düzenin bozucu nitelikte bir eylemdir. Kumarın bireyden başlayarak, aileye; aileden hareketle sosyal çevreye ve en nihayetinde topluma zarar veren bir yapısı mevcuttur. Zira kumar fiilinde bir taraf kazanırken bir taraf kaybetmektedir. Bu husus kumarın doğası gereği başka türlü tezahür edemez. İş bu kaybeden tarafta yer alan kişinin iç âleminde yaşadığı psikolojik gerilim, çevresine yansıttığı davranış biçimi bir tarafa düşer olduğu maddi kaybı telafi etmek için borç alma cihetine gitmesi gibi davranışlar bireysel ve sosyal açıdan kumarın sebep olduğu sorunların başlıcalarıdır.

⁶ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 142.

Kumar olgusunun ceza hukukuna dair bir yönünün bulunup bulunmadığı hususu ise tartışmalıdır. Buna karşın, kumar olgusuna ceza kanunlarının yer verdiği tarihsel süreç irdelendiğinde görülmektedir.⁷

Yasa koyucu, kumarın bireysel ve toplumsal zararlarının farkında olarak sebep olduğu zararların önüne geçmek ve genel ahlaki muhafaza etmek istemiştir. Bu gaye ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 34'te kumar oynama fiilini kabahat olarak düzenlemiş; kumar oynanması için yer ve imkân sağlamanın sebep olduğu tehlikenin daha fazla haksızlık içermesi hasebiyle ise söz konusu fiilleri TCK madde 228 ile suç olarak düzenlemiştir.⁸

Kumar kelimesi Türk Dil Kurumu sözlüğünde aynı ile; *“ortaya para koyarak oynanan talih oyunu”* şeklinde ifade edilmiştir.⁹ Yine TCK madde 228, 6. fıkrası ile kumara ilişkin bir tanım getirmiştir: *“Ceza Kanununun uygulanmasında kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlardır”*.¹⁰

Bahis, şans oyunu ve kumar; her üç kavram içinde ortak olan alan oyun kavramıdır. Her üç kavram içinde güdülen gaye kar sağlama amacıdır. Nitekim Yargıtay sigara kazanma gayesi ile oynana oyunların dahi kumar niteliğine sahip olduğu yönünde kararlar vermiştir.¹¹

Kar sağlama hedefine gidilirken bahis ve şans oyunları kavramları için belli ölçüde kişisel tecrübe, bilgi, mukayese yeteneği gibi kavramlar ön plana çıkarken kumar içinse talih, kısmet gibi kavramlar ön plana çıkmaktadır. Ancak bu noktada unutmamak gerekir ki bahis ve şans oyunları için ön plana çıkan hususlar kazanma veya kaybetme hususunda belirleyici olmaktan çok uzaktırlar. Bu noktada yine tıpkı kumarda olduğu gibi iş dönüp dolaşıp talih, kısmet gibi kavramlara varmaktadır. Nitekim Yargıtay da 2006 yılında verdiği kararında

⁷ Rahime Erbaş, Begüm Tokgöz, “Bahis Oyunları ve Ceza Hukuku Sorumluluğu”, Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler – C: I - II, Ankara, 2020, Editörler: İzzet Özgenç-Cumhur Şahin-Faruk Turhan, 1. Bası, s. 1755.

⁸ Beşir Babayiğit, “Kumar Oynama ve Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Fiilleri”, TAAD, Ankara, 2018, Yıl. 9, S. 34, s. 284, (s. 283-315).

⁹ <http://tdk.gov.tr> (Erişim: 17.06.2021)

¹⁰ Süheyl Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 331.

¹¹ Yargıtay 2. CD, E. 2010/ 23408, K. 2012/13462, T. 10.05.2012, www.kazanci.com (E. T.: 25.05.2021).

kumarın temel özelliklerinden biri olarak kazancın talihe bağılı olması hususuna vurgu yapmış ve sanığın kahvehanesinde şans ve talihe dayalı kumar niteliğinde oyun oynattığından bahisle icra edilen fiilde kazanç sağlama imkânının talihe bağılı olduğunu vurgulamıştır.¹²

Kar sağlama motivasyonunu merkeze alan bahsin, katılımcıların bilgi ve tecrübesine dayalı olması hasebiyle kazanama veya kaybetmenin tamamen şansa bağılı olduğu kumardan farklı olduğu iddiası sağlam bir bilimsel dayanaktan yoksundur.¹³ Son kertede üç kavram için ortak alan “oyun” olmakta ve yine üç fiil için belirleyici rolü talih, kismet kavramları teşkil etmektedir. Nitekim Yargıtay da 1956 tarihli çok eski bir kararında fııldak çevirmek suretiyle oynanan oyunun, tamamen baht ve talihe bağılı oyunlardan olması hasebiyle kumar mahiyeti dikkate alınmaksızın tanzim edilen bilirkişi raporuna karşı görüşte olarak sanık hakkında beraat kararı verilmesini uygun bulmamıştır.¹⁴

1.3. BAHİS VE ŞANS OYUNLARINA HUKUKUN MÜDAHALE GEREKÇELERİ

İlk bölümde izah edildiği üzere kumarın bir alt başlığı olarak ve kumarın kapsamı dâhilinde değerlendirilmek suretiyle bahis ve şans oyunları hukuk düzeni tarafından belirli düzenlemelere tabi tutulmak istenmiştir. Kamu otoritelerinin söz konusu alana müdahalesinde yasadışı icra edilen bahis ve şans oyunlarının, günümüz itibariyle çok yüksek paraların döndüğü bir ekonomik yapı teşkil etmesi ana motivasyon kaynağıdır. Türkiye’de yaş aralığı 18 ile 50 arasında olan 5 milyon kişinin yılda 50 milyar TL’lik bahis oynadığı ifade edilmektedir.¹⁵

Bahis ve şans oyunlarına hukukun müdahale gerekçelerinden ilki bu fiilleri icra etme noktasında hem düzenleyen hem de katılanların eylemlerinin ahlaka ayırılmasıdır. Bu hususa ilişkin olarak bazı görüşler daha da ileri giderek kumar ile mücadelenin bir ülke meselesi olduğunu ve bu kapsamda atılması gereken hukuki adımların zaru-

¹² Yargıtay 2. CD, E. 2006/7050, K. 2006/15699, T. 02.10.2006, www.kazanci.com (E. T.: 25.05.2021).

¹³ Ersan Şen, “Kumar, Bahis ve Şans Oyunları Oynatma Suçu”, Yorumluyorum-16, Ankara, 2017, Seçkin Yayınevi, s. 192.

¹⁴ Yargıtay 2. CD, E. 1954/19224, K. 1954/8778, T. 30.11.1954, www.kazanci.com (E. T.: 26.05.2021).

¹⁵ Suat Çalışkan, Ali Gürel, Yasadışı Bahis ve Kumar Suçları, 1. Bası, Aristo Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 19.

retine işaret etmişlerdir.¹⁶ Bugüne gelindiğinde bahis ve şans oyunlarının kumar başlığı altında olduğu unutulmadan bahse konu değerlendirme ekseninde kanun koyucuların ahlaka aykırılık ve kumarla mücadelenin memleket meselesi olduğu motivasyonun hareketle düzenlemeler yaptığı yorumunda bulunulabilir.

Bahis ve şans oyunları için ülkemiz adına yukarıda ifade edilen şekli ile değerlendirilme yapılırken 20. yüzyıla gelindiğinde dünya genelinde farklı hukuk sistemleri bahis ve şans oyunlarını artık ahlaka aykırı değil farklı bir eğlence türü olarak görmeye başlamıştır.¹⁷ Zira sanayi devrimi inkişaf etmiş, insanlar köylerden kentlere göç etmiş ve artık kalabalık şehir hayatları hüküm sürer olmuştur. Bu sebepten ötürü bilhassa günümüz için bahis ve şans oyunlarına hukuki müdahale gerekçesi olarak ahlaka aykırılık kavramı ağırlığını yitirmiştir.

Bahis ve şans oyunlarının hukuk düzeni tarafından müdahaleye maruz kalması hususunda ahlaka aykırılık motivasyonunun zamanla geçerliliğini kaybetmesi ile birlikte artık daha somut, pozitif gerekçeler meydana gelmeye başlamıştır. Bunların en önemlilerinden biri kamu otoritesinin sağlanması gayesidir.

Günümüze gelindiğinde artık tartışmanın ana noktasını bahis ve şans oyunlarına dair yasal düzenlemeler ve bahse konu oyunların kamu otoritesinin izni dışında icrasının yol açabileceği zararların engellenmesi oluşturmaktadır.¹⁸

Bu noktada bahis ve şans oyunlarına dair TCK 228. maddesinin tekrar hatırlanmasında fayda vardır. Zira Kumar Oynanması için Yer ve İmkân Sağlama suçu “Genel Ahlaka Karşı Suçlar” başlıklı yedinci bölümde ele alınmış fakat 228. maddenin gerekçesinde *bu suça ilişkin düzenlemede, kumarın sosyal bakımdan ortaya koyduğu büyük tehlike ve doğurması olası facialar göz önüne alınmıştır* ifadesine yer verilerek, ilgili suçun meydana getirdiği toplumsal zararlılığa vurgu yapılmıştır.¹⁹

¹⁶ Feyzi Necmettin Feyzioğlu, “Cezai ve Hukuki Cepheleriyle Kumar ve Bahis”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1958, Ahmet Esat ARBÜK’e Armağan, S. 124, s. 130.

¹⁷ Jim Orford, “Gambling in Britain: The Application Of Restraint Erosion Theory”, Society For The Study Of Addiction, Northampton, 2012, Vol. 107, Iss. 12, s. 2083.

¹⁸ Şahin, Kılıç, “Legal Matters Related To Criminal Theory In The Context Of Criminal Liability Of Betting And Games Of Chance”, 1658.

¹⁹ Şahin, Kılıç, “Legal Matters Related To Criminal Theory In The Context Of Criminal Liability Of Betting And Games Of Chance”, 1659.

Bahis, şans oyunu, kumar gibi oyunların TCK 228. madde gerekçesinde ifade edilen şekliyle sebep olduğu toplumsal zararların önlenmesi için kamu otoriteleri ilgili oyunları kendi kontrollerine alarak kanuni düzenlemeler yapmak istemişlerdir. Böylelikle söz konusu oyunlar kanunların izin verdiği hallerde sorunsuzca icara edilirken kanun kapsamı dışında kalan durumlar yasa dışı hale gelecektir. Bu durum icra edilen fiilin yasal veya yasa dışı olmasını kamu otoritesinin iradesine bırakarak adeta kamu düzeninin tesisinin sağlanmasına aracılık edecektir.

Bahis ve şans oyunları zaman içerisinde bilhassa internetin öncülük etmesiyle oldukça büyük bir pazar haline gelirken bu durum organize suç örgütleri için de önemli bir alan haline gelmiştir. Organize suç örgütleri yasa dışı bahis operatörleri ile bu alanı kullanmaya başlamıştır. Çok geniş bir çalışma ekibi kuran organize suç örgütleri bahis ve şans oyunları icra edilmesi için oluşturulan sistemlerin işleyişini devamlı ve süreklilik arz edecek şekilde sağlamaya başlamışlardır.

Organize suç örgütlerinin bahis ve şans oyunlarına olan ilgisi somut araştırma verileri ile de ortaya konmuştur. Amerika Birleşik Devletleri'nde yürütülen bir araştırma da ülkede mevcut olan yasa dışı bahis ve şans oyunu internet sitelerinin pek çoğunun çalışma hususunda lisanslarını Kosta Rika'dan aldıkları tespit olunmuştur. Yine Europol'un araştırmaları da göstermektedir ki Amerika Birleşik Devletleri'ne benzer bir durum Avrupa ülkeleri için de geçerlidir.²⁰

İlgili araştırmalar da göstermektedir ki; organize suç örgütleri bahis ve şans oyunlarına bilhassa operatörler aracılığı ile dâhil olmakta, gerektiğinde gerekli yasal izinleri ise kanunu adeta arkadan dolanarak temin edebilmektedir.

Bahis ve şans oyunları yasa dışı paranın aklanması noktasında da büyük paya sahiptir. Yapılan bazı çalışmalar göstermektedir ki; organize suç örgütleri yasa dışı yollardan elde ettikleri gelirin neredeyse %10'luk kısmını bahis ve şans oyunları vasıtasıyla aklamaktadır.²¹

²⁰ Leighton Vaughan Williams, Donald Siegel, *The Oxford Handbook of the Economics of Gambling*, Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 13. Ayrıca bahse konu araştırma göstermektedir ki Amerika Birleşik Devletleri'nde pek çok organize suç örgütü bahis ve şans oyunları ile ilgili faaliyet yürütmekte ve çok ciddi gelirler temin etmektedir.

²¹ 5th OECD Task Force for Countering Illicit Trade, "Free For All Zone- Free Trade

Bu noktada ifade etmek gerekir ki yasa dışı paranın bahis ve şans oyunları yoluyla aklanması gayretinin üç temel motivasyonu bulunmaktadır. Bunlardan ilki; bahis ve şans oyunlarının çok büyük meblağlarda paranın işlem görmesine ve nakit akışına olanak sağlamasıdır. İkincisi, bahis ve şans oyunlarının karmaşık işlemlere imkân tanıyarak paranın izinin kaybolmasına imkân sağlamasıdır. Sonuncusu ise; bahis ve şans oyunlarının vergisiz gelir ve kazanca imkân tanınmasıdır.²²

2012 yılı verileri ekseninde dünya genelinde 2.927 internet sitesi çevrimiçi platformlar aracılığı ile bahis ve şans oyunu oynanmasına imkân tanıyorken, bahse konu internet sitelerine 311 farklı ödeme yöntemi ile ödeme yapılabilmesi mümkündür. 311 ödeme yöntemi arasında ise kredi kartları, çek kullanımı, mobil cihazlar üzerinden yapılan ödemeler ve şahıslar arası para transferi en çok tercih edilen yöntemlerdir.²³

Sayısal verilere dayanan ilgili çalışmalar göstermektedir ki; bahis ve şans oyunları yasa dışı paranın aklanması hususunda oldukça büyük öneme sahiptir. Bu durumun önüne geçmek isteyen ülkelerde haliyle bahse konu fiilleri ceza-i yaptırım ile önlemeye çalışma gayreti içerisinde.

Bahis ve şans oyunlarının oynanması hemen herkesin tahmin edebileceği üzere bireysel ve toplumsal alanda da oldukça derin izler bırakmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde ilgili kavramlar tanımlanırken vurgulandığı üzere bahis ve şans oyunları nihayetinde kazanma veya kaybetme ile neticelenmektedir. İki uç noktayı teşkil eden söz konusu durum bireysel ve toplumsal manada da iki uç nokta üzerinden zihinsel kaymalara sebep olmakta ve adeta bireyin dolaylı olarak da toplumun dengesini sarsmaktadır.

Bireysel anlamda bahis ve şans oyunlarına karşı duyulan kişisel tutku, bunun alışkanlık haline gelmesi, kaybetme durumunda yaşanan psikolojik ve maddi çöküntü bireyleri ve aileleri doğrudan et-

& Special Economic Zones (FTZ & SEZ) International Online Betting Operators & Gambling", [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=GOV/PGC/HLRF/TFCIT/RD\(2017\)3&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=GOV/PGC/HLRF/TFCIT/RD(2017)3&docLanguage=En), (20.06.2021)

²² Ingo Fiiedler, "Online Gambling as a Game Changer to Money Laundering", *SSRN Electronic Journal*, 2013, s. 82.

²³ Ingo Fiiedler, "Online Gambling as a Game Changer to Money Laundering", s. 83.

kilemektedir. Bu durum bireysel ve sosyal anlamda karşı konulamaz olumsuzluklara yol açmaktadır.

Bahis ve şans oyunlarının bireysel ve toplumsal yaşam olduğu kadar ekonomik yaşama da tesirleri vardır. Ekonomik olarak ilk etapta ön plana çıkan başlıklar; vergi kayıpları, ekonomi piyasasında anlam verilemeyen ve ani gelişen büyümeler, organize suç örgütlerinin ekonomik olarak desteklenmesi ve ilgili oyunlarla mücadele için harcanan emek ve zaman olarak sıralanabilir.²⁴

Bu noktada belirtmek gerekir ki bahis ve şans oyunlarının bireysel, sosyal ve ekonomik tesirine yönelik yapılan akademik ve bilimsel çalışmaların azlığı sebebiyle sayısal veriler paylaşılmasa da bahis ve şans oyunlarının bahse konu alanlarda yol açtığı büyük çöküntü hemen herkesin malumudur. Bu sebepten ötürü bahis ve şans oyunlarının ceza hukuku açısından sorumluluk doğurması noktasında yasa koyuculara ve uygulayıcılara sosyal ve ekonomik alanda yaşanan bu çöküntü yaşsal düzenlemeler yapmak ve ceza-i yaptırımlar öngörmek konusunda önemli bir motivasyon kaynağı teşkil etmektedir.

2. BAHİS VE ŞANS OYUNLARININ SUÇ SİSTEMATİĞİ AÇISINDAN İNCELENMESİ VE SİSTEMATİK İNCELEMEDE SORUNLU NOKTALAR

2.1. BAHİS VE ŞANS OYUNLARININ SUÇ SİSTEMATİĞİ AÇISINDAN İNCELENMESİ

Mevzuatımızda bahis ve şans oyunlarına dair üç kanuni düzenleme olduğu çalışmanın öz bölümünde aktarılmıştı. Bunlardan ilki bahis ve şans oyunlarını kanuni bir zemine oturtmayı gaye edinmiş olan 5738 sayılı Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yaptırılması Hakkında Kanun'dur ki, ilgili kanun ile asıl amaçlanan bahis ve şans oyunlarının ihale usulü ile özel hukuk tüzel kişilerince icra edilmesidir.²⁵

²⁴ Sacit Yılmaz, "Betting And Responsibility Of Criminal Law", Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler - C: I - II, Ankara, 2020, Editörler. İzzet Özgenç-Cumhur Şahin-Faruk Turhan, 1. Bası, s. 1776.

²⁵ Yılmaz, "Betting And Responsibility Of Criminal Law", s.1778.

İkinci kanuni düzenleme, 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'dur. Bahse konu kanun 5. maddesi ile yasa dışı bahis için bazı ceza-i müeyyideler öngörmüştür. Söz konusu cezalar kanunun tanıdığı yetki dışında bahis oynatanlar için öngörülmüştür ve bu haller şöyle sıralanabilir, oyun için imkân sağlayanlar; yurt dışında oynanan spor müsabakalarına internet üzerinden Türkiye'den bahis oynanmasına imkân sağlayanlar; yasa dışı bahisle bağlantılı para nakline aracılık edenler; reklam vermek suretiyle yasa dışı bahsi teşvik edenler için cezalandırma öngörülmüştür.²⁶

7258 sayılı Kanun ile korunan hukuki değer tıpkı kumar oynanması için yer ve imkân sağlama fiilleri için gözetilen hukuki yarara benzerdir. Buradaki hukuki yarar tıpkı kumarda olduğu gibi kişinin kolayca ve hızlıca para kazanma arzusunun tetiklenmesini önlemek ayrıca çalışmadan para kazanma fikrinden uzaklaştırmaktır.²⁷

Bahis ve şans oyunları bağlamında suç teşkil eden eylemlerin faili herkes olabilirken Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen pek çok suçta benzer şekilde mağdur tüm toplumdur. İlgili suçun icra edilmesiyle, toplumu teşkil eden ve huzur, sükûnet içinde bu toplumda yaşama hakkına sahip olan tüm bireyler mağdur edilmektedir.²⁸

Suçun maddi unsurları noktasında 7258 sayılı Kanun'un 5. maddesi dört farklı eylem tipi için düzenleme yapılması cihetine gitmiştir. Bunlardan ilki kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın spor müsabakaları temelli bahis veya şans oyunlarını oynatanlar için ceza sorumluluğuna ilişkindir. Bahse konu oynatma fiilinin icrası durumunda kanun 3 yıldan 5 yıla hapis ve on bin güne kadar adli para cezası öngörmektedir.

7258 sayılı Kanun'un 5. maddesi ikinci olarak; internet vasıtasıyla yahut sair suretle erişim sağlayarak, yurt dışında oynatılan spor müsabakalarına bahis ya da şans oyunu oynatılması fiili için cezai-i mü-

²⁶ 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 5. madde

²⁷ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 554.

²⁸ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 210.

eyyide öngörmüştür. İlk bent ile ifade edilen fiile karşılık öngörülen cezadan daha ağır bir yaptırım ikinci bentteki bahse konu fiil için öngörülmüştür. Söz konusu eylem için 4 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası istenmektedir.

7258 sayılı Kanun'un 5. maddesi üçüncü olarak; bahis veya şans oyunları çerçevesinde para nakline aracılık eden kişiler hakkında 3 yıldan 5 yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası öngörmüştür.

7258 sayılı Kanun'un 5. maddesi son olarak; yasa dışı bahis veya şans oyunlarını teşvik edenler, bu gaye ile reklam verenler için ceza-i müeyyide öngörmüştür. Söz konusu yaptırım 1 yıldan 3 yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezası olarak yer almıştır.

İzah edilen söz konusu dört maddi unsura ilaveten bahse konu kanun d bendi ile tıpkı TCK madde 228 gibi yasa dışı bahis ve şans oyunu oynayan kişiler için mülki amirlere idari para cezası tatbik etme hususunda yetki tanımaktadır.

Suçun manevi unsuru noktasında ifade etmek gerekir ki bu suç ancak kasten işlenebilir, taksirle işlenmesi söz konusu olamaz. Ayrıca söz konusu suç için genel kasıt yeterli görülmemiştir zira yer ve imkân sağlanması eylemlerinin bahis ve şans oyunlarının icrasına yönelik olması gerekmektedir. Bu durum tipik manevi unsurun özel kast olduğuna işaret etmektedir.²⁹

İrdelenen suç açısından hukuka uygunluk nedenleri başlığına gelindiğinde karşımıza kanun hükmünü yerine getirme durumu çıkmaktadır. Bu noktada TCK madde 24'ün ilk fıkrası önem arz eder. Zira ilgili suç açısından kanun hükmünü yerine getiren kişi, işin esasında görevini ifa etmektedir.³⁰ Bu noktada hemen ifade etmek gerekir ki 5738 sayılı Kanun ekseninde gerekli prosedürler takip edilerek bahis ve şans oyunu oynatılmasına dair ilgili yasal izin alınmışsa söz konusu fiiller suç teşkil etmeyecektir.

²⁹ Hakan Karakehya, "Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul, 2013, C. 19, S. 2, s. 709.

³⁰ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükmümler*, 8. Bası, Adalet Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 394.

Suç sistematığı açısından inceleme de suçun özel görünüş şekilleri başlığında iştirak hususunda özel bir durum gözükmemektedir. İlgili suç iştirak halinde işlenebilir.

Bu suç neticesi harekete bitişik bir suçtur zira bahis ve şans oyunu oynanması ile suç sübuta ermektedir. Yahut bahis ve şans oyunu oynanması için yer ve imkân sağlanması ile de suç tamamlanmış olacaktır.³¹

Zincirleme suça gelindiğinde bahis ve şans oyunları bağlamında uygulama da önemli bir hatanın yapıldığı fark edilmektedir. Şöyle ki; 7258 sayılı Kanun'un 5. maddesinde tanımlanan suçun mağduru tüm toplumdur.³² Ancak bahis ve şans oyunu oynayan bireyler bizatihi suçun konusunu teşkil etmektedirler. Bu sebepten ötürü kumar oynayan kişi sayısınca suç oluşmaz ve kişi sayısı baz alınarak zincirleme suç hükümleri uygulanması hatalı olmaktadır.³³

Zincirleme suçun isabetlice değerlendirilmesi noktasında Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 2019 tarihli bir kararı önemli vurgular içermektedir. Yüksek Mahkeme, 7258 sayılı Kanun'un 5. maddesinde tanımlanan suçun mağdurunun toplum olması hasebiyle UYAP ortamında yapılan araştırmada, benzer eylem nedeniyle sanık hakkında, Batman 2. Asliye Ceza Mahkemesi nezdinde de dosya olduğundan bahisle anılan dosyanın incelenip şayet imkân varsa birleştirilerek, her iki eylemin aynı tarihte ve aynı mağdura yönelik olduğu da gözetilerek tek suç oluşturup oluşturmadığı yönünden değerlendirme yapılması zaruretine vurgu yapmıştır.³⁴

Özel norm genel norm ilişkisi açısından ise TCM madde 228 ile 7258 sayılı Kanun'un 5. maddesi irdelenmelidir. Bu noktada 7258 sayılı Kanun özel norm niteliği arz etmekte ve öncelikle uygulama alanı bulmaktadır.

³¹ Karakehya, "Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu", s. 709.

³² Veli Özer Özbek, Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 334.

³³ Yılmaz, "Betting And Responsibility Of Criminal Law", s.1780.

³⁴ Yargıtay 19. CD, E. 2019/59, K. 2019/1059, T. 29.01.2019, www.kazanci.com (E. T.: 26.06.2021).

2.2. BAHİS VE ŞANS OYUNLARININ SİSTEMATİK İNCELEMESİNDE MADDİ UNSURA DAİR SORUNLU NOKTALAR

Bahis ve şans oyunları bağlamında ceza hukuku sorumluluğuna dair sistematik inceleme bir önceki bölümde yapılmıştır. İnceleme başlıklarından suçun maddi unsurları başlığı oldukça büyük öneme haizdir. Zira uygulamada ilgili suçun icrası maddi unsurlar başlığı altında izah edildiği üzere farklı şekillerde olmaktadır. 7258 sayılı Kanun, bahis ve şans oyunlarının dört farklı şekilde icrasını öngörmüş ve her bir durum için farklı ceza-i müeyyideler getirmiştir. İşte tamda bu noktada yani bahis ve şans oyunlarının dört farklı şekilde yaptırıma tabi tutulması hususunda uygulamada bazı sorunlu noktalar doğmaktadır. Söz konusu sorunlu noktalar çalışmanın bu bölümünde mümkün meritebe Yüksek Mahkeme kararları ekseninde irdelenmeye çalışılacaktır.

7258 sayılı Kanun'un a bendi bahis ve şans oyunları için kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın spor müsabakaları temelli bahis veya şans oyunlarını oynatanların cezalandırılmasının öngörmüştür. Bu nokta suçun tespiti hususu büyük önem arz etmektedir. İlgili suçun tespiti gayesiyle işyerlerine girilmesi, bilgisayarlar üzerinde arama yapılması hususlarında mutlak suretle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun arama ve el koymaya dair hükümleri aynen tatbik edilmelidir.³⁵

Bahse konu hususa ilişkin Yargıtay güncel denilebilecek 2018 tarihli bir kararında hâkim kararı olmaksızın işyerinden ele geçirilen bir bilgisayar üzerinde yine hâkim kararı olmaksızın inceleme yapılması ve inceleme neticesinde düzenlenen raporu hukuka aykırı delil olarak nitelendirmiş, bu sebepten ötürü ilgili mahkûmiyet kararını bozarak sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği hususuna hükmetmiştir.³⁶

7258 sayılı Kanun'un b bendi internet vasıtasıyla yahut sair suretle erişim sağlayarak, yurt dışında oynatılan spor müsabakalarına bahis ya da şans oyunu oynatılması fiili için yaptırım getirmektedir. Bu noktada da yine uygulamada bazı tartışmaları hususlar mevcuttur. İlgili suç isnadıyla yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda şüpheli ya-

³⁵ Yılmaz, "Betting And Responsibility Of Criminal Law", s.1779.

³⁶ Yargıtay 18. CD, E. 2016/4999, K. 2018/12458, T. 27.11.2018, www.kazanci.com (E. T.: 02.07.2021).

hut sanığın internet veya başkaca vasıtalarla yurt dışında faaliyet gösteren bahis ve şans oyunu platformlarına erişim sağlayıp sağlamadığı açıkça belirlenmelidir. Ayrıca erişime dair bahse konu tespitin bilirkişi raporuyla da sabit olması gerekmektedir.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi yine güncel denilebilecek 2019 tarihli bir kararında sanığın iş yerinden temin edilerek adli emanete alınan bilgisayar sabit diski üzerinde uzman bir bilirkişiye inceleme yaptırılarak, sanığın 7258 sayılı Kanun'a aykırı bir şekilde bahis oynattığı kabul edilen site yahut sitelerin yurtdışı kaynaklı olup olmadığının, duraksamaya yer bırakmayacak şekilde tespiti ile sanığın hukuki durumunun buna göre tayin ve takdiri yerine, eksik soruşturma ile yazılı şekilde karar verilmesini hukuka aykırı bulmuştur.³⁷

7258 sayılı Kanun'un c bendi bahis veya şans oyunları çerçevesinde para nakline aracılık eden kişiler hakkında adli hapis cezası tatbiki-ne dairdir. Bu noktada para nakli terimi dikkatle irdelenmeli ve geniş değerlendirilmelidir. Banka hesaplarının kullanılmasından tutunda tıpkı uyuşturucu madde ticaretinde rol alan torbacılar misali bahis ve şans oyunlarında kazanılan paraları sahiplerine elden teslim edenlerde bu kapsamda değerlendirilmelidir.³⁸

7258 sayılı Kanun'un ç bendi yasa dışı bahis veya şans oyunlarını teşvik edenler ile bu gaye ile reklam verenler için hapis ve adli para cezası getiren bir hüküm ihtiva etmektedir. Ancak ilgili bent hangi reklamların bu kapsamda değerlendirileceğine yer vermemiştir.

Yazılı, sosyal ve görsel basında, billboardlarda yahut sair suretlerde yapılan ve herhangi bir bireyi bahis ve şans oyununa teşvik eden her türden reklam 7258 sayılı Kanun'un ç bendi kapsamında değerlendirilmelidir.³⁹

2.3. BAHİS VE ŞANS OYUNLARININ SİSTEMATİK İNCELEMESİNDE HATANIN TEZAHÜR HALLERİ

Bahis ve şans oyunlarına dair suç sistematığı açısından irdeleme yapıldığında görüldüğü üzere "kanunun verdiği yetkiye dayalı ol-

³⁷ Yargıtay 19. CD, E. 2016/1708, K. 2019/5150, T. 04.03.2019, www.kazanci.com (E. T.: 03.07.2021).

³⁸ Yılmaz, "Betting And Responsibility Of Criminal Law", s.1778.

³⁹ Yılmaz, "Betting And Responsibility Of Criminal Law", s.1778.

maksızın" ibaresi mevzuatta yer almaktadır. Söz konusu ifade, ilgili suça dair hata hükümlerinin değerlendirilmesinde farklı yorumlamalara sebebiyet vermektedir.

Temel bir misal üzerinden hareket edilerek hata konusu irdelenecek olursa; kanuni olarak ehil bir kurumdan ilgili izinleri aldığı inancıyla hareket eden ancak işin esasında kanuni olarak yetkisi bulunmayan bir kurumdan izin almış kişinin durumunun hata hükümleri bağlamında değerlendirilmesi kendi içinde özellik arz etmektedir. Bu noktada kanuni olarak zaruri iznin alınması hususu tipikliğin bir unsuru kabul edilirse şayet failin bahis ve şans oyunlarına dair hatası, suçun maddi unsurlarına dair bir hata özelliği taşıyacak ve bu durum failinin kastının kalkması şeklinde kabul görecektir.⁴⁰ Zira kişi alınması gereken kanuni izinleri yetkili makamlardan aldığı inancı ile hareket etmiş olacaktır.

Kanuni izin alınmaksızın bahis ve şans oyunlarına katılma fiili ise kendi içinde ayrı bir özel nitelik taşımaktadır. Zira kanuni izin alınmaksızın düzenlenen bahis ve şans oyununa katılan kişinin eylemi bir kabahat niteliği taşımaktadır. Kabahatler Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca, TCK'nın kabahate ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır.⁴¹ Tüm bu süreç neticesinden tanzim olunacak idari para cezalarına dair itirazda ise görevli yargı merci adli yargı olacaktır. Benzer bir durum Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gelmiş ve Yüksek Mahkeme incelediği uyuşmazlıkta, öngörülen idari para cezasının 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğundan bahisle adli yargı mercilerinin görevli olduğuna hükmetmiştir.⁴²

Hata başlığı altında son olarak incelenmesi gereken husus suçun icra edildiği yere ilişkin olarak hataya düşülmesi konusudur. Bu noktada uygulamada zaman zaman karşılaşılan durum şu şekilde olmaktadır: Fail işlediği suçun tam manasında bilincindedir, suçun işlediği yerinde farkındadır ancak o yerin hukuki statüsünde hataya düşmek-

⁴⁰ Urs Kindhauser, Eric Hilgendorf, Strafgesetzbuch Lehr-und Praxis Kommentar, 8. Auflage, Nomos Kommentar, Müncer, 2019, s. 284.

⁴¹ Şahin, Kılıç, "Legal Matters Related To Criminal Theory In The Context Of Criminal Liability Of Betting And Games Of Chance", 1650.

⁴² Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2018/ 85, K. 2018/ 647, T. 22.10.2018, www.kazanci.com (E. T.: 23.06.2021).

tedir. Söz konusu durum ceza yasalarının yer bakımından uygulanması noktasında da önem arz etmektedir. Söz gelimi kişi Türk karasularında yer almasına rağmen karasularının hukuki niteliği noktasında hataya düşmüş olabilir. Bahse konu hata kişinin bilgisizliğinden kaynaklanabilir. Bu şekilde yapılan hatanın haksızlık yanlığı çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir.⁴³ İşte bu noktada kişinin kusurunun yokluğu dolayısıyla cezai-i müeyyideden kurtulması söz konusu olmayacaktır.

3. BAHİS VE ŞANS OYUNLARI BAĞLAMINDA CEZA HUKUKU SORUMLULUĞUNA DAİR TARTIŞMALI HUSUSLAR

3.1. BAHİS VE ŞANS OYUNLARINDA CEZALANDIRILABİLİRLİK TARTIŞMASI

1926 tarihli Ceza Kanunu zamanından günümüze kadar ceza mevzuatımızın tarihsel sürecinde ceza hukuku teorisi ve suç öğretisi bakımından bazı problemler yaşanmaktaydı. 2004 tarihli yeni Ceza Kanunu ceza hukuku sisteminde bir dizi reformu ihtiva ediyordu. Avrupa Birliği Uyum Programı çerçevesinde yapılan çalışmalar ile sorunlar en aza indirgenmeye çalışıldı.⁴⁴ Ancak pek tabii uygulama noktasında bazı tartışmaların olması kaçınılmaz bir durumdu. Bahis ve şans oyunları da bu noktada gelişen ve yenilenen mevzuata rağmen bazı tartışmalı hususlara gebedir.

Bahis ve şans oyunlarının ilgili olduğu ekonomik pazarın büyüklüğü kamu otoritelerinin yasal düzenlemeler yapmasını kaçınılmaz kılmıştır. Söz konusu yasal mevzuat içerisinde ceza hukuku düzenlemeleri de pek tabii mevcuttur. Çalışmanın ilk bölümünde ifade edildiği üzere TCK madde 228’de bahis ve şans oyunları ele alınmıştır. Bununla birlikte bir diğer önemli yasal düzenleme ise 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Müşterek Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun olagelmektedir. Bahse konu yasal mevzuat-

⁴³ Şahin, Kılıç, “Legal Matters Related To Criminal Theory In The Context Of Criminal Liability Of Betting And Games Of Chance”, 1659.

⁴⁴ Adem Sözüer, “Die Reform des türkischen Strafrechts”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, C. 119, S. 3, 2007, s. 717.

tın uygulaması noktasında bir dizi tartışmalar, farklı değerlendirmeler olabilmektedir.

5237 sayılı TCK'nın Genel Ahlaka Karşı Suçlar başlıklı 7. bölümünde yer alan 228. maddesinde kumar oynanması için yer ve imkân sağlama fiilleri suç olarak düzenlenmiştir.⁴⁵

7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 5. maddesi dört bent olarak saydığı fiillerin icrası halinde adli ceza-i müeyyideler öngörmüştür. Yine aynı yasa spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis veya şans oyunlarının oynanmasını ise kabahat olarak nitelendirmiş ve neticeten idari yaptırıma öngörmüştür.⁴⁶

Kanun koyucu irade, kumar ile bahis ve şans oyunlarına dair birbirinden farklılık arz eden düzenlemeler yapma cihetine gitmiş ve ceza-i müeyyide olarak da farklı yaptırımlar öngörmüştür. Ancak burada dikkati celbeden husus öngörülen ceza-i müeyyidelerin birbirinden ciddi manada farklı olduğudur.⁴⁷

Anayasa Mahkemesi bahis ve şans oyunlarında ilişkin hukuki düzenlemeye dair somut norm denetimi şeklinde önüne gelen uyuşmazlıkla ilgili olarak 23.11.2016 tarihli kararında detaylı bir incelemede bulunmuştur. İlgili başvuru; 7258 sayılı Kanun'un 5. maddesinin, kumar oynamak için yer ve imkân sağlama suçuna nazaran çok daha ağır ceza-i müeyyideler öngördüğü, düzenlenen cezanın ölçülü olmadığı ve fiil ile ceza arasında makul bir denge bulunmadığı hususlarına ilişkindir. Yüksek Mahkeme, söz konusu iki yasal düzenlemenin korumayı amaçladığı hukuki menfaatlerin farklı olduğu, kumar oynamak için yer ve imkân sağlama suçu ile korunan hukuki menfaatin; *genel ahlakın korunması, toplumun ve çocukların kumarın sosyal bakımdan ortaya koyduğu büyük tehlikeden ve doğurması olası facialardan korunması* olduğunu, buna karşın bahis ve şans oyunlarına dair düzenleme ile korunan hukuki menfaatin *devletin verdiği izin ve yetkiyle bahis ve şans oyunları düzenleyen gerçek ve tüzel kişiler ile bu kişilerin gelirlerinden pay*

⁴⁵ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 228. madde

⁴⁶ 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 5. madde

⁴⁷ Şahin, Kılıç, "Legal Matters Related To Criminal Theory In The Context Of Criminal Liability Of Betting And Games Of Chance", 1659.

*alan kamu kurum ve kuruluşlarının mali çıkarları olduğu hususunu ifade etmiştir. Korunan hukuki menfaatin farklı olduğu motivasyonundan hareketle Yüksek Mahkeme bahse konu itirazın yerinde olmadığı, ilgili yasal düzenlemelerin kanun koyucu iradenin yetkisinde olduğu ve Anayasa'ya aykırılık barındırmadığına hükmetmiştir.*⁴⁸

Yukarıda izah edilen gerekçelerden de anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi, kumar ile bahis ve şans oyunlarına dair kavramsal bir ayrımına gitmemiş ancak korunan hukuki menfaatin farklı olduğundan bahisle kumar ile bahis ve şans oyunlarını ayırmıştır. Zira bahis ve şans oyunlarına dair ceza-i düzenlemelerde kamunun ekonomik çıkarlarının korunması ön plana çıkmaktadır.

Gerek ilgili Yüksek Mahkeme kararı olsun gerekse de bahis ve şans oyunlarına yasal mevzuatlarda yer vermesi olsun göstermektedir ki söz konusu suçun ceza-i müeyyideye tabi tutulması noktasında yasama ve yargı organlarında tereddüt bulunmamaktadır. Sadece korunan hukuki menfaatin cezalandırılabilirlik noktasında dikkatle göz önünde bulundurulması büyük öneme haizdir.

3.2. "KANUNUN VERDİĞİ YETKİYE DAYALI OLMAKSIZIN" İFADESİNİN SUÇ TEORİSİ BAKIMINDAN TARTIŞILMASI

1959 tarih ve 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 5. maddesi bahis ve şans oyunlarına dair temel bir ayrımına gitmiştir. Bu ayrım öyle keskindir ki bir tarafı icra edilen fiili yasal çerçeve içerisinde tutmakta diğer tarafı icra edilen fiili suç tanımını içerisine yerleştirmektedir. Bahse konu keskin ayrımı niteleyen ölçüt ise bahis ve şans oyunlarının yasal izin çerçevesinde icra edilip edilmediğine ilişkindir. Bu noktada kanun metni lafzı önem kazanmakta ve "*kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın*" ibaresi ön plana çıkmaktadır.

Unutmamak gerekir ki hukuka aykırılık, tipikten ayrı olarak suçun bağımsız bir unsurunu teşkil etmektedir. Bununla birlikte kanun koyucu, bazı suç tipleri için hukuka aykırılık ifadesine suç tipinde ayrı

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 2016/51, K. 2016/179, T. 23.11.2016, www.kazanci.com (E. T.: 24.07.2021).

olarak yer vermektedir.⁴⁹ Suç tipinde hukuka aykırılık unsurunun ayrı olarak yer alması bazen tipikliğin sübjektif unsurları bazen ise kusurluluk açısından önem arz eder.⁵⁰

Bahis ve şans oyunları ekseninde ilgili yasal idare tarafından verilen iznin geçerliliğinin ceza-i sorumluluk açısından tesiri konusu suç teorisi açısından irdelenmesi gereken kısımdır. İzin tipikliğin bir unsuru olarak kabul edilirse şayet, idari merciler tarafından verilen izin idare hukuku prensiplerince hukuka aykırı olsa dahi tipikliği bertaraf edecektir. Buna karşın izin hukuka uygunluk sebebi kabul edilirse şayet alınan yasal iznin idare hukuku prensipleri uyarınca hukuka uygun olması gerekliliği ortaya çıkacaktır.⁵¹

Yasal idari makamlar tarafından bahis ve şans oyunlarına dair verilmesi gerekli olan iznin verilmemiş olmasının suç tipinde şart olarak arandığı hallerde ise söz konusu iznin tipiklik kapsamında mı yoksa hukuka aykırılık kapsamında mı değerlendirileceği hususu tartışmalıdır. Bu noktada dikkat edilmesi gerek husus; suç tipine sebep olan fiilin gerekli yasal izin olmaksızın icra edildiğinde tek başına cezalandırılabilir bir haksızlık teşkil edip etmediğidir. Bu kapsamda şayet kanunda "gerekli iznin alınmadığı" ifadesinin bulunmadığı hallerde de fiil cezalandırılabilir bir haksızlığa vücut veriyorsa bu noktadaki izin, bir hukuka uygunluk nedeni teşkil eder. Şayet cezalandırma özel bir iznin olmamasına özgülenmiş vaziyette ise buradaki izin, tipikliğin bir unsurunu teşkil eder.⁵²

Zikredilen açıklamalar ekseninde bahis ve şans oyunlarının gerekli izin alınmaksızın icra edilmesi durumunda suçun yasal tanımında yer verilen iznin tipikliğe dâhil olduğu anlaşılmaktadır.⁵³

Son kertede vurgu yapmak gerekir ki bahis ve şans oyunlarının yetkili idari merciler tarafından verilen izne dayanarak oynatılması,

⁴⁹ Özgenç, a.g.e., s. 312.

⁵⁰ Neslihan Göktürk, "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Malatya, 2016, C.7, S. 1, s. 408.

⁵¹ Göktürk, "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", s. 444.

⁵² Göktürk, "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", s. 445.

⁵³ Şahin, Kılıç, "Legal Matters Related To Criminal Theory In The Context Of Criminal Liability Of Betting And Games Of Chance", 1661.

söz konusu oyunun niteliğinde bir değişikliğe sebep olmamaktadır. Bahse konu yasal izin bahis ve şans oyunlarından elde edilen kazancı meşru kılmamakta, yalnızca yasal yoldan elde edilen kazanç haline getirmektedir.⁵⁴

3.3. SAİR TARTIŞMALI HUSUSLAR

Yasa dışı icra edilen bahis ve şans oyunlarının gerek bireyler gerek toplum gerekse de ülkelerin ekonomilerine olan etkileri oldukça fazladır. İş bu sebepten ötürü kamu otoriteleri bahis ve şans oyunlarının yasa dışı şekilde icrasının önüne geçebilmek gayesi ile farklı hukuki adımlar atmaktadırlar. Söz konusu düzenlemeler bireyin özgürlüğü, güveni gibi temel anayasal haklarına kimi zaman gereğinden fazlaca müdahale içermektedir.

Bahis ve şans oyunlarına dair tartışmalı hususların incelendiği bu bölümde bilhassa son dönemde geniş uygulama alanı bulan Kanun Hükmünde Kararnemeler'den de bahsetmek gerekir. Zira 25/08/2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'da bahis ve şans oyunlarına dair önemli bir düzenleme yapılması cihetine gidilmiştir. İlgili KHK ile bahis ve şans oyunlarına ilişkin getirilen bazı düzenlemeler çok ciddi tartışma konusu olmuştur.

Ülkemizde 694 sayılı KHK ile bahis ve şans oyunlarına karşı soruşturma makamlarına bazı yeni yetkiler tanınmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ciddi suçların soruşturulması aşamasında imkân tanıdığı bazı özel tedbirlere ilişkin olarak aynı imkânların soruşturma makamlarına bahis ve şans oyunları ile mücadele için de tanınmış olması tartışmalı bir husustur. Bahse konu yetkiler taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma; iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması; gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme gibi çok ciddi ceza soruşturması araçlarını bahis ve şans oyunları açısından mümkün hale getirmiştir.⁵⁵

⁵⁴ Mahmut Koca, "Games Of Chance, Legal Systems Approach To Games Of Chance, Emerging Problems, Legal Remedies For These Problems And Turkey's Games Of Chance Policy", Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler - C: I - II, Ankara, 2020, Editörler. İzzet Özgenç-Cumhuriyet Şahin-Faruk Turhan, 1. Bası, s. 1579.

⁵⁵ Yılmaz, "Betting And Responsibility Of Criminal Law", s.1782.

KHK ile soruşturma makamlarına tanınmış olan bu yeni yetkiler uygulama noktasında zaman zaman hak ihlallerine kapı aralamaktadır. Özgürlük ve güvenlik dengesi noktasında ilgili KHK ile tanınan yetkiler kullanılırken birey hak ve hürriyetlerine azami ölçüde dikkat etmek gerekmektedir. Aksi halde bahis ve şans oyunları ile mücadele için soruşturma makamlarına KHK ile tanınan söz konusu geniş yetkiler çok ciddi hak ihlallerine sonuç verebilecek türdendir.

SONUÇ

Bahis ve şans oyunları gelişen teknik imkânlar dâhilinde her geçen gün adeta daha da büyümektedir. Hızla gelişen bu pazarın ekonomik boyutu ise gerçekten korkutucu bir hal almaktadır. Bahis ve şans oyunlarının icrasına dair bilhassa internetin gelişimi ile yaşanan yaygınlaşmadan dolayı hukuk sistemleri açısından aşılması zor durumlar meydana gelmektedir. Bu noktada bahis ve şans oyunları ile mücadele gerekli etkin iç hukuk mekanizmalarının kurulması, bunların sağlıklı işleyişinin temini, denetleme mekanizmalarının eksiksiz çalışmasını ve ilgili kamu kurum kuruluşları ile iş birliği yapılması kamu otoriteleri için olmazsa olmaz bir nitelik teşkil etmeye başlamıştır.

Ülkelerin kendi iç hukuki mekanizmalarından ayrı olarak bahis ve şans oyunlarının global ölçekte de ele alınması büyük zarurettir. Yasa dışı icra edilen bahis ve şans oyunlarının uluslararası boyutu düşünüldüğünde ülkeler arası iş birliğinin önemi de oldukça fazladır.

Bahis ve şans oyunlarının ceza-i müeyyideye tabi tutulması çeşitli ceza hukuku tartışmalarını beraberinde getirmektedir. Bu noktada ilk olarak ilgili suçun tespiti hususuna büyük titizlikle yaklaşmak gerekir. Ceza-i yaptırıma giden bu yolda öncelikle suçun somut ve her türlü şüpheden uzak şekilde ortaya konulması büyük öneme haizdir. Gerek bahis ve şans oyunu oynama gerekse oynatmak olsun yahut bahis ve şans oyunu oynamak için uluslararası platformlara erişim sağlanması konusu olsun tüm bu hususların ilgili uzman bilirkişi raporlarıyla ortaya konulması ceza hukuku sorumluluğunun tespitinde en temel basamaktır.

Yine yasada yer alan bazı terimlerin yorumlanması noktasında zaman zaman geniş yorumda bulunulması zarureti ön plana çıkmaktadır. Zira bahis ve şans oyunları ile etkin mücadele ancak bu yolla

mümkün olmaktadır. İlgili mevzuatlarda yer alan '*para nakli*' gibi bazı terimler ancak geniş yorumlanırsa suçla etkin mücadele sağlanabilecektir. Benzer şekilde '*yasa dışı bahis veya şans oyunlarını teşvik*' terimi de geniş düşünölmeli ve her türlü özendirici eylem kanun kapsamında düşünölmelidir.

Bahis ve şans oyunlarının doğurduğu ceza-i sorumluluk ancak yukarıda izah edilen şartlar eksiksizce sağlandığında hukuka ve hakkaniyete uygun nitelik arz edecektir. Yine de tüm yasal mevzuat sağlıklı işletilse dahi unutmamak gerekir ki tarihsel süreç söz konusu suçla ilişkin yapılan hukuki müdahalelerin genel manada başarısız olduğunu gözler önüne sermektedir. Zira kamu otoriteleri çeşitli hukuki düzenlemeler yapmak cihetiyle ilgili alanı kontrol altına almaya çalışsa da bu pek mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla çeşitli sebeplerle, bu tür oyunları yasaklayan hukuk sistemleri dışında bahis ve şans oyunlarının icra edilmesine kontrollü bir biçimde izin verilmesi yaygın manada kabul edilmektedir.

İlgili suç ile korunan hukuki menfaatler dikkate alındığında bireyler açısından bahis ve şans oyunlarının ceza hukuku bağlamında haddinden fazla sorumluluk doğurduğu değerlendirmesine ise katılmamaktayız. Zira ilgili suç ile etkin mücadele hem bireysel hem de kamusal menfaatleri koruma amacına hizmet etmektedir. Bu noktada bahis ve şans oyunlarının icrası neticesinde öngörölen ceza sorumluluğu, ilgili menfaatlerin teminine bir nevi aracılık etmektedir. Ancak sırf bireysel ve kamusal menfaatler uğruna bireyin ceza hukuku sorumluluğuna fütursuzca yaklaşamaz. Bahis ve şans oyunlarına dair cezai sorumluluk değerlendirmesi bilhassa Yüksek Yargı kararlarında çizilen hukuki çerçeve ve mevzuat ile konulan kanuni zemin sıkı sıkıya takip edilerek işletilmelidir.

Kaynakça

Kitaplar

- Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Adalet Yayıncılık, Ankara, 2014.

- Çalışkan Suat, Gürel Ali, Yasadışı Bahis ve Kumar Suçları, Aristo Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Donay Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.
- Kindhauser Urs, Hilgendorf Eric, Strafgesetzbuch Lehr-und Praxis Kommentar, 8. Auflage, Nomos Kommentar, München, 2019.
- Leighton V. Williams, Donald Siegel, The Oxford Handbook of the Economics of Gambling, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Özbek Veli, Bacaksız Pınar, Doğan Koray, Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Schönke Adolf, Schröder Horst, Lenckner Theodor, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2007.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Makaleler

- Babayiğit Beşir, "Kumar Oynama ve Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Fiilleri", *TAAD*, Ankara, 2018, Yıl 9, S. 34, s. 283-315.
- Erbaş Rahime, Tokgöz Begüm, "Bahis Oyunları ve Ceza Hukuku Sorumluluğu", *Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler - C: I - II*, Ankara, 2020, Editörler. İzzet Özgenç-Cumhur Şahin-Faruk Turhan, 1. Bası, s. 1755-1770.
- Feyzioğlu Feyzi Necmettin, "Cezai ve Hukuki Cepheleriyle Kumar ve Bahis", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, Ankara, 1958, S. 124, Ahmet Esat ARBÜK'e Armağan, s. 130-214.
- Fiiedler Ingo, "Online Gambling as a Game Changer to Money Laundering", *SSRN Electronic Journal*, 2013, s. 79-95.
- Göktürk Neslihan, "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Malatya, 2016, C.7, S. 1, s. 407-450.
- Karakehya Hakan, "Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul, 2013, C. 19, S. 2, s. 699-713.
- Orford Jim, "Gambling in Britain: The Application Of Restraint Erosion Theory", *Society For The Study Of Addiction*, Northampton, 2012, Vol. 107, Iss. 12, s. 2081-2107.
- Sieber Ulrich, "Der Strafrechtliche Schulz des Information", *Zeitschrift für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Freiburg, 1991, C. 103, S. 3, s. 771-797.
- Sözüer Adem, "Die Reform des Türkischen Strafrechts", *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2007, C. 119, S. 3, s. 717-749.
- Şahin Cumhur, Kılıç Ali Şahin, "Legal Matters Related To Criminal Theory In The Context Of Criminal Liability Of Betting And Games Of Chance", *Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler - C: I - II*,

Ankara, 2020, Editörler. İzzet Özgenç- Cumhuriyet Şahin-Faruk Turhan, 1. Bası, s. 1655-1675.

Şen Ersan, "Kumar, Bahis ve Şans Oyunları Oynatma Suçu", Yorumluyorum-16, Ankara, 2017, Seçkin Yayınevi, s. 183-207.

Ünver Yener, "Türk Ceza Kanunu'nun ve Ceza Kanunu Tasarısı'nın İnternet Açısından Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul, 2011, C. 59, S. 1-2, s. 51-153.

Yılmaz Sacit, "Betting And Responsibility Of Criminal Law", Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler - C: I - II, Ankara, 2020, Editörler. İzzet Özgenç-Cumhuriyet Şahin-Faruk Turhan, 1. Bası, s. 1771-1782.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi, E. 2016/51, K. 2016/179, T. 23.11.2016.

Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2018/85, K. 2018/647, T. 22.10.2018.

Yargıtay 2. CD, E. 1954/19224, K. 1954/8778, T. 30.11.1954.

Yargıtay 2. CD, E. 2006/7050, K. 2006/15699, T. 02.10.2006.

Yargıtay 2. CD, E. 2010/23408, K. 2012/13462, T. 10.05.2012.

Yargıtay 18. CD, E. 2016/4999, K. 2018/12458, T. 27.11.2018.

Yargıtay 19. CD, E. 2019/59, K. 2019/1059, T. 29.01.2019.

Yargıtay 19. CD, E. 2016/1708, K. 2019/5150, T. 04.03.2019.

Elektronik Kaynaklar

<http://www.mevzuat.gov.tr> (21.08.2021)

<http://www.kazanci.com> (02.07.2021)

<http://tdk.gov.tr> (16.07.2021).

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=GOV/PGC/HLRF/TFCIT/RD\(2017\)3&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=GOV/PGC/HLRF/TFCIT/RD(2017)3&docLanguage=En) (20.06.2021)

CEZA MUHALEMESİ KANUNU VE BAZI KANUNLARDA DEĞİŐIKLİK YAPILMASINA DAİR 7188 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE SANIK ALEYHİNE TEMYİZ (APPEAL AGAINST THE DEFENDANT WITHIN THE FRAMEWORK OF LAW NUMBER 7188 ON CRIMINAL PROCEDURE LAW AND AMENDMENTS IN SOME LAWS)

Ünal BOZDAĞ*

Özet: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun üçüncü bölümünde yer alan 286. maddesinde temyiz müessesesi düzenlenerek, temyizi kabil kararların neler olduğu ayrıntılı bir şekilde belirtilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ve Bazı kanunlarda Değişiklik Yapılmasına dair 17.10.2019 tarih ve 7188 sayılı Kanun ile CMK'nın bazı maddeleri değiştirilmiştir.

Yapılan değişiklik sonrasında tadadi olarak belirtilen bazı suç tipleri için verilen kesinleşmiş kararlar için temyiz imkânı getirilmiştir. Getirilen bu değişiklik sonrasında katılanlar ve Cumhuriyet savcısı tarafından kesinleşmiş hükümler hakkında sanık aleyhine temyiz kanun yoluna başvurulmaktadır.

Getirilen bu düzenleme, hukuk devleti ilkesi ile usul hükümlerindeki değişikliklerin sanık aleyhine yorumlanıp yorumlanamayacağı çerçevesinde ele alınmıştır

Anahtar Kelimeler: Öngörülebilirlik, Hukuk Devleti İlkesi, Kesin Hüküm, Aleyhe Temyiz, 7188 sayılı Kanun

Abstract: Article 286 in the third part of the Criminal Procedure Code No. 5271 regulates the institution of appeal, and the decisions that can be appealed are stated in detail.

Some articles of Criminal Procedure Law (CCP) have been amended with the Law Number 7188 dated 17.10.2019 regarding the Amendment of Criminal Procedure Law and Some Laws.

After the amendment, the possibility of appeal has been introduced for the finalized decisions given for certain types of crimes individually specified. After this amendment, the parties and the Public Prosecutor appeal against the accused about the finalized judgments.

* Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, unalbozda@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5527-2228 Makalenin Gönderim Tarihi: 29.12.2021, Kabul Tarihi: 24.04.2022

This regulation is discussed within the framework of whether the rule of law principle and the amendments to the law of procedure can be interpreted against the accused.

Keywords: Predictability, Rule of Law Principle, Final Judgment, Appeal Against, Law Number 7188

GİRİŞ

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun üçüncü bölümünde yer alan 286. maddesinde temyiz müessesesi düzenlenerek, temyizi kabil kararların neler olduğu ayrıntılı bir şekilde belirlenmiş, aynı Kanun'un "Kanun Yollarına Başvurma Hakkı" başlıklı 260. maddesinde de temyiz kanun yoluna başvurma hakkı olanlar tek tek sayılmıştır.

Bu iki madde birlikte değerlendirildiğinde tartışma; Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) tarafından CMK'nın 286. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan suçlar yönünden verilen kesinleşmiş hükümler hakkında 7188 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik sonrasında sanıklar aleyhine Cumhuriyet savcısı veya katılanlar tarafından temyiz kanun yoluna başvurulmasının mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Zira kesinleşmiş hükümler hakkında sanık aleyhine temyiz kanun yoluna başvurulamayacağına ilişkin getirilen yeni düzenlemede herhangi bir istisna öngörülmemiştir.

Şöyle bir örnekleme ile konuyu ele alırsak; kamu görevlisine karşı görevi nedeniyle hakaret eyleminden dolayı adli yargı ilk derece mahkemesinde yargılanan sanık hakkında verilen beraat hükmü katılanın ve Cumhuriyet savcısının istinaf kanun yoluna başvurusu üzerine Bölge Adliye Mahkemesi tarafından yapılan inceleme sonucunda istinaf talebinin reddine karar verilmesi üzerine kesinleşir. Hakkında verilen beraat hükmünün kesinleştiğini düşünen sanık normal yaşamına devam ederken 7188 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile getirilen değişiklikle katılan ya da Cumhuriyet savcısına tanınan temyiz hakkı çerçevesinde yapılan temyiz istemleri üzerine kendisini birdenbire mahkûm olarak görebilir.

TCK'nın 53. maddesi gereğince hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak sanık belli haklardan yoksun bırakılabilir. Beraat ettiğini düşünerek normal yaşamına devam ederken kamuda memur veya işçi olan sanık birdenbire elde etmiş olduğu bu haklardan mahrum kalabilir.

Ancak, getirilen değişiklik sanık lehine yorumlanır ve katılan ya da Cumhuriyet savcısının sanık aleyhine temyiz hakkı olmadığı kabul edilir ise bu halde sanığın bu kazanımları elinden alınmamış olacaktır.

Bu hususta Yargıtay uygulamasında da birlik bulunmamaktadır. Bazı Yargıtay kararlarında sanık aleyhine katılan veya Cumhuriyet savcısının temyiz hakkı olmadığı belirtilirken, diğer bazı kararlarında ise katılan ve Cumhuriyet savcısının temyiz hakkı olduğu kabul edilerek davanın esasını inceleme konusu yapılmaktadır.

Yargıtay bir kararında¹; "...karardan sonra 24.10.2019 tarihinde yürürlüğe giren 7188 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile değişik CMK'nın 286. maddesinin 3. fıkrasına göre, kamu görevlisine hakaret suçundan Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri'nce verilen kararların temyizinin mümkün hale gelmesi ile 7188 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle CMK'ya eklenen geçici 5. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendindeki düzenleme karşısında, temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından... CMK'nın 302/1. maddesi uyarınca esastan reddine" diye belirterek sanık aleyhine katılanın temyiz istemini kabul ederek işin esasına girip karar vermiştir.

Buna karşılık bir başka Yargıtay kararında²; "... sanık hakkında İlk Derece Mahkemesince verilen ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın İlk Derece Mahkemesi Cumhuriyet savcısı tarafından istinafa konu edildiği, ... Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi'nce 02.10.2018 tarihinde bu hüküm yönünden esastan ret kararı verildiği, kararın verildiği tarih itibarıyla esastan ret kararının, CMK'nın 286/2-h maddesi uyarınca kesin nitelikte ve temyizi kabil olmayan kararlardan olduğu, ayrıca 24.10.2019 tarihinde yürürlüğe giren 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun kapsamında yapılan değişiklik ile daha önceden kesin olarak verilen hükümlerin sanıklar lehine olmak üzere sanıklar ve

¹ Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 10.02.2021 tarih, 2020/6016 Esas, 2021/4352 Karar sayılı İlamı;

Karar metnin tümü için bakınız (bkz);

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, Erişim Tarihi (E.T.): 06.11.2021.

² Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 24.11.2021 tarih ve 2021/8885 E., 2021/10116 K. sayılı İlamı, karar metninin tümü için bakınız (bkz); <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, E.T.: 01.12.2021.

müdafilere açısından temyizi kabil hale getirildiği ancak Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet savcısının aleyhe temyiz hakkının da bulunmadığı anlaşılmalı, Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet savcısının temyiz isteminin CMK'nın 298/1. maddesi gereğince reddine...", denilmek suretiyle kesin hüküm nedeniyle sanık aleyhine temyiz isteminin kabule şayan olmadığını belirtmiştir.

Bu kapsamda, çalışmamızda, getirilen değişiklik sonrasında belli suçlar yönünden kesinleşmiş bir hüküm hakkında sanık aleyhine temyiz kanun yoluna başvurulabilip başvurulamayacağını hukuk devleti ilkesi, kesin hükmün otoritesi ve ceza usul hükümlerindeki değişikliklerin derhal uygulanması ilkesi çerçevesinde ele alınmıştır.

1- Temyizi Kabil Hükümler

Ayırt etme, iyiyi ve kötüyü, sağlam ve sakatı birbirinden ayırma anlamına gelen 'teyiz', hukuk dilinde, alt mahkemeler tarafından verilen bir yargı kararının, hukuk kuralları önünde doğruluğu ya da yanlışlığının, usul ve esasla ilgili kurallar açısından incelenmesidir.³

Olağan kanun yollarında biri olan teyizde⁴ verilen nihai karar hakkında sadece hukuka uygun karar verilip verilmediğine ilişkin hukuki⁵ inceleme yapılır.

Temyizin amacı, yargılama makamları tarafından verilen kararlardaki hataları gidermek ve bu kanun yolunun muhatabı olan Yargıtay vasıtasıyla içtihat birliğini sağlamaktır.⁶

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6/1. maddesi ile bu sözleşmeye Ek İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin 7 Numaralı Protokol'ün 2. maddesi gereği teyiz hakkı adil yargılanma ilkesinin bir gereği olarak kabul edilmiştir.

Pozitif hukukumuzda da temyiz kanun yolu bir hak olarak kabul edilerek hukuk devletinin bir gereği yerine getirilmiştir. Cezaî yargıla-

³ Ali Şafak, Vahit Bıçak, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, 6. Baskı, Roma Yayınları, Ankara, 2005, s. 379.

⁴ Ejder Yılmaz, İstinaf, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.83.

⁵ Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s:709.

⁶ Haydar Erol, Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza yargılaması ve Uygulanması, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2006, s.785.

malarda temyiz kanun yolu Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 286'ncı maddesinde temyizi kabil hükümler belirtilmiştir. Buna göre temyize tabi hükümler şu şekildedir;

- Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri temyiz edilebilir.

- Ancak;

- a) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adli para cezalarına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları,
- b) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararları,
- c) Hapis cezasından çevrilen seçenek yaptırımlara ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen; seçenek yaptırımlara ilişkin her türlü kararlar ve istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar,
- d) İlk defa bölge adliye mahkemesince verilen ve 272'nci maddenin üçüncü fıkrası kapsamı dışında kalan mahkûmiyet kararları hariç olmak üzere, ilk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları,
- e) Adli para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları,
- f) Sadece eşya veya kazanç müsaderesine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları,
- g) On yıl veya daha az hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren suçlardan, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları,

- h) Davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen bu tür kararlar veya istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar,
- ı) Yukarıdaki bentlerde yer alan sınırlar içinde kalmak koşuluyla aynı hükümdede, cezalardan ve kararlardan birden fazlasını içeren bölge adliye mahkemesi kararları,

Temyiz edilemez.

Kanunun aynı maddesine, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 17.10.2019 tarih ve 7188 sayılı Kanun'un⁷ 29. maddesi ile yeni bir fıkra daha eklenmiştir. Eklenen fıkra ile yukarıda ikinci fıkrada belirtilen temyiz edilemeyecek kararlar kapsamında kalsa dahi bazı suçlar nedeniyle verilen bölge adliye mahkemesi ceza daireleri kararlarının temyiz edilebileceği belirtilmiştir. Buna göre;

- a) Türk Ceza Kanunu'nda yer alan;
1. Hakaret (madde 125, üçüncü fıkra),
 2. Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit (madde 213),
 3. Suç işlemeye tahrik (madde 214),
 4. Suçu ve suçluyu övme (madde 215),
 5. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama (madde 216),
 6. Kanunlara uymamaya tahrik (madde 217),
 7. Cumhurbaşkanına hakaret (madde 299),
 8. Devletin egemenlik alametlerini aşağılama (madde 300),
 9. Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama (madde 301),
 10. Silâhlı örgüt (madde 314),
 11. Halkı askerlikten soğutma (madde 318), suçları,
- b) Terörle Mücadele Kanunu'nun 6 ncı maddesinin ikinci ve dördüncü fıkrası ile 7 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar,

⁷ Kanun Metni İçin Bakınız (bkz); 24 Ekim 2019 Tarih ve 30928 sayılı Resmi Gazete (R.G.).

- c) Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 28 inci maddesinin birinci fıkrası, 31 inci maddesi ve 32'nci maddesinde yer alan suçlar, hakkında temyiz kanun yolu açılmıştır.

CMK'nın geçici 5/f. maddesi ile de (7188 sayılı Kanun'un 31. maddesi ile CMK'ya eklenmiştir) bu maddenin uygulama yöntemi belirlenmiştir. Buna göre; "CMK'nın 286/3 fıkrasında yapılan düzenleme, bu maddenin yayımlandığı tarihten itibaren on beş gün içinde talep etmek koşuluyla aynı suçlarla ilgili olarak bölge adliye mahkemelerince verilmiş kesin nitelikteki kararlar hakkında da uygulanacağı" şeklindedir.

CMK'nın "Kanun Yollarına Başvurma Hakkı" başlıklı 260'inci maddesinden de anlaşılacağı üzere temyiz kanun yoluna; Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanun'a göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar başvurabilecektir.

İkili yargı sisteminden vazgeçilerek İstinaf Mahkemeleri'nin kuruluşu ile üçlü bir yargı sistemini kabul eden ceza mevzuatımız kanun yolu uygulamasında da yeni bir anlayışı kabul etmiştir. CMK'nın 273. maddesine göre, taraflara herhangi bir gerekçe göstermeden istinaf kanun yoluna başvurabilme hakkı tanınmış iken Cumhuriyet savcısına bu hak tanınmayarak gerekçe gösterme zorunluluğu getirilmiştir. Yeni ceza usul mevzuatı, eski ceza usul mevzuatından (mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nun 305. maddesi) farklı olarak resen temyiz tercihinden vazgeçerek, temyiz davasını açan ve sınırlayan temyiz istemlerinde temyiz sebeplerini gösterme zorunluluğunu (CMK 294/1) getirmiştir. Bu zorunluluğa aykırı şekilde verilmiş bir dilekçenin varlığı halinde CMK'nın 298. maddesi gereği; temyiz inceleme mercii, aynı süresi içinde temyiz başvurusunda bulunulmaması, hükmün temyiz edilemez olması ve temyiz edenin buna hakkının olmamasında olduğu gibi temyiz istemini reddeder. Bu usulü ret kararı Yargıtay kararında⁸ belirtildiği üzere bir hak ihlali olarak kabul edilmiştir.

⁸ Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 10.11.2021 tarih ve 2021/8335 Esas, 2021/9984 Karar sayılı ilamı, Karar metninin tümü için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T.: 28.11.2021.

5271 sayılı CMK'nın 288. maddesinin "temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanır. Bir hukuk kuralının uygulanması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır", aynı Kanun'un 294. maddesinin "temyiz eden, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır. Temyiz sebebi ancak hükmün hukuki yönüne ilişkin olabilir" ve aynı Kanun'un 301. maddesinin "Yargıtay, yalnız temyiz başvurusunda belirtilen hususlar ile temyiz istemi usule ilişkin noksanlardan kaynaklanmışsa, temyiz başvurusunda bunu belirten olaylar hakkında incelemeler yapar" şeklindeki düzenlemeler dikkate alındığında temyiz istemlerinin gerekçeli olması asıldır. Ancak, bu düzenlemeleri kendisine profesyonel hukuki yardım almayan ve hukuk mevzuatına hâkim olmayan bireyler hakkında uygulamak adil olmayan sonuçlar doğurabilir. Her ne kadar kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ise de bireylerin hak arama hürriyetini kısıtlayabilecek sonuçlar doğurması muhtemeldir. Bu itibarla, bireyleri hak arama yolları hakkında yeterince bilgi sahibi yapmadan bu kuralı işletmek onarılmaz hak ihlallerine yol açabilir. Nasıl ki CMK'nın 264. maddesi gereği, kabul edilebilir bir başvuruda kanun yolunun veya merciin belirlenmesinde yanılma, başvuranın haklarını ortadan kaldırmadığı kabul edilerek, bir hakkın kullanılması garanti altına alınmak istenmiş ise, aynı şekilde CMK'nın 232/6 maddesi gereği hüküm fıkrasında kanun yollarına başvurma hakkı olup olmadığının gösterilmek zorunda olması ve CMK'nın 295 maddeleri dikkate alınarak; tefhimle kararı öğrenenlere sözlü olarak ve zapta geçirilerek, tebliğ ile kararı alanlara meşruhatlı davetiye ile hak ihlallerinin önüne geçilebilir. Bu itibarla, bu aşamada Cumhuriyet savcılarının ve avukatların temyiz istemlerinde bunu aramak daha adil olabileceği gibi hak ihlallerini minimize etmesine ve yargının hızlanmasına da katkısı olacaktır. Hukuk eğitimi almamış ya da alamamış bireylerin adalete erişimleri engellenmemiş olacaktır.

2- Hukuk Devleti İlkesi Yönünden

"Yönetilenlere hukuk güvenliğini sağlayan devlet düzeni"⁹, "bir devletin kuruluş veya işleyişinin hukuk kurallarına bağlı olması"¹⁰

⁹ Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku, 19. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013, s.167.

¹⁰ Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasa Hukuku, Yetkin Basımevi, Ankara, 2015, s.483.

veya en yalın anlatımıyla; “vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatan”¹¹ hukuk devleti niteliği gereği hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerini içerisinde barındırmaktadır.

“Bir hukuk devletinde, bireyler kendilerine uygulanacak hukuk kurallarının neler olduğunu önceden bilme ve kendi davranışlarını onlara göre ayarlayabilme imkânına sahip olmalıdır. Aksi takdirde, bireyler kendilerini hukuk güvenliği içerisinde hissetmezler. Bugün hukuka uygun yaptıkları bir faaliyet, yarın kabul edilen bir kanun veya düzenleyici işlem nedeniyle hukuka aykırı hale gelebiliyorsa, bireylerin hukuk güvenliği sarsılır”.¹² Bu itibarla, hukuki güvenlik ilkesi hukuk devletinin doğal bir sonucu ve gereğidir.

Hukuk devletinin ve hukuk toplumunun bir unsuru olan öngörülebilirlik; “bireyin, yürürlüğe konulacak olan hukuk normlarının nasıl bir içeriğe sahip olacağını önceden tahmin etmesini değil, yürürlükte bulunan hukuk normlarını bilmesini ifade eder”.¹³ Sonradan yapılacak değişiklikleri tahmin etmesi beklenemez. Yürürlükte olan yasal mevzuat çerçevesinde haklarını araması ve koruması beklenir. Davranışlarını yürürlükteki düzenlemelere göre şekillendirir.

Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda¹⁴ bu kavramları şu şekilde tanımlamaya çalışmıştır;

Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olma-

¹¹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Bası, Yetkin Basımevi, Ankara, 2011, s. 123.

¹² Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 14. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2013, s. 87.

¹³ Abdullah Sezer, Emrah Kırıt, Oya Boyar, *Hukuk Devleti*, 1. Bası, Atra Matbaacılık, İstanbul, 2013, s.59.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi Kararı için Bakınız; <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1035>, E.T.: 01.11.2021.

sını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılması koşuluyla yasalar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Asıl olan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.

Anayasa mahkemesi bir başka kararında ise ‘öngörülebilirlik’ çerçevesinde hukuki güvenlik ilkesini¹⁵ şu şekilde açıklamaya çalışmıştır;

Hukuki güvenlik ilkesi “öngörülebilirliği” sağlayan işleviyle hukuk devletinin ayrılmaz bir parçası olarak, bireylere hem devlet hem de toplumun diğer üyeleri karşısında “ilkesel”, “kurumsal” ve “işlevsel” güvenceleri birlikte sağlar. Bu ilke çerçevesinde; bir hukuk devletinde devletin tüm işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olmasının mevcut normlarla kural altına alınması “ilkesel” korumayı oluştururken, söz konusu bu normların mahkemelerce uygulanarak hukuksal uyumsuzlukların çözülmesi ise “kurumsal” güvence olarak kabul edilir. Diğer taraftan hukuksal uyumsuzlukları kesin olarak çözen mahkeme kararlarının kamu otoritelerince yerine getirilmesi “işlevsel” güvenceyi oluşturur.

Ayrıca; bireyler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 6. maddesi ile Anayasanın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına sahiptir.

Bu kurallar çerçevesinde konu incelendiğinde; bireyler hukuk güvenliğinin bir sonucu olarak adil yargılanma hakkına sahiptirler. Önceden belirlenmiş usul ve ceza hukuku prensiplerinin kendilerine uygulanmasını isterler. Suçun işlenmesinden sonra getirilen aleyhe düzenlemelerin uygulanmasını istemezler. Hukuk devletinin bir gereği olarak öngörülebilirlik ve belirlilikte bunu gerektirir. Bu bağlamda, 7188 sayılı Kanun ile belli suçlar yönünden getirilen düzenlemenin sanık aleyhine temyiz hakkının kabulü şeklinde yorumlanması bu

¹⁵ Anayasa Mahkemesi Kararı için bakınız; <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1752, E.T.:01.11.2021>

belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesinin ihlali demektir. Zira belli suçlar yönünden, önceden belli ceza ve ceza usul hükümleri çerçevesinde ilk derece mahkemesi tarafından yargılaması yapılan sanık hakkında verilen hüküm istinaf incelemesi sonucu kesinleşmiştir. Bu kesinleşmeden sonra sanıklar normal yaşamlarına devam ederken bir kanun değişikliği ile yeniden sanık konumuna düşmektedirler. Çünkü sonradan yapılan yasal değişiklikle haklarında belli suçlar yönünden verilen kesin hükümler hakkında temyiz kanun yolu açılarak bu kesinlikleri kaldırılmıştır. Askıda bir hüküm haline getirilmiştir.

Örneğin, kamu görevlisine hakaret veya suç işlemeye tahrik suçlarından ilk derece mahkemesinde yargılanan bir sanık hakkında verilen beraat hükmü istinaf incelemesinden geçerek kesinleşmiş olsun. Beraat hükmü, niteliği gereği temyizi kabil kararlardan olmaması nedeni ile temyiz edilemediğinden kesinleşir. Buraya kadar yapılan yargılama ve süreç hukuk güvenliğinin bir unsuru olan öngörülebilirlik ve belirlilik ilkeleri çerçevesinde gerçekleşmiştir. Sanık önceden öngördüğü belirlenmiş kurallar çerçevesinde ilk derece mahkemesinde ve İstinaf Mahkemesi'nde yargılanıp beraat ettiğinden sanıklık statüsü sona ermiştir. Sanık, belirlilik ilkesi gereği mevcut yasal düzenlemelere göre yasal kanuni yolların; istinaf incelemesinin neticelenmesi ile bittiğini bilmektedir. Yani, hukuksal uyumsuzlukları kesin olarak çözen mahkeme kararlarının kamu otoritelerince yerine getirilmesi olarak adlandırılan *işlevsel* güvenceye itibar etmiştir. Sanığın bu güvenceye rağmen hükmün kesinleşmesi sonrası yapılan yasal değişiklikle verilen kesin hükümlere (belli suçlar yönünden) karşı temyiz yolunun açılması ile sona eren sanıklık statüsü yeniden canlanmıştır. Sanık aleyhine katılan ya da Cumhuriyet savcısının temyizi ile bu canlanma oluşmaktadır. Yargılandığı dönemdeki yasalarda bu hükümlerin temyiz edilemeyeceğini bilen sanığın, yeni oluşan bu durumu bilmesi veya öngörmesi beklenmemelidir. Bu itibarla, yargılandığı dönemde var olmayan temyiz kanun yolunun yasal bir değişiklikle sonradan açılması belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesini içinde barındıran hukuki güvenlik ilkesine ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Ayrıca, bu bağlamda adil yargılanma hakkının da ihlalidir.

Ayrıca, sanık hakkında ilk derece mahkemesince verilen mahkûmiyet kararının istinaf incelemesi sonucu kesinleşmesi sonrasında yapılan yasal değişiklikle temyiz kanun yolu açıldığında sanık

lehine sanığın kendisi veya Cumhuriyet savcısının temyizi üzerine Yargıtay tarafından verilen bozma kararı sonrasında yapılacak yargılama sonucunda verilen yeni hükümde CMK'nın 283. maddesi gereği önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz. Çünkü aleyhe değiştirme yasağının ceza yargılamasındaki en önemli fonksiyonu, sanığın daha ağır ceza almaktan korkmadan kanun yoluna başvurmasını sağlamak, hak arama ve suçsuzluğunu ispat etme yönündeki çabasına güvence oluşturmaktır. Bu nedenle aleyhe değiştirme yasağı Anayasa'nın 36. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkının da doğal bir neticesidir.

3- Ceza Usul Hükümlerinin Zaman Bakımından Uygulanması Yönünden

3.1- Genel Açıklama

Ceza hukukunda, devletin, bir insan hakkı olarak göz önüne almak zorunda olduğu kanunilik ilkesi; ceza muhakemesinin de kanuniliğini zorunlu kılmaktadır.¹⁶

Bunun doğal bir sonucu olarak, "kanunların yürürlüğü, yani, kuralına uygun olarak hukuk düzeninde varlık, geçerlilik kazanması, kanunun, zaman bakımından sınırının çizilmesidir. Kanun, ileriye yürür, geçmişe yürümez. Kanun, kendinden önce yürürlükte olan kanunun düzenlediği fiillere ve ilişkilere uygulanmaz".¹⁷

Bu bağlamda, "Bir normun uygulanabilmesi için salt yürürlülük ve geçerlilik açısından değerlendirme yetmez. Zaman bakımından uygulanırlılık da aranır".¹⁸ "Zaman bakımından uygulama, bir ülkedeki yargılama yasalarında değişiklik yapıldığı zaman, yargılaması yapılmak gereken ve eski yasa zamanında ortaya çıkan uyuşmazlıklar için

¹⁶ Zeki Hafızoğulları, Ezgi Aygün Eşitli, Özgür Küçüktaşdemir, a.g.e., s. 510.

¹⁷ Zeki Hafızoğulları, Ezgi Aygün Eşitli, Özgür Küçüktaşdemir, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının Zaman Yönünden Sınırı, <http://hukuk2.baskent.edu.tr/dergi/arsiv/sayi-1/1.zekihaf%C4%B1zo%C4%9Fullar%C4%B1.pdf>, E.T.: 01.11.2021, s.508.

¹⁸ Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s.95.

ya da eski yasaya göre yargılaması süren uyuşmazlıklar için hangi yasanın, daha açık deyiş ile bunlar hakkında yeni yasanın mı yoksa eski yasanın mı uygulanması gerektiği sorunudur".¹⁹ Bu sorun ceza muhakemesine ilişkin kuralların sonradan değiştirilmesi halinde karşımıza çıkmaktadır. Eğer herhangi bir değişiklik yapılmamış ise herhangi bir sorun karşımıza çıkmayacaktır. Bu halde yürürlükte olan ceza muhakemesi kuralları işlevselliğini koruyacaktır.

Ceza usul hükümlerinin zaman bakımından uygulanması konusunda üç ihtimal söz konusudur. Bunlar; hemen uygulama ile değişikliğin geçmişe veya ileriye yürümesidir. "Eylemlere ve işlemlere, o sırada yürürlükte olan hukuk kuralının uygulanmasına hemen (derhal) uygulama, daha sonra yürürlüğe giren hukuk kuralının uygulanmasına ise geçmişe yürüme denir. Eylem ve işlemlere, bu eylem ve işlemlerden önce yürürlükte bulunmuş ve bugün artık ortadan kalkmış bir hukuk kuralının uygulanmasına ise ileriye yürüme denir".²⁰

3.2- Ceza Muhakemesinde Hâkim Olan Genel İlke

"Ceza Muhakemesinde derhal uygulama ilkesi geçerlidir. Bu kural uygulanırken ilgilinin lehine veya aleyhine olduğu araştırılmaz. Buna göre, her muhakeme işlemi, işlemin yapıldığı tarihte yürürlükte olan kurallara göre yerine getirilir. Böylece eski kanun zamanında tamamlanmış ceza muhakemesi işlemleri geçerliliğini korur."²¹

"Bir usul işlemine o sırada yürürlükte bulunan hukuk kuralının uygulanması"²² demek olan ve Ceza Muhakemesinde hâkim olan derhal uygulama ilkesi; "yeni kanunun eski kanundan daha mükemmel olması, ülkede aynı anda birden fazla kanunun uygulanmaması ve kanunların yürürlükte buldukları süre içinde düzenledikleri alanlar-

¹⁹ Erdener Yurtcan, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) Şerhi, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.26.

²⁰ Bahri Öztürk, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.38.

²¹ Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 5. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 57-58.

²² Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 09/09/ 2021 Tarih, 2020/250 Esas, 2021/374 Karar Sayılı İlamı, İlamın Tam Metni İçin Bkz.; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, E.T.:11.04.2022.

da uygulanacağı görüşüne dayanmaktadır”.²³ Bunun doğal bir sonucu olarak iyi olmadığı kabul edilerek kaldırılan bir kuralın ileriye yürütülerek uygulanması kabul edilemez.

“Uygulanacak kanunun kişilerin lehine veya aleyhine olmasının önemi yoktur. Eylemin işlendiği tarihte yürürlükte olan ceza muhakemesi kanunu kişinin daha lehine olsa bile yeni kanun uygulanır. Bu sonuç ceza yargılaması normlarının hemen uygulanmasının en önemli sonuçlarından olan ve onu ceza hukuku normlarından ayıran bir husustur. İstisnalar hariç, bu kural nedeniyle sonradan yürürlüğe giren normun lehe ya da aleyhe olmasının, onun uygulanabilirliğine herhangi bir etkisi olmaz”.²⁴

Pozitif hukukumuz açısından konuyu ele alacak olursak; 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 4. maddesinde Ceza Usul Kanunu’nun zaman bakımından uygulaması ele alınmıştır. Anılan madde; “Ceza Muhakemesi Kanunu, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, aşağıdaki maddelerin hükümleri saklı kalmak üzere, kesin hükme bağlanmış olanlar hariç, görülmekte olan bütün soruşturma ve kovuşturmalarda uygulanır. Ancak, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yapılmış işlem ve kararlar hukuki geçerliliklerini sürdürürler” hükmünü içermektedir.

Madde metninde de anlaşılacağı üzere, Ceza Muhakemesi Kanunu derhal uygulama ilkesini benimsemiştir. Böylelikle Ceza Muhakemesi Kanunu, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren görülmekte olan bütün soruşturma ve kovuşturmalarda uygulanacaktır.

Belirtmek gerekir ki ceza usul kurallarındaki değişiklikler kural olarak suçun veya cezanın varlığına ya da yokluğuna ilişkin olmadığından derhal uygulama ilkesi gereği getirilen değişikliğin lehe veya aleyhe olup olmadığına bakılmaz.

Derhal uygulama ilkesinin sonuçları kesinleşmemiş veya kesinleşmiş kararlar yönünden birbirinden farklılık gösterebilir.

²³ Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 112.

²⁴ Yener Ünver, Hakan Hakeri, a.g.e., s.114.

3.2.1- Kesinleşmemiş Kararlar Yönünden Derhal Uygulama İlkesi

Kesinleşmemiş kararların, henüz tamamlanmamış işlemlerde derhal uygulanırılık ilkesi geçerli olduğundan tamamlanmış işlemlerin tekrarı veya yenilenmesi gerekmez. Yani “önceki norm zamanında kesinleşmiş olan kararlara yeni normun bir etkisi olamayacağı, henüz yapılmasına başlanmamış veya başlanmakla birlikte henüz sonuçlandırılmamış işlemlerde uygulanacağıdır”.²⁵

5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 4. maddesine göre derhal uygulama kuralının bir sonucu olarak; Ceza Muhakemesi Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yapılmış işlem ve kararlar hukuki geçerliliklerini sürdürürler. Ceza muhakemesinde asıl olan işlem veya işlemlerin yapıldığı tarihteki normlara tabi olmasıdır. Yasal değişiklikten itibaren yeni yasaya göre soruşturma veya kovuşturma yürütülecek, değişiklik öncesi yapılmış tanık dinleme, bilirkişi raporunun alınması, müzekkere cevapları gibi usulü işlemler geçerliliklerini koruyacaktır. Örneğin, işlendiği tarihte hakaret veya mala zarar verme suçları gibi takibi şikâyete bağlı olan suçlar hakkında, yeni yapılan yasa değişikliği ile şikâyet koşulu kaldırılır ise, suçun takibini kolaylaştıran sanığın aleyhine olan bu yeni düzenleme uygulama alanı bulur ve eğer şikâyet süresi henüz dolmamışsa Cumhuriyet savcılığı resen soruşturma başlatır.

Öte yandan ceza muhakemesinde lehe düzenlemeler geçmişe de yürür. Örneğin, suçun işlendiği zaman ceza muhakemesi sisteminde yer almayan uzlaşma kurumu devreye girdikten sonra derhal uygulama ilkesi çerçevesinde yargılamanın her safhasında (kanun yolları safhası dahil) taraflara uzlaşma hükümleri tatbik edilecektir. Ancak, yeni yasa gereği uzlaşma hükümleri uygulanırken eski yasa zamanında toplanan deliller (tanık beyanları, bilirkişi beyanları, taraf beyanları, HTS kayıtları, keşif gibi) geçerliliklerini koruyacak ve tekrarlanmayacaktır.

Yargıtay uygulaması da genel olarak derhal uygulama yönündedir. Bir kararında²⁶ bu durum şöyle ifade edilmiştir; zaman bakımın-

²⁵ Yener Ünver, Hakan Hakeri, a.g.e., s.114.

²⁶ Yargıtay Kararı için Bakınız; Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 01/06/2017 tarih, 2017/17934 E., 2017/16512 K. sayılı İlamı,

dan uygulanmasında kural, kanunda aksi açıkça düzenlenmedikçe “derhal uygulama” ilkesidir. Bu ilke uyarınca usul işlemleri, yapıldıkları sırada yürürlükte bulunan yargılama kanunu hükümlerine tâbidir. O halde, ceza yargılaması sırasında kanunda bir değişiklik yapıldığında ya da dayanan usul hükmüne ilişkin kanunun Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmesi durumunda, yeni kanun veya iptal sonucunda ortaya çıkan usul prosedürü hemen uygulanmalıdır. Ancak, 5320 sayılı Kanun’un 4/2. maddesinde de ifade edilen bu durum, önceki kanunun yürürlükte olduğu dönemde, o kanuna uygun biçimde yapılmış işlemlerin geçersizliği sonucunu doğurmayacağı gibi yenilenmesini de gerektirmez.

3.2.2- Kesinleşmiş Kararlar Yönünden Derhal Uygulama İlkesi

5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 4. maddesinde; “kesin hükme bağlanmış olanlar hariç” ibaresi yer almaktadır. Buna göre, ilk derece mahkemesince verilen bir hüküm istinaf ve temyiz incelemesinden geçip kesin hüküm halini aldıktan sonra usul hükümlerinde yapılacak değişikliklerin bu kesinleşmiş hükümlere uygulanmamasıdır.

Bu itibarla, kanunda açıkça belirtilmediği sürece kesinleşmiş hükümler hakkında derhal uygulama ilkesi geçerli olmaz. Kanun koyucu derhal uygulama ilkesine 7188 sayılı Kanun ile CMK’ya eklenen geçici 5/f. maddesinde olduğu gibi bir istisna getirmedeği müddetçe kesinleşmiş hükümler hakkında geçmişe yürüme söz konusu olmaz.

Bir başka ifade ile, “yargılama yasalarının yürürlüğü ve hemen uygulama ilkesi konusunda değerlendirme yaparken, yargılamanın tamamlanmış olup olmadığına dikkat edilmelidir. Yeni yasa yürürlüğe girdikten sonra tüm olaylara ve yargılamalara uygulanabilecektir. Ancak, eski yasa zamanında kesinleşmiş ve kesin hüküm kuvveti kazanmış kararlara etki yapmayacaktır. Böyle bir sonucun kabul edilmesi hukukun ve kesin hükmün otoritesini zedelerdi. Bu bakımdan eski yasaya göre kesinlik kazanmış durumlar bu kesinliklerini koruyacaklardır. Örneğin, eski yasa zamanında temyiz olunmadığı için ya da mahkemenin son kararı vermesiyle kesin olan kararlara karşı, yeni

yasa bir kanun yolu kabul etmiş olsa dahi bu türden kararlar için bu yola başvurulamaz".²⁷

3.2.3- Derhal Uygulama İlkesinin İstisnaları

Usul Kanunlarında yapılan değişiklikler, kanun yürürlüğe girdikten sonra yapılacak işlemler hakkında uygulanacak olup maddi ceza hukuku kurallarının aksine geçmişe yürüyemeyecektir.

Ancak yeni getirilen ceza muhakemesine ilişkin düzenlemelerin derhal uygulanması her zaman adaletli sonuçlar ortaya çıkarmaz. Bazen adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasına da sebep olabilir. Örneğin, CMK'nın 101. maddesine göre; ""kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebileceği" belirtilmiştir. Yine aynı maddeye göre, katalog halinde sayılan belli suçlar yönünden; "somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabileceği" belirtilmiştir. Katalog halinde sayılan bu suçlar arasında mala zarar verme ve hakaret suçları yer almamaktadır. İşlendiği tarihte bu katalog suçlarının arasında yer almayan hakaret veya mala zarar verme suçundan hakkında soruşturma ya da kovuşturma devam eden sanığın tutuklanmasına karar verilmez. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bu maddesinde yapılan bir değişiklikle sanığın veya şüphelinin aleyhine olacak şekilde katalog suçların arasına hakaret veya mala zarar verme suçlarının eklenmesi hallerinde sanığın ya da şüphelinin tutuklanmasına karar verilmesi adaletsiz sonuçlar ortaya çıkaracaktır. Çünkü, sanığın veya şüphelinin temel haklarından kişi hürriyeti ve güvenliği ihlal edilmiş olacaktır. Bu itibarla, temel hak ve hürriyetleri doğrudan doğruya sınırlandıran ceza muhakemesi kurallarındaki değişiklikler derhal uygulanma prensibinin istisnalarından birisi olarak kabul edilmelidir. Aksi durum, Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlandırılması (kanunilik ilkesi) ilkesine ve AHİS'in 7. maddesine aykırılık oluşturur.

7188 sayılı Kanun ile CMK'ya eklenen geçici 5/f. maddesinde olduğu gibi derhal uygulama ilkesine kanun koyucu bir istisna getirebilir.

²⁷ Erdener Yurtcan, a.g.e., s. 29.

3.3- Geçmişe Yürümezlik

Hukukta genel kural, getirilen yeni düzenlemeler, yayımlanmalarından sonraki olaylara ve durumlara uygulanır. Ancak yasalardaki geçici hükümler buna istisna oluşturabilmektedir.

Geçici kanunlar; “belirli bir olayın sona ermesine kadar çıkarılan kanunlardır”.²⁸ Anayasa Mahkemesi bir kararında; “geçici maddeler, genellikle geçiş dönemlerine ilişkin işlemlerin uygulama yöntemini ve kapsamını gösteren ayrıık hükümleri içerirler. Hukukta genel kural olarak, yasalar, yayımlanmalarından sonraki olaylara ve durumlara uygulanır. Bu ilkenin en çarpıcı ayrııklığı, yasalardaki geçici kurallardır. Bu nedenle yasaların geçici maddeleri ile esas maddeleri arasında farklılık varsa, özel niteliği nedeniyle, geçici maddeler esas maddeden önce uygulanır. Çünkü yasa koyucu, kuralın ayrııklığında kamu yararı görmüştür”.²⁹ diye belirtmesinden de anlaşılacağı üzere; genellikle geçiş dönemlerindeki uygulama yöntemini ve kapsamını gösteren geçici maddeler asıl maddelerle aynı değer ve etkiye sahiptirler. Geçmişe veya geleceğe yönelik çeşitli hak ve ayrıcalıklar öngörebilirler.

Diğer taraftan ceza muhakemesi hukukunda genel kural kanunilik ilkesi olmakla beraber, muhakeme normları bakımından derhal uygulanırlık söz konusu olduğundan, failin daha lehine olan muhakeme kuralının geçmişe yürümesi mümkün değildir.

7188 sayılı Kanun ile CMK'nın 286/3 maddesine yapılan ekleme ile yeni bir usul kuralı ihdas ederek o andan itibaren yapılacak işlemlerde geçerli olacağını kabul etmiştir. Ancak aynı düzenlemeye eklenen geçici 5/f. maddesi ile geçmişe uygulanmazlıkla ilgili düzenlemeye istisna getirerek kesinleşmiş hükümler açısından da hukuki sonuç doğurduğu kabul edilmiştir.

Böylelikle getirilen yeni usulü değişiklikler belli süreler dahilinde geçmişe yürür hale getirilmiştir.

²⁸ Muhammed Emre Tulay, Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu, s.2729. Makalenin Tamamı için Bkz.; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/373432>, E.T.: 11.04.2022.

²⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 15.06.2000 Tarih ve 2000/37 Esas, 2000/14 Karar sayılı ilamı için Bkz.; <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2000/14?EsasNo=2000%2F37&KararNo=2000%2F14>, E.T.:11.04.2022.

Örneğin, işlendiği dönemde uzlaşmaya tabi olmayan bir suçun sonradan yapılan bir değişiklikle uzlaşmaya tabi hale getirilmesi halinde yargılama safahatı bitene kadar sanığın lehine olan uzlaşma hükümleri uygulanmak zorundadır. Bir “onarıcı adalet yöntemi olan uzlaştırma”³⁰ kurumu Yargıtay uygulamasında karma nitelikte bir kurum kabul edildiğinden kesinleşme olsa hatta mahkûmiyet hükmü infaz edilmiş olsa dahi uzlaştırma işlemlerinin uygulanması mümkün kabul ediliyor, bir başka deyişle ceza muhakemesi normlarından farklı olarak lehe kanun geriye yürüyor. Yine aynı örnekten hareketle yasal değişiklikle uzlaştırmaya tabi bir suç uzlaştırma kapsamında çıkarılması halinde ise, aleyhe bir durum söz konusu olduğundan aynı maddi ceza hukukunda olduğu gibi bunun geriye yürümesi mümkün olmuyor. Bu itibarla, ne zaman ki bir düzenleme kişi özgürlüklerini sınırlandırıcı nitelik gösterir, bu durumda hukuk devleti ilkesi ile temel insan hakları devreye girer. Kaldı ki kanunilik ilkesi de buna müsaade etmez. Bu bağlamda, yeni düzenlemenin sanık aleyhine sonuç doğuracak şekilde geriye yürümemesi bu hak ve ilkelerin de bir gereği olmaktadır.

CMK 286/3. maddesi ile temyiz kanun yolunun belli suçlar hakkında açılması esaslı nitelikte bir usul işlemidir. CMK’nın geçici 5/f. maddesi ile getirilen geriye yürümenin sanık aleyhine de hukuki sonuç doğurması ihtimali vardır.

Geçici maddelerin varlık sebepleri, etki ve değeri, kanunilik ilkesi ve Anayasa Mahkemesi’nin kararı birlikte değerlendirildiğinde; bireylerin özgürlüklerini kısıtlayan aleyhe düzenlemelerin geriye yürümesi lehine düzenlemelerin ise belli süreler dahilinde geriye yürümesi hem daha hukuki olacak ve hem de Anayasa’nın ruhuna daha uygun olacaktır. Zira Geçici 5/f. maddesi ile de murad edilen sanığın aleyhine sonuç doğuracak uygulamalar değil lehine sonuç doğuracak uygulamaların geriye yürümesidir. Anayasa Mahkemesi de benzeri bir durumda, yeni getirilen usulü düzenlemelerin geçmişe yürüterek sanık aleyhine hukuki sonuç doğurmasını Anayasa’ya aykırı bulmuştur.³¹

³⁰ Olgun Değirmenci, Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.91.

³¹ Anayasa Mahkemesi’nin 26.01.2022 tarih ve 2021/48 Esas, 2022/7 Karar sayılı İlamı, İlam Metni için Bkz.; 14.04.2022 Tarih ve 31809 sayılı Resmî Gazete ve <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/04/20220414-7.pdf>, E.T.: 15.04.2022

3.4- Değerlendirme

Bu açıklamalar çerçevesinde çalışma konumuzu değerlendirdiğimizde; ceza muhakemesinde sonradan meydana getirilen değişiklikler, derhal uygulama ilkesi çerçevesinde halen devam etmekte olan soruşturma ve kovuşturma işlemleri hakkında tatbik edilebilir. Kesinleşmiş hükümler hakkında uygulanamaz. Temel hak ve hürriyetleri doğrudan doğruya sınırlandıran ceza muhakemesi kurallarındaki değişiklikler derhal uygulanma prensibinin istisnalarından birisi olarak kabul edilmelidir.

Kesinleşmiş hükümler yönünden sanık aleyhine katılan veya Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz kanun yoluna başvuru hakkının verilmesi ceza yargılamasında genel kabul gören geçmişe yürümezlik kuralının ihlali anlamını taşımaktadır. Aksi düşünce yukarıda belirtildiği gibi her bir değişiklik sonrası kişinin sanıklık statüsü yeniden canlanacağı için, bu kişinin ömür boyu sanık statüsünde kalması sonucunu doğuracaktır. Hukuki kaosa neden olacak ve hukuka güveni sarsacaktır.

Yine, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 4. maddesinde belirtilen; "kesin hükme bağlanmış olanlar hariç" ibaresinden de anlaşılacağı üzere getirilen usulü değişiklikler kesinleşmiş hükümler hakkında uygulanmaz. Bu itibarla; hakkında kesinleşmiş bir hüküm bulunan sanığın eylemi hakkında sonradan temyiz kanun yolunun açılması halinde katılan veya Cumhuriyet savcısı sanık aleyhine temyiz kanunu yoluna başvuramaz. Aksinin kabulü, adaletli ve hukuki bir çıkarım olmayacağı gibi ceza muhakemesinin zaman bakımından uygulama sınırlarının dışına çıkılması sonucunu doğuracaktır.

Kesinleşmemiş kararlar yönünden derhal uygulanırlılık ilkesi geçerli olmakla birlikte, yukarıda belirtilen tutuklama örneğinde olduğu gibi kişilerin aleyhine sonuç doğuracak şekilde bu ilkenin uygulanması mutlak olmamalıdır. Temel hak ve hürriyetleri doğrudan doğruya ilgilendiren soruşturma ya da kovuşturma usulünde değişiklikler yapıldığında, sanık lehine olan değişikliklerin, geçmişte yapılmış bitmiş, ancak sonuçları halen devam etmekte olan işlemler yönünden de etki doğurması daha adil ve hukuki olacaktır. Zira, ceza muhakemesi bir yol, bu yolda yürüyüşün kurallarını baştan koyan, kişilerin temel hak

ve özgürlüklerinin nasıl sınırlanacağını, müdahalenin sınırlarını, koşullarını koyan hükümlerdir. Adil yargılamanın temel kuralı muhakeme sürecine önceden sınırları belirlenmiş kuralları uygulamak, bu kuralların değiştirip yerine yeni kurallar koymamak ve muhakeme dışındaki kuralları getirip sonradan muhakeme sürecine dahil etmemektir.

4- Kesin Hüküm Yönünden

“Katileşmiş hüküm veya kaziyeyi muhkem denilen kesin hükmün anlamı; hukuksal ihtilafların belli bir noktada bir yargı organı tarafından kesilip atılmasıdır. Kesin hüküm, bir hukuk devletinin en sağlam dayanağı ve hakikat olarak kabul edilir”.³² Hukuk devletinin bir gereği olarak kesin hüküm sadece davanın taraflarını değil üçüncü kişileri ve devleti de bağlar. Zira bir noktadan sonra verilen hükmün tartışılmadan kabul edilerek uyulması ve uygulanması toplumsal bir ihtiyaçtır.³³

Yerel mahkemeler tarafından verilen kararlar her zaman taraflar arasındaki mevcut uyuşmazlığı çözerler. Varılan sonucun adaletli olup olmadığı tartışmaya açıktır. “Bu nedenle modern hukukta kanun koyucular kabul ettikleri kurallarla, sözü edilen hükümleri ikinci bir aşamada yeniden ele alınmalarını kabul etmişlerdir. Bu aşama kanun yolu aşamasıdır. Bu demektir ki esas mahkemesi tarafından verilen hükümler belli süreler içinde ikinci defa incelenecek ve bunların doğrulukları, bir diğer deyişle, bu hükümlerin gerçeğe ve hukuka uygun olup olmadıkları anlaşılacaktır. Bu ikinci aşamadaki faaliyet de sonuçlandıktan sonra veya cezai uyuşmazlığın taraflarınca, verilen hükmün ikinci aşamada incelenmesi istenmediği takdirde, cezai uyuşmazlığı çözen hüküm kesinleşmiş olacaktır. Bir diğer deyişle, yargılaması yapılan ceza uyuşmazlığının konusunu teşkil eden eylem hakkında verilen hüküm kesin hüküm teşkil etmektedir”.³⁴

“Somut bir vakıyla ilgili olarak belli bir kişi hakkında bir soruşturma veya kovuşturma başlatılmış ise, aynı şahıs hakkında aynı fiil-

³² Yener Ünver, Hakan Hakeri, a.g.e., s.684.

³³ Günal Kurşun, Ceza Muhakemesinde Hüküm, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s.82.

³⁴ Erdener Yurtacan, Ceza Yargılaması Hukuku, 15. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.603-604.

den dolayı ayrıca soruşturma veya kovuşturma yapılamayacağını ifade eden *nonbis in dem*³⁵ ilkesinin doğal sonucu gereği bir fiil nedeniyle hakkında yargılaması yapıp kesin hükme bağlanan sanığın yeniden yargılaması yapılamaz. Birey, yeniden sanık veya şüpheli konumuna getirilemez. Bir suçun işlenmesinden dolayı birey ömür boyu sanık olarak kabul edilmemiştir.

Ülkemizin de taraf olduğu AHİS'nin İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmeye Ek 7 Numaralı Protokol'ün³⁶ 4. maddesinde de bu kurala vurgu yapılmıştır.

Ek Protokol'ün "aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı" başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrasına göre; Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkûm edilemez.

Kesin hükmün niteliği ve Ek Protokol'ün 4/1. maddesinde de anlaşılacağı üzere geçmişte sadece maddi ceza hukukunun bir kuralı olarak kabul edilen "nonbis in dem" artık ceza muhakemesi hukukunun da evrensel bir kuralı haline gelmiştir.

Bu bağlamda, yürürlükteki ceza muhakemesi kurallarına uygun olarak kesin bir hükümle mahkûm olan ya da beraat eden bir kimse hakkında aynı suçtan dolayı hakkında ikinci bir ceza yargılaması yapılamaz. Burada, sanık lehine olan hususlarda kesin hükmün dokunulmazlığı söz konusudur. Belirtmek gerekir ki; bu husus, şartlarının mevcudiyeti halinde yargılanmanın yenilenmesine engel değildir.

Ayrıca, kesin hüküm sanığın aleyhine sonuç doğuracak usulü değişiklikleri engeller. Sanığın lehine olan değişikliklerin uygulanmamasına yol açmaz. Örneğin, kesinleşmiş olsa dahi sonradan yapılan değişiklikle temyiz ya da istinaf yolu kapalı olan bir suç için kanun yolları açılır ise bu halde sanık ya da sanık lehine olmak kaydıyla Cumhuriyet

³⁵ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2013, s.952.

³⁶ Türkiye, Protokol'ü 14 Mart 1985 tarihinde imzalamıştır. 10 Mart 2016 tarih ve 6684 sayılı Onaya Uygun Bulma Kanunu, 25 Mart 2016 tarih ve 29664 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Protokol, Türkiye bakımından 1 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

savcısı kanun yollarına müracaat edip etmemekte özgürdürler. Tabii, kanun yollarına müracaatta sanığın hukuki menfaati var ise.

5320 sayılı CMK'nın Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 4. maddesinde yer alan; "kesin hükme bağlanmış olanlar hariç" ibaresinden de anlaşılacağı üzere yasa koyucu sanık lehine kesin hükmün dokunulmazlığını kabul etmiştir.

7188 sayılı Kanun ile CMK'ya eklenen geçici 5/f maddesinde; "... aynı suçlarla ilgili olarak bölge adliye mahkemelerince verilmiş kesin nitelikteki kararlar hakkında da uygulanır" şeklinde belirtmesinden de anlaşılacağı üzere, kesin hüküm halini almış kararlar hakkında sanık aleyhine temyiz kanun yoluna başvuru için herhangi bir istisna getirilmemiştir. Dolayısı ile bu düzenleme lafzî olarak kesinleşmiş hüküm dahi olsa sanık aleyhine temyiz kanun yoluna başvuruyu da kapsamaktadır. Kaldı ki, yukarıda belirtildiği üzere Yargıtay'ın bazı ceza daireleri bu lafzî yoruma göre de karar vermektedir. Bu halde, kesinleşmiş bir hüküm aleyhine yapılan temyiz başvurusu üzerine yapılacak yargılamanın konusu önceki yargılamanın konusu ile aynı olduğundan aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesi kapsamında kaldığı da açıktır.³⁷

5320 sayılı CMK'nın Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 4. maddesinde belirtilen; "kesin hükme bağlanmış olanlar hariç" ibaresi, "nonbis in dem" ilkesi ile AHİS'in Ek 7 numaralı Protokolü hep birlikte dikkate alındığında; hakkında kesinleşmiş bir hüküm bulunan sanığın eylemi hakkında sonradan temyiz kanun yolunun açılması halinde katılan veya Cumhuriyet savcısı sanık aleyhine olacak şekilde temyiz kanun yoluna başvuramaz. Aksinin kabulü, sanık lehine sonuç doğuran hallerde kesin hükmün dokunulmazlığına, 5320 sayılı Kanun'un 4. maddesine, AHİS'in 7 numaralı Ek Protokol'ünde belirtilen ve evrensel hukuk bir ceza muhakemesi kuralı haline gelen aynı suçtan iki kez yargılanmama ilkesine kesin aykırılık oluşturur. Kesin hükmün otoritesini ve gücünü zayıflatacağından hukuk devletine de zarar verecektir. Bu itibarla, 7188 sayılı Kanun ile belli suçlar yönünden getirilen temyiz kanun yoluna başvurma hakkı sanık aleyhine olacak şekilde katılan veya Cumhuriyet savcısı tarafından kullanılamaz. Aksi yönde bir kabul, usul esasa caridir ilkesine de aykırılık oluşturur.

³⁷ Benzeri bir karar için bkz.; Anayasa Mahkemesi'nin 26.01.2022 tarih ve 2021/48 Esas, 2022/7 Karar sayılı İlamı.

Şöyle bir örnekle konuyu daha da derinleştirecek olur isek; sanığa isnat edilen bir suç nedeniyle yargılaması yapılarak hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm edilmiş ve dava zamanaşımı süresinin dolmasına çok kısa bir zaman kala istinaf incelemesinden geçerek kesinleşmiş olsun. Sonradan yapılan yasal değişiklikle (aynı 7188 sayılı Kanun değişikliğinde olduğu gibi) isnat edilen suç için temyiz kanun yolu açılması üzerine sanığın aleyhine (daha fazla hapis cezası verilmesi gerektiği düşüncesiyle) katılan veya Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmiş ve dosya ilgili ceza dairesi tarafından incelemeye başlanmadan dava zamanaşımı süresi dolmuş olsun. Sanığın lehine sonuç doğuran bu temyiz istemi kesin hükme rağmen kabul edilebilir mi?

Eğer temyiz istemini kabul edersek Yargıtay işin esasına girip dava zamanaşımının dolması nedeniyle düşme hükmü verecek, temyiz hakları olmadığı için temyiz istemini kabul etmezsek isek; bu halde Yargıtay işin esasına girmeden temyiz isteminin reddine karar verecektir. Nihayetinde, hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm olan sanığın işlediği suçun dava zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle düşürülmesi sonucunu doğuran temyiz istemleri sanığın lehine sonuçlanacaktır. Ayrıca, ceza zamanaşımı süresi işlerken birdenbire bu süre kesilip dava zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır.

Bu hal teoride çok tartışılmamakla birlikte uygulamada karşımıza çıkabilecek bir husustur.

Bu hususta temel kural “usul esasa caridir” ilkesidir. Mecelle’de “usul esasa mukaddemdir” şeklinde ifade edilen kadim ilkenin hukuk düzenimize hatırlattığı gerçek, doğru karara ancak doğru yöntemle ulaşılabileceğidir.³⁸

5271 sayılı CMK’nın 298. maddesinde hangi hallerde temyiz isteminin reddedilebileceği belirtilmiştir. Buna göre; Yargıtay, önüne gelen bir dosyada temyiz isteminde bulunanların temyiz haklarının bulunup bulunmadığına bakacaktır. Eğer temyiz edenin bu hakkı yok ise temyiz isteminin reddine karar verecektir.

³⁸ İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi, s.7.
<https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf>, E.T.:04.11.2021.

Aynı düzenleme 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 317. maddesinde de yer almaktadır. Buna göre "temyiz edenin buna hakkı olmadığını" görürse temyiz isteminin reddine karar verir şeklindedir.

Bu çerçevede, dava zamanaşımı nedeniyle sanığın lehine düşme kararı verilebilecek olsa dahi, usul esasa mukaddemdir ve kesin hükmün dokunulmazlığı ilkeleri gereği; katılan ve Cumhuriyet savcısının temyiz hakları olmadığından işin esasına girmeden temyiz istemlerinin reddine karar verilmelidir. Yoksa dava zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle sanığın lehine bir durum var düşüncesiyle işin esasına girip düşme kararı verilemez.

5- İstinaf Mahkemeleri ve Temyiz Mercii Tarafından Yapılması Gereken Usulü Prosedür

7188 sayılı Kanun ile CMK'nın 286. maddesine eklenen fıkrada belirtilen suçlar yönünden verilen kesin hükümler hakkında katılan ya da Cumhuriyet savcısı temyiz isteminde bulunduğu nasıl bir yol izleneceği CMK'da belirlenmiştir.

Sanık hakkında CMK'nın 286/3 fıkrasına giren suçlar nedeniyle verilen mahkumiyet veya beraat kararları için katılan veya Cumhuriyet savcısı tarafından aleyhe temyiz isteminde bulunduğu, Bölge Adliye Mahkemesi CMK'nın 296. maddesi gereği katılan ya da Cumhuriyet savcısının temyiz hakları olmadığı için temyiz istemlerinin reddine dair ek karar vermelidir. Temyiz edenler, ret kararının kendilerine tebliğinden itibaren yedi gün içinde Yargıtay'dan bu hususta bir karar verilmesini isteyebilirler. Ek kararın temyizi şeklinde adlandırabileceğimiz bu istem Yargıtay'a geldiğinde; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı istemde bulunanların temyiz hakları olmadığı için temyiz isteminin reddine karar verilmesini isteyen bir tebliğname düzenlemelidir. Dosya ilgili Yargıtay Ceza Dairesi'ne geldiğinde ise, ilgili daire temyiz edenlerin temyiz hakları olmadığından tebliğnameye uygun şekilde temyiz istemlerinin reddi ile Bölge Adliye Mahkemesi'nin ek kararının onanmasına karar vermelidir.

Bölge Adliye Mahkemesi, temyiz istemleri hakkında herhangi bir karar vermeden temyiz istemlerini doğrudan doğruya Yargıtay'a gönderirse ya da temyiz istemlerinin kabulüne karar vererek dosyayı

Yargıtay'a gönderirse; Yargıtay, CMK'nın 298. maddesi gereği temyiz edenlerin buna hakkı olmadığından işin esasına girmeden usulden temyiz istemlerinin reddine karar vermelidir.

Böylelikle, gerek Bölge Adliye Mahkemesi'nin temyiz isteminin reddine dair verdiği ek kararın temyiz incelemesi ve gerekse herhangi bir ek karar olmadan kendisine gelen temyiz istemlerinin incelenmesini yapan temyiz mercii dosyanın esasına girmeden usulden ret kararı vermelidir. Zira, temyiz edenlerin temyize hakların olup olmadığının araştırılması temyiz incelemesinin ön şartıdır.

Eğer üçlü temyiz istemi var ise, yani hem sanık ve hem de sanık aleyhine katılan ile Cumhuriyet savcısı temyiz istemlerinde bulunmuş ise bu halde; temyiz dilekçelerini alan Bölge Adliye Mahkemesi bu halde; sanığın temyiz isteğinin kabulüne, katılan ile Cumhuriyet savcısının temyiz hakları olmadığından temyiz istemlerinin reddine dair ek karar vermelidir.

Temyiz mercii de aynı şekilde ikili bir ayrıma giderek sanığın temyiz istemi hakkında işin esasına girerek, katılan ve Cumhuriyet savcısının temyiz istemini ise usulden inceleyerek karar vermelidir.

Eğer temyiz mercii buna rağmen sanık aleyhine temyiz isteminin kabulüne karar verir ise; orta hukuki korumaya haiz ancak hukuki olmayan bir karar olduğu için; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, re'sen veyahut istem üzerine itiraz yetkisini kullanabilir.

7188 sayılı Kanun ile belli suçlar hakkında getirilen temyiz hakkı sanık lehine bir durumdur. Sanık aleyhine sonuç doğuracak şekilde kullanılamaz. Ceza muhakemesine egemen olan ilkelerden önemli ilkelerden birisi de istisnaların sanık aleyhine genişletici yoruma tabi tutulmamasıdır.

Belirtmek gerekir ki, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 04/10/1993 tarih ve 2-187/222 esas ve karar sayılı içtihadında da belirtildiği üzere, tür ve miktarı itibarıyla kesin olan kararların suç vasfına yönelik temyizi mümkündür. Buna göre, söz gelimi basit yaralama suçundan kesin nitelikte bir adli para cezasına hükmedilmişse, katılan ya da Cumhuriyet savcısı bu hükmü, fiilin öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğu gerekçesiyle temyiz edebilir. Bu durum suçun vasfına yönelik

olup suçun sübutuna ya da miktarına yönelik değildir. Kaldı ki burada temyiz süresi içerisinde katılan veya Cumhuriyet savcısı temyiz isteminde bulunmakta olup, ortada kesinleşmiş bir hüküm de yoktur.

DEĞERMENDİRME VE SONUÇ

Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı, yönetilenlere hukuki güvencelerin sağlandığı, bireylerin kendilerini güvende hissettiği, devletin her türlü eylem ve işlemlerinin hukuki kaidelere bağlı olduğu hukuk devleti kavramı içerisinde hukuki güvenlik, öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerini barındırır.

Bireyler önceden belirlenmiş hukuk kurallarına uygun olarak haklarını korumak, aramak ve güvence altına almak isterler. Davranışlarını yürürlükteki mevzuata göre belirlerler. Bugün hukuka uygun yaptıkları bir faaliyet, yarın kabul edilen bir kanun veya düzenleyici işlem nedeniyle hukuka aykırı hale gelebiliyorsa, hukuka güvenleri zedelenir ve kendilerini güvende hissetmezler.

Bu bağlamda, önceden belirlenmiş ceza ve usul hukuku prensiplerinin de kendilerine uygulanmasını isterler. Suçun işlenmesinden sonra getirilen aleyhe düzenlemelerin uygulanmasını istemezler. Hukuk devletinin bir gereği olarak öngörülebilirlik ve belirlilikte bunu gerektirir. 7188 sayılı Kanun ile belli suçlar yönünden sanık aleyhine temyiz hakkının kabulü şeklindeki genişletici yorum hukuki güvenlik ilkesinin ihlal anlamını taşır.

Ceza muhakemesinde, sonradan yapılan kanun değişikliklerinin derhal uygulanması prensibi geçerlidir. Getirilen yeni usulü düzenlemelerin sanığın lehine mi aleyhine mi olduğuna bakılmaksızın derhal uygulanır. Bu kuralın mutlak uygulanması hak ihlallerine neden olabilir. Belli suç tipleri yönünden 7188 sayılı Kanun ile getirilen temyiz hakkının genişletici yorumlanarak, örneğin, hakkında verilen beraat kararı kesinleşen sanık aleyhine katılan ya da Cumhuriyet savcısına temyiz hakkı verilmesi gibi. Hakkında verilen beraat kararı kesin hüküm halini aldıktan sonra Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan değişiklikle sanığın aleyhine temyiz kanun yoluna başvurulduğunda kişi tekrar sanık statüsüne büründürüldüğünden hukuk devleti ilkesi ihlal edilmiş demektir.

Yeni getirilen ceza muhakemesine ilişkin düzenlemelerin derhal uygulanması her zaman adaletli sonuçlar ortaya çıkarmaz. Bazen adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasına da sebep olabilir. Bu itibarla, temel hak ve hürriyetleri doğrudan doğruya sınırlandıran ceza muhakemesi kurallarındaki değişiklikler derhal uygulanma prensibinin istisnalarından birisi olarak kabul edilmelidir. Aksi durum, Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlandırılması (kanunilik ilkesi) ilkesine ve AHİS'in 7. maddesine aykırılık oluşturacağı gibi temel hak ve özgürlüklerin özüne müdahale şeklinde de algılanabilir.

Ceza muhakemesi bir yol, bu yolda yürüyüşün kurallarını baştan koyan, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin nasıl sınırlandırılacağını, müdahalenin sınırlarını, koşullarını koyan hükümlerdir. Adil yargılamanın temel kuralı muhakeme sürecine önceden sınırları belirlenmiş kuralları uygulamak, bu kuralları değiştirip yerine yeni kurallar koymamak ve muhakeme dışındaki kuralları getirip sonradan muhakeme sürecine dahil etmemektir. Aksi düşünce yukarıda belirtildiği gibi her bir değişiklik sonrası kişinin sanıklık statüsü yeniden canlanacağı için, bu kişinin ömür boyu sanık statüsünde kalması sonucunu doğuracaktır. Bir yönüyle adil yargılanma hakkının da ihlalidir.

Kesin hükmün temel amacı hukuksal ihtilafların belli bir süre ve prosedür çerçevesinde nihayetlendirilip yargı mercilerinin gündeminde çıkararak infazının sağlanmasıdır. Bir hukuki ihtilaf mutlaka nihayetlendirilmelidir. Aksi halde adalete güven olmayacağı gibi bireyler haklarını da elde edemezler. Kesin hükümlerin kabulü hukuk devletinin de bir gereğidir. Bu sebeple ilgili ilgisiz herkesi bağlayan hukuki bir sonuçtur.

Aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (nonbis in dem) ilkesinin doğal sonucu gereği bir fiil nedeniyle hakkında yargılaması yapıp kesin hükmü bağlanan sanığın yeniden yargılaması yapılamaz. Birey, yeniden sanık veya şüpheli konumuna getirilemez. Bir suçun işlenmesinden dolayı birey ömür boyu sanık olarak kabul edilmemiştir. AHİS'nin İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmeye Ek 7 Numaralı Protokol'ün 4. maddesinde de bu kurala vurgu yapılmıştır.

Hukuk devletinin bir gereği olan kesin hükmün varlığı halinde aynı suçtan dolayı hakkında ikinci bir ceza yargılaması yapılamaz. Burada, sanık lehine olan hususlarda kesin hükmün dokunulmazlığı söz konusudur. Ancak, kesin hüküm sanığın aleyhine sonuç doğuracak usulü değişiklikleri engeller. Sanık lehine olan usulü değişikliklerin uygulanmasını engellemez. Modern hukukta ömür boyu mahkûm olma hali kabul edilmiş iken ömür boyu sanıklık hali kabul edilmemiştir.

Bu bağlamda, hakkında kesinleşmiş bir hüküm bulunan sanık aleyhine 7188 sayılı Kanun ile belli suçlar yönünden getirilen temyiz hakkının katılan ya da Cumhuriyet savcısı tarafından kullanılabilmesinin kabulü şeklindeki genişletici yorum kesin hükmün otoritesine ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

5320 sayılı CMK'nın Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 4. maddesinde belirtilen; "kesin hükme bağlanmış olanlar hariç" ibaresi, "nonbis in dem" ilkesi ile AHİS'in Ek 7 numaralı Protokolü hep birlikte dikkate alındığında; hakkında kesinleşmiş bir hüküm bulunan sanığın eylemi hakkında sonradan temyiz kanun yolunun açılması halinde katılan veya Cumhuriyet savcısı sanık aleyhine olacak şekilde temyiz kanun yoluna başvuramaz. Aksinin kabulü, sanık lehine sonuç doğuran hallerde kesin hükmün dokunulmazlığına, usul esasa mukaddemdir ilkesine ve aynı suçtan iki kez yargılanmama ilkesine kesin aykırılık oluşturur.

Ceza muhakemesine egemen olan önemli ilkelere birisi de istisnaların sanık aleyhine genişletici yoruma tabi tutulamamasıdır. Bu çerçevede, 7188 sayılı Kanun ile getirilen temyiz hakkı sanık lehine bir durumlar için söz konusudur. Yapılacak genişletici bir yorum ile de sanık aleyhine yorumlanmamalıdır.

Sanık hakkında CMK'nın 286/3 fıkrasına giren suçlar nedeniyle verilen mahkûmiyet veya beraat kararları için katılan veya Cumhuriyet savcısı tarafından aleyhe temyiz isteminde bulunulduğunda, ilgili temyiz mercii CMK'nın 298. maddesi çerçevesinde inceleme yaparak, 7188 sayılı Kanun'un sanık lehine temyiz hakkı getirdiği, katılan ya da Cumhuriyet savcısına sanık aleyhine temyiz hakkı vermediği gerekçesiyle işin esasına girmeden usulden ret kararı vermesi daha hukuki olacaktır. Böylelikle sanık aleyhine genişletici yorumunda önüne geçilmiş olacaktır.

Hülasa, açıklanan tüm bu sebeplerle; Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) tarafından 7188 sayılı Kanun ile CMK'nın 286/3. maddesine eklenen suçlar yönünden verilen kesinleşmiş hükümler hakkında sanıklar aleyhine Cumhuriyet savcısı veya katılanlar tarafından temyiz kanun yoluna başvurulamamalıdır. Yapılan başvurular işin esasa girilmeden reddedilmelidir.

Kaynakça

Kitaplar

- Erol Haydar, Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza yargılaması ve Uygulaması, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2006.
- Değirmenci Olgun Değirmenci, Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Fendoğlu Hasan Tahsin, Anayasa Hukuku, Yetkin Basımevi, Ankara, 2015.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku Derleri, 14. Bası, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2013.
- Gözbüyük Şeref, Anayasa Hukuku, 19. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013.
- Kurşun Günel, Ceza Muhakemesinde Hüküm, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- Sezer Abdullah, Kırt Emrah, Boyar Oya, Hukuk Devleti, 1. Bası, Atra Matbaacılık, İstanbul, 2013.
- Şafak Ali, Bıçak Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, 6. Baskı, Roma Yayınları, Ankara, 2005.
- Şahin Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 5. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 12. Bası, Yetkin Basımevi, Ankara, 2011.
- Özbek Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- Öztürk Bahri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Ünver Yener, Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Yenisey Feridun, Nuhoglu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- Yılmaz Ejder, İstinaf, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara,2005.
- Yurtacan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 15. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Yurtcan Erdener, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) Şerhi, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi'nin 26.01.2022 Tarih ve 2021/48 Esas, 2022/7 Karar sayılı İlamı.

Anayasa Mahkemesi'nin 15.06.2000 Tarih ve 2000/37 Esas, 2000/14 Karar sayılı ilamı.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 10.02.2021 tarih ve 2020/6016 Esas, 2021/4352 Karar sayılı İlamı.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 24.11.2021 tarih ve 2021/8885 Esas, 2021/10116 Karar sayılı İlamı.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 10.11.2021 tarih ve 2021/8335 Esas, 2021/9984 Karar sayılı ilamı.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 01/06/2017 tarih, 2017/17934 Esas, 2017/16512 Karar sayılı İlamı.

İnternet Kaynakları, Makaleler ve Diğer Kaynaklar

Hafızoğulları Zeki, Eşitli Aygün Ezgi, Küçüktaşdemir Özgür, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının Zaman Yönünden Sınırı,

<http://hukuk2.baskent.edu.tr/dergi/arsiv/sayi-1/1.zekihaf%C4%B1zo%C4%9Fullar%C4%B1.pdf>

Tulay Muhammed Emre, Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/373432>

İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi,

<https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1035>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1752>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2000/14?EsasNo=2000%2F37&KararNo=2000%2F14>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/04/20220414-7.pdf>

Resmî Gazete.

TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİ'NDE GÖREVLİ SİVİL MEMURLARIN ASKER KİŞİ SIFATIYLA İŞLEDİKLERİ SUÇLARDA SORUŞTURMA İZNİ VERMEYE YETKİLİ MERCİİNİN BELİRLENMESİ*

DETERMINATION OF THE AUTHORIZED UNIT TO GIVE
PERMISSION TO INVESTIGATE IN CRIMES PERFORMED BY
CIVIL OFFICERS AS MILITARY PERSONNEL IN THE TURKISH
ARMED FORCES

Furkan YILDIZ**

Özet: 4 Aralık 1999 tarihinde yürürlüğe giren 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, memur yargılamasında soruşturma sisteminden izin sistemine geçişle birçok yeniliği beraberinde getirmiştir. Ancak 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda 30 Haziran 2021 tarihinde yapılan değişiklikle asker kişilerin işledikleri iddia edilen askeri suçların soruşturulması soruşturma iznine tabi tutulmuş, bu durum aynı kanuna göre bazı hallerde asker kişi sayılan TSK'da görevli devlet memurları hakkında yürütülen soruşturmalarda hangi kanunun uygulanması gerektiği konusunda tereddüt oluşturmuştur. Bu çalışmada TSK'da görev yapan devlet memurlarının işledikleri iddia edilen suçlar hakkında soruşturma izni vermeye yetkili merciler, normlar hiyerarşisi temelinde ele alınmış ve Askeri Ceza Kanunu'nun hangi durumlarda uygulama alanı bulacağı suç tipleri üzerinden açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Türk Silahlı Kuvvetleri, Devlet Memurları, Askeri Suçlar, Soruşturma İzni

Abstract: The Law No. 4483 on the Trial of Civil Servants and Other Public Officials, which came into force on 4 December 1999, brought many innovations with the transition from the investigation system to the permit system in the civil servant trial. However, with the amendment made in the Military Criminal Code No. 1632 on 30 June 2021, the investigation of military crimes allegedly committed by military personnel was subject to investigation permission,

* Makalede ifade edilen görüş ve düşünceler tamamen yazarın kişisel fikirlerini yansıtmakta, hiçbir şekilde Türk Silahlı Kuvvetleri'nin görüş ve düşüncelerini yansıtmamaktadır.

** Hukuk Subayı, Kara Kuvvetleri Komutanlığı, furkan.yildiz.2306@gmail.com, ORCID: 0000-0002-9279-4113, Makale Gönderim Tarihi: 31.12.2021, Kabul Tarihi: 22.04.2022

this situation created a hesitation as to which law should be applied in the investigations carried out against civil servants working in the TAF who in some cases are considered military personnel according to the same law. In this study, the authorized units to give permission for investigation about the crimes allegedly committed by the civil servants serving in the TAF are discussed on the basis of the hierarchy of norms and in which cases the Military Criminal Code will find an application area are explained in terms of crime types.

Keywords: Turkish Armed Forces, Civil Servants, Military Crimes, Permission to Investigate

GİRİŞ

Kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesinden sorumlu olan memurlar ve diğer kamu görevlilerinin, görevleri kapsamında işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı doğrudan ceza soruşturmasına tabi tutulmalarının kamu hizmetlerinin işleyişini sekteye uğratacağı, kamu otoritesini sarsacağı ve kamu görevlilerini asılsız suçlamalarla karşı karşıya bırakabileceği endişesiyle memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işledikleri suçlarda ceza soruşturması başlamadan önce idarenin kendi içerisinde bir inceleme yapması ve inceleme sonucunda verilen kararın adli makamlara iletilmesini öngören soruşturma usulleri geliştirilmiştir.¹

Türk hukukunda memurların soruşturulmasına ilişkin ilk ayrıntılı düzenleme Tanzimat Dönemi'nde çıkarılan 1872 tarihli Nizamname ile yapılmıştır.² Memur suçlarının soruşturulmasında ve memurların yargılanmasında özel usuller öngören düzenlemeler yüz yılı aşkın bir süredir hukukumuzda yer almakla birlikte bu husustaki en kapsamlı kanun, 1913 yılında kabul edilen ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girdiği 1999 yılına kadar uygulanan Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat'tır.³

¹ Abdullah Uz, "Kamu Görevlilerinin Ceza Kovuşturmasına Tabi Tutulabilmesi İçin Yetkili İdari Mercî Tarafından Verilebilecek Kararların Hukuki Niteliği ve Denetimi Üzerine", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Malatya 2016, C. 2, S. 2, s.158.

² Mustafa Avcı, "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 2007, C. XI, S. 3-4, s.272.

³ Ramazan Çağlayan, "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 2003, C. VII, S. 1-2, s. 111.

Memurların yargılanmasına ilişkin hususlar 1982 Anayasası ile de güvence altına alınmıştır. Zira T.C. Anayasası'nın 129'uncu maddesinin son fıkrasında “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.*” hükmü yer almaktadır.

Ceza hukukunda da memurlara karşı işlenen ve memurlar tarafından işlenebilen özgü suçlara yer verilmesinin temel nedeni kamu görevinin kötüye kullanılması veya ihmâl edilmesi halinde memurlara daha ağır bir sorumluluk yüklemek ve memurları görevleri dolayısıyla karşılaşabilecekleri haksız eylemlere karşı korumaktır.⁴ Bundan hareketle, memurlara özgü uygulanan soruşturma usullerinin bir ayrıcalık olmadığı ve esasında kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi amacına hizmet ettiğini söyleyebiliriz.⁵

Nitekim Anayasa Mahkemesi de kararlarında memurlar hakkında uygulanan soruşturma izni usulünün, memurlara bir sınıf olarak tanınan imtiyaz olmadığını, aksine kamu hizmetinin iyi işlemesi için memura tanınan bir teminat olduğunu, zira memurların gördüğü hizmet yüzünden sık sık isnat ve iftiralara uğrayabileceği göz önünde bulundurulduğunda bu iddiaların öncelikle kamu hizmetinin gereklerini ve memurluk psikolojisini iyi bilen kimselerin süzgecinden geçirilmesi ve ortada kovuşturmaya değer bir eylem kalırsa o zaman işin mahkemenin eline bırakılmasının kamu hizmetinin yararına bir tedbir olduğunu belirtmiştir.⁶

Memur suçlarının soruşturulmasının güvence altına alındığı düzenlemelerde üç farkı sistemden söz edilmektedir. İlk olarak ‘yargıla-

⁴ Doğan Soyaslan, “Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1996, C. 4, S. 1, s. 49.

⁵ Aksi doğrultuda, “memurlara özgü yargılama usulünün, yürütmeyi denetleme dışı bırakma eğiliminin sonucunda yürütmeyi kayıncı nitelikte olduğu” yönündeki görüş için bkz. İlyas Şahin, “4483 Sayılı Kanun’da Öngörülen İnceleme Görevlisinin Yetkileri ve Bu Çerçeve İzin Sisteminin Gerekliği Hakkında Değerlendirme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2015, C. 19, S. 3, s. 255.

⁶ AYM, 14/11/1967, 1967/14 E. 1967/36 K.; 27/02/1992, 1991/26 E. 1992/11 K.; 05/05/1992, 1992/27 E. 1992/31 K. < <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> > (E.T: 29.12.2021).

ma sistemi'nde, memurun yargılamasını idare yapmaktadır. 'Soruşturma sistemi' diyebileceğimiz ikinci sistemde memur suçlarıyla alakalı ilk soruşturmayı idare yapmaktadır. Son olarak 'izin sistemi'nde suçun soruşturulması ve kovuşturulması idari makamların iznine bağlanmaktadır.⁷

Türk hukuk sisteminde zaman içerisinde üç sistemin de uygulandığını söylemek mümkündür. Gerçekten de 1872 tarihli Nizamname memur suçları açısından yargılama sistemini, 1913 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat (MMHK) soruşturma sistemini ve son olarak 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun izin sistemini benimsemiştir.⁸

Nitekim 1872 tarihli Memurin Muhakemat Nizamnamesi döneminde memurların yargılaması baştan sona idare tarafından yapılırken, 1913 tarihli MMHK ile birlikte hazırlık soruşturmasının idare tarafından, yargılamanın ise mahkemeler tarafından yapılması öngörülmüştür. 4483 sayılı Kanun ise, memurlar hakkında yapılan hazırlık soruşturmalarının ve yargılamaların genel ceza hükümlerine göre savcılıklar ve mahkemelerde aracılığıyla yapılmasını düzenlemiş olmakla birlikte savcılıklar tarafından soruşturmaya başlanmasını idari makamların iznine bağlamıştır.⁹

İddia, müdafaa ve tetkik faaliyetlerinin tek elde toplandığı engizisyon (tahkik) muhakeme usulünden, bu görevleri birbirinden ayırarak taraflara dağıtılmasını öngören ve günümüz hukuk dünyasında kabul gören sebki dava usulüne¹⁰ geçişin bir yansıması olarak kabul edilen 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, 1913 tarihli MMHK hükümlerine kıyasla daha dar ve net bir kapsam çizmekle uygulamada karşılaşılan birtakım sorunları çözmüş görünmektedir.

⁷ Bilal Şinik, "4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Getirdiği Yenilikler", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, İstanbul 2000, C. 14, S. 1, s. 400.

⁸ A.g.e, s. 401.

⁹ Uz, A.g.e, s. 160.

¹⁰ Bahsi geçen muhakeme usulleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Vasfi Raşid Sevig, "Askeri Muhakeme Usulü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1954, C. 11, S. 1, s. 15.

Bu çalışmada 4483 sayılı Kanun'un kapsamına dahil olan devlet memurlarından Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) ve Millî Savunma Bakanlığı (MSB) kadrolarında görev yapanların görevleri dahilinde işledikleri iddia edilen suçlar için soruşturma izni vermeye yetkili mercinin belirlenmesinde dikkat edilmesi gereken hususlar incelenecektir.

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'na (AsCK) 30 Haziran 2021 tarihinde yapılan ekleme¹¹ ile askeri suçların soruşturulmasının soruşturma iznine bağlanmış olması ve soruşturma izni vermeye yetkili mercilerin yeniden düzenlenmesi sonucunda TSK'da görevli devlet memurları hakkında soruşturma izni vermeye yetkili makamların değişip değişmediği ve bu hususta 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu hükümlerinin mi yoksa 4483 sayılı Kanun hükümlerinin mi uygulanacağı sorunu çalışmanın ana konusunu oluşturmaktadır.

I- 4483 SAYILI KANUN'UN KAPSAMI

4483 sayılı Kanun'un *Kapsam* başlıklı 2'nci maddesi şu şekildedir:

“Madde 2 – Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır.

Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır.

Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir. (...)

Madde metninden anlaşılacağı üzere kanunun kapsamı kişiler ve suçlar yönünden iki farklı şekilde belirlenmiştir. Buna göre kanun, memurlar ve kamu görevlilerinin sadece görevleriyle ilgili olarak işledikleri iddia edilen suçlarda uygulama alanı bulacaktır.

Memur ve kamu görevlisi tanımıyla yakından ilişkili olan kamu görevi ve kamu hizmeti kavramları daha çok idare hukuku alanına girdiğinden yazarların çoğu kamu görevlisinin tanımı yapılırken idare hukuku öğretilerinden faydalanılması gerektiği görüşündedir.¹²

¹¹ RG, Tarih: 30/06/2021, Sayı: 31527.

¹² Örneğin Soyaslan, kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarının kanunda tanım-

Akyıldız da idare ve ceza hukukunun ortak konularından biri olan 'memur' kavramının idare hukukuna kıyasla ceza hukukunda daha karmaşık bir yapıda olduğunu belirtmektedir.¹³

Kamu görevlisi, Türk Ceza Kanunu'nun 6/1(c) maddesinde "*ka-musal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir suretle sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*" şeklinde tanımlanmıştır. Gökcan'a göre kavramın yasal tanımı çerçevesinde kamu görevlisinden söz edebilmek için kamu adına yürütülen bir faaliyetin varlığı, kamu hizmetinin kanuna ve siyasi iradeye dayanması, kamu hizmetinin yürütülmesinde kamu otoritesinin kullanılması ve son olarak kamu hukuku usullerine uygun bir şekilde kamu hizmetine iştirak edilmiş olması gerekir.¹⁴

İdare hukukunda ise bir kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için devlet teşkilatında ve kamu örgütlerinden birinde çalışması zorunludur. Bu açıdan, kamu görevlisinin devletle istihdam ilişkisi bulunması şartını aramayan TCK tanımının idare hukukunda kabul edilen kamu görevlisi tanımına göre daha geniş kapsamlı olduğu söylenebilir.¹⁵

Bu noktada, 4483 sayılı Kanun'un amacı devlet memurlarına bir güvence olarak soruşturma izni müessesini düzenlemek olduğundan ve soruşturma iznini vermeye yetkili merciler kural olarak idari amirlerden olduğundan memur ve kamu görevlisi kavramlarının kapsamı belirlenirken idare hukuku öğretilerinin esas alınması daha uygun olacaktır. Nitekim, soruşturma izni usullerinin uygulanmasında, memur kavramının, ceza hukukuna göre değil, idari hukuku ilkelerine göre belirleneceği, kanunun genel gerekçesinde de yer almaktadır.¹⁶

Açıklamalar ışığında; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olan kamu görevlilerinin, Kamu İktisadi Teşebbüsleri'nin (KİT) genel müdür ve yönetim kurulu üyeleriyle bu kuruluşlarda istihdam edi-

lanmamış olması nedeniyle problemin çözümünü idare hukukunda aramak gerektiğini belirtmektedir. (Bkz. Soyaslan, A.g.e, s. 46.)

¹³ Ali Akyıldız, "Memur Yargılamasında İdari Süreç", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2001, C. 5, S. 2, s. 2.

¹⁴ Hasan Tahsin Gökcan, "Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, İstanbul 2015, C. 3, S. 2, s. 150-151.

¹⁵ Hüseyin Aydın, "Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2010, Y. 68, S. 1, s. 115-116.

¹⁶ Çağlayan, A.g.e, s. 111-115.

len memurların, belediye başkanlarının, belediye meclis üyelerinin, mahalle ve köy muhtarlarının kanunun kapsamına dahil olduğunu söyleyebiliriz.¹⁷

Soruşturma usulleri özel kanunlarda düzenlenmiş olan cumhurbaşkanı, cumhurbaşkanı yardımcısı, bakanlar, hâkim ve savcılar, üniversitelerde görev yapan öğretim üyeleri ve askerler gibi kamu görevlileri ise kanunun kapsamı dışında tutulmuştur. Özel hükümlerle düzenlenen suçlar, ağır cezayı gerektiren suçüstü durumlar ve kamu göreviyle alakalı olmayan suçlar da kanunun kapsamı dışında değerlendirilmelidir.¹⁸

Bu durumda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olarak TSK ve MSB kadrolarında görev yapan devlet memurlarının görevleriyle ilgili olarak gerçekleştirdikleri iddia edilen suçların soruşturulmasında 4483 sayılı Kanun'da düzenlenen soruşturma izni usulünün uygulanması gerektiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

II- 1632 SAYILI ASKERİ CEZA KANUNU'NUN KAPSAMI

30 Haziran 2021 tarihinde yürürlüğe giren 7329 sayılı Kanun ile Askeri Ceza Kanunu'nda düzenleme yapılarak asker kişiler tarafından işlendiği iddia edilen askeri suçların soruşturulması, soruşturma iznine tabi tutulmuş ve soruşturma emri müessesesini de içeriğinde barındıran 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu (AsYUK) yürürlükten kaldırılmıştır.¹⁹

Mülga 353 sayılı Kanun'un soruşturma emrini düzenleyen 95'inci maddesinde *"Teşkilâtında askerî mahkeme kurulan kıt'a komutanı veya askerî kurum amiri, suç evrakını inceledikten sonra askerî savcıya gönderir ve şüphelinin tutuklanmasını isterse bu husustaki istemini de bildirir."* hükmü yer almaktaydı.

Her ne kadar Anayasa değişikliğini öngören ve 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan halk oylamasıyla askeri mahkemeler kapatılmış olsa da 353 sayılı Kanun Anayasa değişikliğinden sonra hemen ilga edilmemiş ve soruşturma usullerini öngören maddelerin uygulamasına bir süre daha devam edilmiştir.

¹⁷ Şinik, A.g.e, s. 402.

¹⁸ Çağlayan, A.g.e, s. 116; Uz, A.g.e, s. 164.

¹⁹ RG, Tarih: 30/06/2021, Sayı: 31527.

Nitekim Millî Savunma Bakanlığı ve Adalet Bakanlığı, asker kişiler tarafından işlendiği iddia edilen askeri suçların soruşturma iznine tabi olduğu yönünde ve yeni düzenleme yapılanaya kadar 353 sayılı Kanun'da düzenlenen soruşturma emri müessesesinin devam ettirilerek soruşturma izninin, nezdinde kapatılan askeri mahkeme bulunan kıta komutanı veya askeri kurum amirince verileceği yönünde görüş birliğine varmış ve 7329 sayılı Kanun'un kabul edildiği tarihe kadar bu uygulama devam ettirilmiştir.²⁰

Ancak (mülga) 353 sayılı Kanun'da düzenlenen soruşturma emri müessesesi sivil memurları kapsamamaktaydı. Zira Millî Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personelin asker kişi sayılacağını düzenleyen 353 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin (C) bendi Anayasa Mahkemesi'nin 20/09/2012 tarihli ve 2012/125 K. sayılı kararıyla iptal edilmiştir.²¹

Dolayısıyla 353 sayılı AsYUK'un soruşturma emri ile ilgili hükümleri diğer asker kişiler hakkında uygulandığı halde TSK ve MSB kadrolarında çalışan devlet memurları hakkında uygulanmamış, bunlar hakkında yürütülecek soruşturmalarda genel kanun niteliğinde bulunan 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanmıştır.

Ancak 353 sayılı Kanun'un ilga edilmesi ve yeni düzenlemeyle asker kişiler hakkında yürütülecek soruşturma izni usullerinin Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenmesi TSK'da görevli sivil memurlar hakkında soruşturma izni vermeye yetkili mercilerin değişip değişmediği sorusunu gündeme getirmiştir.

Zira Askeri Ceza Kanunu'nun *Askeri Şahıslar* başlıklı 3'üncü maddesi şu şekildedir:

²⁰ Konu ile ilgili olarak önce Millî Savunma Bakanlığı Askeri Adalet İşleri ve Kanunlar Genel Müdürlüğü'nün 05.06.2017 tarihli ve 82793099-9020-3320-17 yazısı tanzim edilmiş, ardından bu yazı ile uyumlu olacak şekilde Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 20.12.2019 tarih ve 19120602-045-02-0891-2019-E.2025/100229 sayılı, "Asker kişiler hakkında soruşturma usul ve esasları" konulu görüş yazısı yayımlanmıştır. Bahsi geçen görüş yazıları ve uygulamada karşılaşılan problemlerin detaylı bir kritiği için bkz. İsmail Volkan Şahin, "Askeri Ceza Mahkemelerinin Kapatılması Sonrası Karşılaşılan Öncelikli Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2019, S. 4, s. 273.

²¹ AYM, 20/09/2012, 2012/45 E., 2012/125 K. <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> (E.T: 29.12.2021)

“Madde 3 – Askerî şahıslar; Mareşalden asteğmene kadar subaylar, ast-subaylar, Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve er, erbaş ve erler ile askerî öğrencilerdir.

Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan Devlet memurlarının asker kişi sıfatları, 4.1.1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 115 inci maddesinde belirtilen yükümlülükleri ile sınırlıdır.”

Madde metninden anlaşılacağı üzere kanun, MSB ve TSK kadrolarında görevli devlet memurlarının bazı durumlarda asker kişi sayılacağını hüküm altına almıştır.

Kanun maddesinin atıf yaptığı 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu'nun *Silahlı Kuvvetlerde Çalışan Sivil Personel* başlıklı 115'inci maddesi ise şu şekildedir:

“Madde 115 – Silahlı Kuvvetlerde çalışan sivil memur, müstahdem, müteferrik müstahdem ve gündelikçi sivil personel bu kanunun askerlere tahmil ettiği sorumluluk ve hizmetlerin ifası bakımından:

a) Amir vazifesi alanlar; maiyetindeki bütün askeri ve sivil personele hizmetin icabettirdiği emirleri verebilir.

b) Bütün sivil personel emrinde çalıştıkları askeri amirlere karşı ast durumunda olup bu kanunun 14'üncü maddesinin asta tahmil ettiği vazifeleri aynen yapmaya mecburdurlar.”

Görüldüğü gibi; 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu, TSK'da görevli sivil memurları, amir/maiyet ilişkisi içerisinde asker kişi saymış ve amir/maiyet ilişkisi içerisinde işlenen suçlarda sivil memurlar hakkında da diğer asker kişiler hakkında uygulanan tüm hükümlerin uygulanmasını amaçlamıştır. Şüphesiz bu hükümlere kanuna en son eklenen soruşturma izni usulleri de dahildir.

30 Haziran 2021 tarihinde yürürlüğe giren 7329 sayılı Kanun'la beraber artık Askeri Ceza Kanunu'nun soruşturma iznini düzenleyen Ek madde 15 hükümleri, kanunda asker kişi olarak sayılan herkes için özel hüküm haline gelmiştir.

Ancak şu kadar var ki, TSK'da görevli sivil memurların asker kişi sıfatı kanunda belirtilen amir/maiyet ilişkisi ile sınırlıdır. Dolayısıyla amir/maiyet ilişkisi içerisinde gerçekleşmeyen diğer tüm suçlar kamu görevi kapsamında işlenmiş olsa dahi askeri suç kabul edilmeyecek, bu suçlar hakkında yürütülecek soruşturma izni usulleri, genel kanun olan 4483 sayılı Kanun'a göre belirlenecektir.

Zira Askeri Ceza Kanunu'na eklenen Ek madde 15'in son fıkrasında "Bu maddede hüküm bulunmayan hâllerde 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır." hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme ile asker kişiler tarafından işlenen askeri suçların soruşturulmasında uygulanacak usulde 4483 sayılı Kanun'un genel, Askeri Ceza Kanunu'nun ise özel kanun olarak kabul edildiği görülmektedir. Öyleyse konuyu normlar hiyerarşisi açısından ele almak faydalı olacaktır.

III- KONUNUN NORMLAR HİYERARŞİSİ AÇISINDAN İNCELENMESİ

Normlar hiyerarşisi teorisine göre hukuk kuralları arasında yatay değil dikey bir ilişki bulunmaktadır. Diğer bir deyişle hukuk düzeni alt alta dizilmiş normlardan oluşmaktadır. Türk hukukunda da hukuk kuralları hiyerarşik olarak "Anayasa, kanun, yönetmelik..." şeklinde sıralanmaktadır. Uluslararası antlaşmalar ve Cumhurbaşkanlığı karar-nameleri²² (eski sistemde kanun hükmünde kararnameler) ise normlar hiyerarşisinde kanunlarla aynı seviyede yer almaktadır.²³

Hukuk düzenini oluşturan normlar çoğunlukla birbirleriyle uyumlu ve birbirini tamamlayıcı nitelikte olmasına karşın istisnai bir durum olarak bu normlar arasında çelişki olması halinde uygulanacak kuralların tespitinde Roma Hukuku kaynaklı yorum ilkelerine başvurulmaktadır. Bu yorum ilkeleri kısaca "üst kanun alt kanunu ilga eder (*lex superior derogat legi inferiori*)", "sonraki kanun önceki kanunu ilga

²² Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisi içerisindeki konumu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Abdullah Sezer, "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Ankara 2019, C. 36, S. 1, s. 353-412.

²³ Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri", *Kamu Hukukçuları Platformu- Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Ed: Ergül Ozan, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2013, s. 97-98.

eder (*lex posterior derogat legi priori*)” ve “özel kanun genel kanunu ilga eder (*lex specialis derogat legi generali*)” ilkelerinden oluşmaktadır.²⁴

Buna göre aralarında çelişki bulunan hukuk kuralları arasında altlık/üstlük ilişkisi varsa üst kural, altlık/üstlük ilişkisi bulunmamakla birlikte öncelik/sonralık ilişkisi varsa sonraki kural ve öncelik/sonralık ilişkisi de yoksa özel kural uygulanmaktadır. Sıralama olarak da ilk olarak *lex superior*, ardından *lex posterior* ve en son *lex specialis* ilkeleri uygulanmalıdır.²⁵

Öyleyse, aynı düzeyde yer alan kanunlardan önceki kanunun genel, sonraki kanunun özel olması durumunda hem *lex posterior* hem de *lex specialis* ilkesi gereği sonraki özel kanunun uygulanması gerektiği konusunda şüphe bulunmamaktadır.²⁶

Ancak özel kanun hükümlerinin genel kanun hükümlerini her şartta ilga edeceğini söylemek güçtür. Zira kanun bazen özel hükümle birlikte genel hükümlerin uygulanmasını öngörmüş olabilir. Bazen de genel hükümlerin özel hükümleri tamamlayıcı veya genel hükümlerin yanında seçimlik olarak düzenlemiş olabilir. Özel hükümlerin uygulanabilmesi için kanun koyucunun genel hüküm yerine özel hükümlerin uygulanmasını arzu etmiş olması, diğer bir ifadeyle özel hükmün genel hükmü bertaraf edici nitelikte olmasını öngörmüş olması gerekmektedir. Örneğin kanunlarda yer alan “*aksine hüküm bulunmayan hallerde...*” gibi ifadelerden kanun koyucunun genel hükümleri ilga ederek özel hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde irade gösterdiğini söyleyebiliriz.²⁷

Askeri Ceza Kanunu’nun Ek 15’inci maddesinin son fıkrasında yer alan “*Bu maddede hüküm bulunmayan hâllerde 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır.*” hükmü, asker kişiler hakkında uygulanacak soruşturma izni usulünde Askeri Ceza Kanunu’nun özel, 4483 sayılı Kanun’un genel kanun olduğunu açıkça kabul etmiştir. Bu noktada,

²⁴ Mehmet Turhan, “Hans Kelsen’in ‘Normatif Alternatifler Kuramı’nın Gözden Geçirilmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Ankara 2020, C. 37, S. 1, s. 4-5.

²⁵ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Ekin Yayınları, 15. Baskı, Bursa 2018, s. 381.

²⁶ Gözler, “Yorum İlkeleri”, s. 103.

²⁷ Tahir Çağa, “Özel Hüküm Genel Hükmü Daima Bertaraf Eder mi?”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 1991, C. 3, S. 3, s. 373-374.

genel hükümlerin uygulanması özel hükümle belirlenen amacı akim bırakacağından askeri suçlar hakkında yürütülen soruşturmalarda özel hüküm olan Askeri Ceza Kanunu'nun uygulanması gerekmektedir.

Bununla birlikte TSK'da görevli devlet memurlarının asker kişi sıfatı çok sınırlı olduğundan kanun koyucu bunlar hakkında özel hükümlerle birlikte genel hükümlerin de uygulanmasını öngörmüştür. Bu durumda Askeri Ceza Kanunu'nun soruşturma iznini düzenleyen hükümlerinin sivil memurlar hakkında yalnızca askeri suçların varlığı halinde uygulama alanı bulduğunu belirtmeliyiz. Bu ayırım, çalışmamızın konusunu oluşturan soruşturma izni vermeye yetkili mercilerin tespiti noktasında önem arz etmektedir.

IV- SORUŞTURMA İZİNİ VERMEYE YETKİLİ MERCİLER

4483 sayılı Kanun'un *İzin vermeye yetkili merciler* başlıklı 3'üncü maddesinde "*Soruşturma izni yetkisi, (...) (d) Cumhurbaşkanına veya Cumhurbaşkanlığına bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşlar ve bakanlıkların merkez ve bağlı veya ilgili kuruluşlarında görev yapan diğer memur ve kamu görevlileri hakkında o kuruluşun en üst idari amiri, (...) yokluklarında ise vekilleri tarafından bizzat kullanılır.*" hükmü yer almaktadır.

Öyleyse, TSK kadrolarında görevli devlet memurları hakkında 4483 sayılı Kanun kapsamında soruşturma izni vermeye yetkili merci, MSB Görev ve Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3'üncü maddesi ile MSB'ye bağlı kuruluş haline getirilen Kuvvet Komutanlıklarının en üst idari amiri olan Kuvvet Komutanı'dır.²⁸ Millî Savunma Bakanlığı'na doğrudan bağlı birimlerde görev yapan devlet memurları için soruşturma izni vermeye yetkili makam Millî Savunma Bakanlığı, Genelkurmay Başkanlığı'na bağlı birimlerde görev yapan memurlar için ise Genelkurmay Başkanlığı'dır.²⁹

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun *Soruşturma izni ve izin vermeye yetkili merciler* başlıklı Ek 15'inci maddesinde ise şu ifadeler yer almaktadır:

²⁸ İsmail Volkan Şahin, A.g.e, s. 274.

²⁹ Cengiz Demirtaş, TSK Personeli Disiplin ve Ceza Hukuku, Bilge Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2022, s. 61.

“Ek Madde 15 – Asker kişilerin işledikleri askerî suçların soruşturulması izne tabidir. Ancak, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde soruşturma genel hükümlere göre yürütülür.

Soruşturma izni, asgari tugay komutanı veya eşidi askerî kurum amiri (Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarında eşidi) olmak üzere, asker kişinin görev yaptığı birlik komutanı veya askerî kurum amiri, bu kişilerin yokluklarında ise vekilleri tarafından bizzat verilir. Genelkurmay Başkanlığı, Kuvvet Komutanlıkları ve Milli Savunma Üniversitesi hariç, Millî Savunma Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatı ile bağlı ve ilgili kurum ve kuruluşlarda görev yapan asker kişiler hakkında soruşturma izni Millî Savunma Bakanı tarafından verilir. General ve amiraller hakkındaki soruşturma izni ise görev yeri dikkate alınarak ilgisine göre Genelkurmay Başkanının veya ilgili Kuvvet Komutanının teklifi üzerine ya da resen Millî Savunma Bakanı tarafından verilir.”

Anılan düzenlemeyle birlikte Askeri Ceza Kanunu’nun Ek madde 15 hükümleri TSK’da görevli sivil memurlar hakkında da artık özel kanun niteliğine kavuşmuştur. Dolayısıyla sivil memurların asker kişi sıfatıyla işlediği iddia edilen suçlarda soruşturma izni vermeye yetkili merci 4483 sayılı Kanun kapsamında Kuvvet Komutanı değil, Askeri Ceza Kanunu’nun Ek 15’inci maddesinde kapsamında asgari tugay komutanı veya eşiti askeri kurum amiridir.

Bu noktada TSK’da görevli sivil memurlar tarafından işlenen görev suçlarında kanun koyucu tarafından ikili bir ayrıma gidildiğinin kabulü gerekmektedir. Nitekim sivil memurların işlediği iddia edilen askeri suçlarda soruşturma izni vermeye yetkili merci Askeri Ceza Kanunu’na göre, askeri suç sayılmayan görevle ilgili suçlarında ise 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre belirlenecektir. Bu şahısların görevle ilgili olmayan suçlarında ise genel hükümlere göre işlem yapılacağı hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

TSK’da görevli sivil memurlar tarafından işlenebilecek askeri suçların hangileri olduğu konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Askeri Ceza Kanunu’nun 3’üncü maddesi, TSK İç Hizmet Kanunu’na atıfla sivil memurların yalnızca amir/maiyet ilişkisi içerisinde işledikleri suçların askeri suç sayılacağını düzenlemiştir.

Askeri Ceza Kanunu’nda düzenlenen suçlardan amir/maiyet iliş-

kisi içerisinde işlenebilecek suçlar; amir veya üstü tehdit (m.82), amir ve üste hakaret (m.85), emre itaatsizlikte ısrar (m.87), amire mukave-met (m.90), amire veya üste fiili taarruz (m.91), astına suç yapmak için emir verme (m.109), astının şikayetnamesini saklama veya geri aldırma (m.110), asta müessir fiil yapma (m.117) ve erleri kanuna muhalif olarak hizmetçiliğe verme (m.114) suçları olarak karşımıza çıkmaktadır.

TSK'da görevli sivil memurların AsCK'da düzenlenmiş olan askeri suçlardan amirlere karşı işlenebilen suçların faili olabileceği konusunda genel kabul vardır.³⁰ Askeri Yargıtay da faal olduğu dönemde bu görüşü benimsemiştir.³¹ Ancak sivil memurların amir olarak maiyetlerine karşı işleyecekleri suçların askeri suç sayılabileceği hususu tartışmalıdır.

Örneğin Duran'a göre TSK kadrolarında görevli sivil şahıslar, asta müessir fiil suçunun faili olamamaktadır. Duran, görüşüne gerekçe olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 45912/06 sayılı İçen/Türkiye kararından sonra Anayasa Mahkemesi'nin 20/09/2012 tarihli ve 2012/125 K. sayılı kararıyla 353 sayılı AsYUK'un 10/C bendinde yer alan "*Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silâhlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel bu kanunun uygulanmasında asker kişi sayılır*" hükmünün Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmesi ve bu suretle TSK kadrolarında görev yapan sivil personelin askeri mahkemelerde yargılanmasının önüne geçilmiş olmasını göstermektedir.³²

Bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira 22/03/2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten bugüne kadar TSK ve MSB kadrolarında çalışan sivil memurların Askeri Ceza Kanunu

³⁰ Bkz. Fahrettin Demirağ, *Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 81; Olgun Değirmenci, "*Askeri Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu (ASCK m. 85)*", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2012, C. 16, S. 2, s. 81; Değirmenci, "*Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlikte İsrar Suçu*", *Kara Harp Okulu Bilim Dergisi*, Ankara 2008, C. 18, S. 2, s. 19; Cihan Koç, *TSK İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği*, Askeri Ceza Kanunu, TSK Disiplin Kanunu, TSK Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, 24. Baskı, Ankara 2019, s. 132.

³¹ ASY 4. D. 15/07/2008, 2008/1545 E. 2008/1531 K; Ayrıca bkz. ASY D.K, 10.4.2003, 2003/9 E. 2003/33 K. <<https://www.corpus.com.tr>> (E.T: 28.12.2021).

³² Gökhan Yaşar Duran, "*Askeri Ceza Hukukunda Ast'a Müessir Fiil Suçu (AsCK m.117)*", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2014, C. 27, S. 113, s. 253.

kapsamında asker kişi sayılacağı hükmü korunmuştur. Dolayısıyla bir usul kanunu olan 353 sayılı AsYUK'ta yer alan hükmün iptal edilmiş olması, TSK ve MSB kadrolarında çalışan sivil memurların bazı durumlarda asker kişi sayılmasını, dahası bunların birtakım askeri suçların faili olmasını engellemektedir. Bu durum yalnızca suçların kovuşturulmasında hangi mahkemelerin görevli olacağını belirlemektedir. Nitekim bugün itibarıyla askeri mahkemelerin varlığı söz konusu değildir. Her türlü adli ve askeri suçun kovuşturması Adalet Bakanlığı teşkilatında bulunan adli yargı organları tarafından yürütülmektedir. Soruşturma izni usullerinin de Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenmesiyle (mülga) 353 sayılı Kanun'un iptal edilen hükümlerinin ve gerekçelerinin konu açısından bir önemi kalmamıştır.

Ayrıca Askeri Ceza Kanunu'nun, MSB ve TSK kadrolarında görevli devlet memurlarını sınırlı olarak asker kişi kabul eden 3'üncü maddesinin 2'nci fıkrası, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı görülmeyle bu konuda yapılan norm denetimi başvurusunun reddine karar verilmiştir.³³

Bu durumda, TSK'da görevli sivil memurların hem amir olarak hem de maiyet olarak, amir/maiyet ilişkisi içerisinde işleyebilecekleri yukarıda sayılan suçların tamamı askeri suç olarak değerlendirilmeli ve bu suçların soruşturma izni usulünde Askeri Ceza Kanunu'nun Ek madde 15 hükümleri uygulanmalıdır. Yukarıda sayılan suçlar dışında kalan görev suçlarının soruşturulmasında ise 4483 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

SONUÇ

Asker kişiler hakkında uygulanan soruşturma izni usullerini düzenleyen 353 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde sivil memurların bu kanuna göre asker kişi sayılmaması nedeniyle TSK'da görevli sivil memurların görevle ilgili suçlarında genel kanun niteliğinde olan 4483 sayılı Kanun uygulanmıştır. Ancak 353 sayılı Kanun'un ilga edilmesi ve asker kişiler hakkında verilecek soruşturma izinlerinin 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenmesi, bu kanuna göre amir/maiyet ilişkisiyle sınırlı olmak üzere asker kişi sayılan TSK'da

³³ AYM, 25/11/2005, 2000/34 E. 2005/91 K. <<https://normkararlarbilgibankasi.ana-yasa.gov.tr/>> (E.T: 29.12.2021).

görevli sivil memurlar hakkında da Askeri Ceza Kanunu'ndaki özel hükümlerin uygulanmasını mümkün hale getirmiştir. Bu husus, TSK ve MSB kadrolarında görev yapan devlet memurlarının görevle ilgili suçlarında soruşturma izni vermeye yetkili mercilerin belirlenmesi noktasında büyük önem arz etmektedir.

TSK'da görev yapan sivil memurların asker kişi sayılmasının hukuki boyutu yalnızca amirlere karşı sorumluluktan oluşmamakta, bir amir olarak maiyetlerine karşı olan sorumluluklarını da kapsamaktadır. Bu durumda TSK ve MSB kadrolarında görevli sivil memurların amir/maiyet ilişkisi içerisinde işledikleri iddia edilen suçlarda özel kanun olan Askeri Ceza Kanunu'nun soruşturma iznini düzenleyen hükümlerinin uygulanması gerekmekte olup aksi uygulamaların, kanunun asker kişileri belirlediği 3'üncü madde hükümlerini akim bırakacağı değerlendirilmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

Demirağ Fahrettin, Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2018.

Demirtaş Cengiz, TSK Personeli Disiplin ve Ceza Hukuku, Bilge Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2022.

Gözler Kemal, Hukuka Giriş, Ekin Yayınları, 15. Baskı, Bursa 2018.

Koç Cihan, TSK İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, TSK Disiplin Kanunu, TSK Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, 24. Baskı, Ankara 2019.

Kitap Bölümleri

Gözler Kemal, "Yorum İlkeleri", Kamu Hukukçuları Platformu- Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ed: Ergül Ozan, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2013, s. 15-119.

Makaleler

Akyıldız Ali, "Memur Yargılamasında İdari Süreç", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2001, C. 5, S. 2, s. 1-64.

Avcı Mustafa, "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 2007, C. XI, S. 3-4, s. 273-294.

Aydın Hüseyin, "Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2010, Y. 68, S. 1, s. 109-128.

Çağa Tahir, "Özel Hüküm Genel Hükmü Daima Bertaraf Eder mi?", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 1991, C. 3, S. 3, s. 366-375.

- Çağlayan Ramazan, "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan 2003, C. VII, S. 1-2, s. 105-128.
- Değirmenci Olgun, "Askerî Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu (ASCK m. 85)", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2012, C. 16, S. 2, s. 71-116.
- Değirmenci Olgun, "Askerî Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlikte Israr Suçu", *Kara Harp Okulu Bilim Dergisi*, Ankara 2008, C. 18, S. 2, s. 1-35.
- Duran Gökhan Yaşar, "Askerî Ceza Hukukunda Ast'a Müessir Fiil Suçu (ASCK m.117)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2014, C. 27, S. 113, s. 217-282.
- Gökcan Hasan Tahsin, "Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, İstanbul 2015, C. 3, S. 2, s. 147-160.
- Sevig Vasfi Raşid, "Askerî Muhakeme Usulü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1954, C. 11, S. 1, s. 15-42.
- Sezer Abdullah, "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Ankara 2019, C. 36, S. 1, s. 353-412.
- Soyaslan Doğan, "Ceza Hukukunda Memur Kavramı (Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1996, C. 4, S. 1, s. 41-53.
- Şahin İlyas, "4483 sayılı Kanun'da Öngörülen İnceleme Görevlisinin Yetkileri ve Bu Çerçeve İzin Sisteminin Gerekliliği Hakkında Değerlendirme", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2015, C. 19, S. 3, s. 249-320.
- Şahin İsmail Volkan, "Askeri Ceza Mahkemelerinin Kapatılması Sonrası Karşılaşılan Öncelikli Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2019, S. 4, s. 263-308.
- Şinik Bilal, "4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve Getirdiği Yenilikler", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, İstanbul 2000, C. 14, S. 1, s. 399-412.
- Turhan Mehmet, "Hans Kelsen'in 'Normatif Alternatifler Kuramı'nın Gözden Geçirilmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Ankara 2020, C. 37, S. 1, s. 1-32.
- Uz Abdullah, "Kamu Görevlilerinin Ceza Kovuşturmasına Tabi Tutulabilmesi İçin Yetkili İdari Mercî Tarafından Verilebilecek Kararların Hukuki Niteliği ve Denetimi Üzerine", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Malatya 2016, C. 2, S. 2, s. 157-207.

Mahkeme Kararları

- Anayasa Mahkemesi, 14/11/1967 tarihli, 1967/14 E. 1967/36 K. sayılı karar.
- Anayasa Mahkemesi, 27/02/1992 tarihli, 1991/26 E. 1992/11 K. sayılı karar.
- Anayasa Mahkemesi, 05/05/1992 tarihli, 1992/27 E. 1992/31 K. sayılı karar.
- Anayasa Mahkemesi, 25/11/2005 tarihli, 2000/34 E. 2005/91 K. sayılı karar.
- Anayasa Mahkemesi, 20/09/2012 tarihli, 2012/45 E. 2012/125 K. sayılı karar.

Askeri Yargıtay 4. Daire, 15/07/2008 tarihli, 2008/1545 E. 2008/1531 K. sayılı karar.
Askeri Yargıtay, Daireler Kurulu, 10/04/2003 tarihli, 2003/9 E. 2003/33 K. sayılı karar.

İnternet Kaynakları

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

<https://www.mevzuat.gov.tr>

<https://www.corpus.com.tr>

ORMAN ALANLARININ TURİZME TAHSİSİNDE HUKUKİ SÜREÇ

LEGAL PROCESS IN ALLOCATION OF FOREST AREAS TO TOURISM

Aynur AYDIN*
Y. Özhan TÜRKER**

Özet: Ülkemiz için turizm, yüksek döviz getirisi, planlı gelişmeye ve istihdama katkısı ile “kamu yararı”na hizmet gören önemli sektörlerden biridir. Orman alanları da bu faaliyetlerin birçoğunun gerçekleştiği alanlardır. Bu nedenle turizm sektörünün özellik ve ihtiyaçlarını da dikkate alan bir planlama yapılırken, orman alanlarının tahsisi konusunda Anayasal güvence altında bulunan temel ilkelerin de dikkate alınması zorunludur. Bu durum iki faaliyet arasında devamlı bir üstün kamu yararı çatışması doğurmaktadır; bu çatışma kanunlarda da ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada, orman alanlarının turizme tahsisinde yaşanan bu hukuki çatışmayla ilgili tüm süreç özetlenmiştir. Özellikle, Orman Kanunu ve Turizm Teşvik Kanunu’nda yapılan değişiklikler, bu değişikliklerin Anayasa Mahkemesi’ne taşınması ve gelinen nokta çalışmada irdelenen konular arasındadır.

Anahtar Kelimeler: Orman, Turizm, Tahsis, Kamu Yararı, Sürdürülebilirlik Abstract:

Tourism is one of the significant sectors that serve the “public interest” with its high foreign exchange income with its contribution to planned development and employment. Forest areas are also the areas where most of tourism activities take place. For this reason, while making a planning that takes into account the characteristics and needs of the tourism sector, it is obligatory to take into account the basic principles under the Turkish Constitution regarding the allocation of forest areas. This situation creates a continuous conflict of “supreme public interest” between the two activities; this conflict also occurs in laws. In this study, the whole process related to this legal conflicts in the allocation of forest areas to tourism is summarized according to the changes in laws and Constitutional Court decisions.

Keywords: Forest, Tourism, Allocation, Public Benefit, Sustainability

* Prof. Dr., İÜC Orman Fakültesi Çevre ve Orman Hukuku Anabilim Dalı, aynur.aydin@iuc.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3647-6150

** Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Şişli Meslek Yüksekokulu Adalet Programı, yavuzozhan.turker@sisli.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8518-0669 Makalenin Gönderim Tarihi: 03.12.2021, Kabul Tarihi: 18.04.2022

1. Giriş

Türkiye’de hızlı gelişen sektörler içinde yer alan turizm, en önemli gelir kaynaklarından birisidir. 1970 yılında ülkeye 724.000 turist gelmiş (Kuvan, 2005), bu sayı 1983 yılından itibaren büyük bir gelişme göstermeye başlamıştır. 1980 yılında Türkiye’ye gelen turist sayısı 1.288.060 kişi iken bu sayı 2020 yılı itibarıyla yaklaşık on kat artarak 12 milyon kişiye ulaşmıştır (Şimşek, 2011; TÜRSAB, 2020). Aslında önceki yıllarda bu rakamın çok daha yüksek olduğunu fakat 2019 yılının sonundan itibaren ağırlığını iyice hissettiren pandemi koşullarının gelen turist sayısına önemli bir darbe vurduğunu söylemek mümkündür.

Turizm ve rekreasyon amaçlı taleplerin artması doğal ve görsel açıdan potansiyeli yüksek alanlar üzerindeki baskıyı arttırmaktadır (Atik ve diğ., 2006). Bu doğal ve görsel potansiyeli yüksek alanların başında da ormanlar gelmektedir. Gerçekten de orman kaynakları kendine özgü yaşam birlikleri, barındırdıkları yaban hayatı, bilinen ve bilinmeyen birçok özellikleri nedeniyle, turizm etkinlikleri için önemli, vazgeçilmez turistik bir mahaldir (Akesen, 1983).

Hukuki niteliği itibarıyla bileşik eşya olan ormanlar ise, kamu hukuku ilkeleriyle çevrelenmiş; eşya hukuku kurallarına tabi özel mülkiyettekilerden farklı nitelikte taşınmazlardır. Bu özelliklerinin sonucu olarak ve sosyal, ekonomik, çevresel önemlerinin de etkisiyle kamu malı olarak kabul edilirler ve kamu malları arasında da özel bir yere sahiptirler (Onar,1960; Cin, 1980; Düren, 1975; Doğanay, 1975; Ayanoğlu, 1988; Aydın- Coşkun, 2009).

Orman alanlarının turizm faaliyetlerine tahsis edilmesi işlemi, konuya ilişkin hukuksal düzenlemenin ilk yürürlüğe girdiği tarihten bu yana tartışılmıştır. Konu, Anayasa Mahkemesi’nin, 07.05.2007 tarihinde vermiş olduğu 2006/169 E., 2007/55 K. sayılı kararıyla orman alanlarının tahsisine imkân sağlayan “*Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmeliğin*” dayanağı olan 2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu’nun 8. maddesinde yer alan ve ormanlara ilişkin düzenleme getiren hükümlerinin iptaline karar vermesi ile gündeme gelmiştir.

2634 sayılı Kanun’un 8. maddesinde yer alan ve orman arazilerinin turizm yatırımlarına tahsisine imkân veren bir kısım düzenlemelerin iptali istemiyle 2007 yılında yapılan bir itiraz başvurusu üzerine, 7.5.2007 günlü, E.2006/169, K.2007/55 sayılı kararda Anayasa Mahkemesi’nce, Anayasa’nın 169. maddesi gereğince, ormanların

turizm amaçlı yatırımlara tahsisinin ancak kamu yararı bulunması ve zorunluluk hallerinde mümkün olabileceği vurgulanmış ve sözü edilen itiraz konusu kanun kurallarının zorunluluk ya da kaçınılmazlık ölçütlerine yer vermediği sonucuna varılarak iptallerine karar verilmiştir.

Orman alanlarının turizm faaliyetlerine tahsis edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenleyen 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu hükümlerinin, Anayasa Mahkemesi'nin 2007 tarihli kararıyla iptali sonucu oluşan kanuni boşluk, bir yıl aradan sonra 5761 sayılı "Turizmi Teşvik Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un yürürlüğe girmesi ile doldurulmuştur.

5761 sayılı Kanun'da ilk olarak Çevre ve Orman Bakanlığınca Kültür ve Turizm Bakanlığı'na tahsis edilecek orman alanlarının nitelikleri belirlenmiş; bu niteliklere uygun olmak koşuluyla tahsis edilecek orman alanının büyüklüğü, yapılaşma oranı, tahsis için öngörülen turizm çeşitleri ve tahsis sürecinde yatırımcının sorumluluğu ve Bakanlığın tasarrufuna geçen taşınmazların yatırımcılara tahsis usul ve esasları ve Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın yetkileri belirlenmiştir.

Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten bu yana yapılan tartışmalar; Anayasa Mahkemesi'nin Orman Kanunu'nun 17. maddesini iptal eden 2002 tarihli ve 2634 sayılı Kanun'un 8. maddesini "ormanlar" yönünden iptal eden 2007 tarihli kararlarında yer alan temel iptal gerekçelerinde belirtilen aykırılıkların ortadan kalkıp kalkmadığı noktasında yoğunlaşmıştır. Kanun tekrar Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş, Mahkeme bu kez yapılan düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.¹

Anayasa Mahkemesi'nin oy çokluğu ile alınan bu karardan tam 10 yıl sonra orman alanlarının turizme tahsisi konusunda değişiklikler getiren 7334 sayılı "Turizmi Teşvik Kanunu ile bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"² yürürlüğe girmiş ve bu Kanun ile de tartışmalar tekrar gündeme gelmiştir. Bu Kanun, yine benzer şekilde Anayasa Mahkemesi önüne getirilmiş ve konu ile ilgili karar beklenmektedir. Daha önceki kararların da ışığında Anayasa Mahkemesi önünde gerçekleşecek yargılama süreci de bu makalede tartışılmıştır.

¹ Anayasa Mahkemesi Kararı 10.03.2011 tarih, E. 2008/51 K. 2011/46

² 8 Temmuz 2021 tarih ve 31551sayılı Kanun

2. Orman Alanlarının Turizme Tahsisinde Yaşanan Süreç

Turizmi Teşvik Kanunu ve Orman Kanunu arasında, orman alanlarının turizme tahsisine olanak tanıyan organik bağ, uzun bir tarihsel sürece dayanır. Orman mevzuatında, ormancılık dışı faaliyetler için orman alanlarının tahsisine izin veren düzenlemelerin varlığı, bu faaliyetler arasında turizm amaçlı tahsislerin durumu, tahsis kriterlerinin subjektifliği ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ile Orman İdaresine ait yetkilerin kısmen Turizm Bakanlığı'na devri, konuyu içinden çıkılmaz bir hale getirmiştir. Bu nedenle, konuyla ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarının irdelenmesine ve sonucuna geçmeden önce ilk iptal kararına konu, mevcut hukuksal durumu, Orman Kanunu ve Turizmi Teşvik Kanunu arasındaki ilişkileri de ortaya koyarak açıklamak gereklidir.

2.1. Orman Kanunu'nda Durum

Orman alanlarının ormancılık dışı faaliyet ve hizmetlere tahsisi, yeni bir kavram ve uygulama değildir. 1937 yılında yürürlüğe giren 3116 sayılı Orman Kanunu'nun 25. maddesinde³ "umumi sıhhat ve emniyet ve menfaat icabı yapılacak her nevi bina ve tesisat ile orman hasılatı işleyeceklerin yapacakları bina ve tesisatın" ormanlarda yapılmasına izin verilmiştir. Görüleceği üzere, 1937 yılında, ormanlarda bina ve tesis yapılması için kamu sağlığı, güvenliği ve kamu yararı kriterleri aranmıştır. Ayrıca, orman ürünlerini işleyecek olanlara da herhangi bir kriter tabi olmaksızın aynı yapılaşma hakkı tanınmıştır.

1956 yılında yürürlüğe giren 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17. maddesinde "umumi sıhhat ve emniyet ve menfaat icabı veya estetik ve **turistik** bakımdan yapılacak her nevi bina ve tesisat ile orman hasılatı işleyeceklerin ve kullanacakların yapacakları bina ve her nevi tesisat" ın ormanlarda yapılması hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme ile kamu sağlığı, güvenliği ve kamu yararına olacak bina ve tesislerin yanı sıra 3116 sayılı Kanun hükmüne ek olarak *estetik ve turistik* özellik taşıyan bina ve tesislerin de bir kriter tabi olmaksızın orman içinde yapılmasına izin verilmiştir. Ayrıca, yine 3116 madde hükmünü genişletir ve subjektif

³ 1937 tarih ve 3116 sayılı Orman Kanunu madde 25. Ormanlarda umumi sıhhat ve emniyet ve menfaat icabı yapılacak her nevi bina ve tesisat ile orman hasılatı işleyeceklerin yapacakları bina ve tesisat için Ziraat Vekaletinden izin almak lazımdır.

hale getirir mahiyette, orman ürünü kullanacaklara da ormanlarda bina ve tesis yapma izni verilmiştir. Halen yürürlükte bulunan 6831 sayılı Kanun'un, orman alanlarının başka amaçlara tahsisi konusunda, amaçları ve hak sahibi kitleyi belirleme yönlerinden daha sübjektif ve yapılaşmayı artıran bir değişiklik getirdiği hemen göze çarpmaktadır. Nitekim bugün tartışılan "turizm" kelimesi de ilk kez açıkça burada ifade edilmiştir.

6831 sayılı Orman Kanunu'nun yürürlüğe girişinden 27 yıl sonra 1983 yılında yapılan bir düzenleme ile⁴ 17. madde değiştirilmiş ve "turizm bölge, alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında; kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler ile orman ürünlerini işleyeceklerin yapacakları bina ve tesisler" in ormanlarda yapılmasına izin verilmiştir. 1983 yılında yapılan bu değişikliğin akabinde 1987 yılında yapılan değişiklik⁵ de "...turizm alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için" izin verilmesi hükme bağlanmış ve 17/3. madde 2002 tarihli Anayasa Mahkemesi'nin⁶ iptal kararına dek bu haliyle kalmıştır.

⁴ 1983 tarih ve 2896 sayılı Kanun

Madde 17.- 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17'nci maddesinin 3'üncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve 4 üncü fıkraya eklenmiştir. Turizm bölge, alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında; kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler ile orman ürünlerini işleyeceklerin yapacakları bina ve tesisler için gerçek ve tüzel kişilere Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Tarım ve Orman Bakanlığınca, intifa için kullanım bedeli karşılığında izin verilebilir. Bu izin üzerine tesis edilecek intifa hakkı süresi kırk dokuz yılı geçemez. Bu süre sonunda bütün bina ve tesisler bedelsiz ve eksiksiz olarak Hazineye devredilir. Ancak, işletmelerin başarılı olduğu, konusuyla ilgili bakanlıkça belgelenen hak sahiplerinin intifa hakkı Tarım ve Orman Bakanlığınca; yer bina ve tesislerin rayiç değeri üzerinden belirlenecek yıllık bedelle doksan dokuz seneye kadar uzatılabilir. Bu durumda Hazineye devir işlemi bu uzatma sonunda yapılır. Bu suretle yapılmasına izin verilen bina ve tesislerin amaç dışı kullanılması yasaktır.

⁵ 1987 tarih ve 3373 sayılı Kanun Madde 7- 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17'nci maddesinin 3'üncü fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir. Turizm alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için gerçek ve tüzel kişilere, Tarım Orman ve Köy işleri Bakanlığınca bedeli karşılığında izin verilebilir. Bu izin süresi kırk dokuz yılı geçemez. Devletçe yapılan tesisler dışında kalan her türlü bina ve tesisler izin süresi sonunda eksiksiz ve bedelsiz olarak Orman Genel Müdürlüğü'nün tasarrufuna geçer. Ancak işletmenin maksadına uygun faaliyet gösterdiği Orman Genel Müdürlüğü'nce belgelenen hak sahiplerinin kullanma hakları yer, bina ve tesislerin rayiç değeri üzerinden belirlenecek yıllık bedelle doksan dokuz seneye kadar uzatılabilir. Bu durumda adına tapuda irtifak hakkı tesis edilir. İzin ve irtifak hakları amaç dışı kullanılmaz.

⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 17.12.2002 günlü, E.2000/75, K.2002/200 sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ardından, 2004 yılında 5192 sayılı Kanun ile 17. madde, yeniden düzenlenmiştir.⁷ Buna göre, orman alanlarında artık "Savunma, ulaşım, enerji, haberleşme, su, atık su, petrol, doğalgaz, altyapı ve katı atık bertaraf tesislerinin; sanatoryum, baraj, gölet ve mezarlıkların; Devlete ait sağlık, eğitim ve spor tesislerinin ve bunlarla ilgili her türlü yer ve binanın Devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasında kamu yararı ve zaruret olması halinde" izin verilmiştir. Madde düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere artık Orman Kanunu uyarınca, orman alanlarının turizme tahsisi söz konusu değildir. Üstelik iptal öncesi durumda madde metninde bulunan "turizm alan ve merkezleri dışında olan ormanlarda" ibaresi de hukuki dayanaktan yoksun kaldığından iptal edilmiş ve orman alanlarında sayılan tesisler dışında hiçbir tesisin tüm yapılmasına izin verilmemiştir.

Konunun daha net görülebilmesi açısından aşağıdaki tablo yararlı olacaktır.

Tablo 1. Orman Alanlarının Ormancılık Amaçları Dışındaki Faaliyetlere Tahsisi

<p>1937 3116 sayılı Orman kanunu</p>	<p>Kamu Sağlığı Kamu Güvenliği Kamu Menfaati icabı yapılacak her nevi bina ve tesisat ile Orman hasılatı işleyeceklerin yapacakları bina ve tesisatın</p>
<p>1956 6831 sayılı Orman kanunu</p>	<p>Kamu Sağlığı Kamu Güvenliği Kamu Menfaati <u>Estetik ve tursitik amaç</u> Orman hasılatı işleyeceklerin ve <u>kullanacakların</u> yapacakları bina ve her nevi tesisat</p>
<p>1983 6831 sayılı Orman kanunu 3373 sayılı Kanunla Dğş. (2002 AYM iptali)</p>	<p>Turizm bölge, alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında Kamu yararına olan her türlü bina tesisler Orman ürünlerini işleyeceklerin yapacakları bina ve tesisatın</p>

⁷ (Değişik fıkra: 22/5/1987- 3373/7 md.; İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 17.12.2002 tarihli ve E.:2000/75, K.:2002/200 sayılı Kararı ile Yeniden düzenleme: 17.6.2004-5192/1 md.) Savunma, ulaşım, enerji, haberleşme, su, atık su, petrol, doğalgaz, altyapı ve katı atık bertaraf tesislerinin; sanatoryum, baraj, gölet ve mezarlıkların; Devlete ait sağlık, eğitim ve spor tesislerinin ve bunlarla ilgili her türlü yer ve binanın Devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasında kamu yararı ve zaruret olması halinde, gerçek ve tüzel kişilere bedeli mukabilinde Çevre ve Orman Bakanlığınca izin verilebilir.

<p>2004 6831 sayılı Orman kanunu 5192 sayılı Kanunla Dğş.</p>	<p><i>Savunma, ulaşım, enerji, haberleşme, su, atık su, petrol, doğalgaz, altyapı, katı atık bertaraf tesislerinin; senatoryum, baraj, gölet ve mezarlıkların; Devlete ait sağlık, eğitim ve spor tesisleri "kamu yararı ve zaruret olması Halinde"</i></p>
<p>2010 6831 sayılı Orman kanunu 6001 sayılı Kanunla Dğş.</p>	<p><i>Savunma, ulaşım, enerji, haberleşme, su, atık su, petrol, doğalgaz, altyapı, katı atık bertaraf ve <u>düzenli depolama tesislerinin</u>; baraj, gölet, <u>sokak hayvanları bakımevi</u> ve mezarlıkların; Devlete ait sağlık, eğitim ve spor tesisleri "kamu yararı ve zaruret olması Halinde"</i></p>

Orman Kanunu yönüyle açıklığa kavuşan bu durum, Turizmi Teşvik Kanunu açısından aynı düzeni getirmemektedir.

2.2. Turizm Kanunu'nda Durum

Orman Kanunu'nun 3373 sayılı Kanun'la değişik 17. maddesinde ormanlarda bina ve tesis yapılabilmesi konusu farklılaşmış ve "**turizm alan ve merkezleri dışında kalan**" devlet ormanlarında, kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için izin verilmesi hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme, Orman Kanunu hükümlerinin, sadece turizm alan ve merkezleri dışında kalan ormanlarda geçerli olması ve bu alanlar dışında kalan ormanlarda, farklı kanun ve farklı bir sorumlu idare ortaya çıkması anlamına gelmektedir. Bu noktada ortaya çıkan Kanun, 1982 yılında yürürlüğe giren 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, yetkili idare ise Kültür ve Turizm Bakanlığı'dır.

Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinde,⁸ taşınmaz malların turizm amaçlı kullanımına yer verilmiş ve ormanlar da bu kapsamda ele alınmıştır. Buna göre, turizm alan ve merkezleri içinde kalan orman alanları, Turizm Bakanlığı'nın talebi üzerine Çevre ve Orman Bakanlığı'nca Turizm Bakanlığı'na tahsis edilecektir.⁹

Turizm sektörünü düzenleyecek, geliştirecek, dinamik bir yapı ve işleyişe kavuşturacak düzenleme ve önlemlerin alınmasını sağlamak amacıyla yürürlüğe giren Turizm Teşvik Kanunu'nun 3. maddesi, yürürlüğe giriş tarihinde turizm bölge, alan ve merkezi¹⁰ olmak üzere bu

⁸ Turizmi Teşvik Kanunu madde 8. fıkra 1

⁹ Sayıştay'ın 2004 yılında hazırlamış olduğu Ormanların korunması hakkında Rapor'da Orman Genel Müdürlüğü'nden alınan dokümanlar doğrultusunda, 2002 yılı sonu itibarıyla Orman Kanunu'nun 17'nci maddesi uyarınca 16.192.881 m²'lik orman alanında turistik tesislere izin verildiği görülmektedir.

¹⁰ Turizm Bölgeleri: Sınırları Bakanlığın önerisi ve B K kararıyla tespit ve ilan edilen

alanları tanımlamıştır.¹¹ 6831 sayılı Orman Kanunu uyarınca, üzerlerinde bina ve tesis yapılmasına izin verilen orman alanları, Turizmi Teşvik Kanunu kapsamı dışında kalan alanlar olarak belirlendiğinden bu tanımlamalar özel bir öneme sahiptir. Nitekim, tanımlanan alanların kapsamı genişledikçe Orman Kanunu'nun uygulama ve yetki sınırları daralmakta, inisiyatif tamamen Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın eline geçmektedir. Ana hedefi turizmi geliştirmek olan Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın söz konusu orman alanlarında etkili olması, ormanlar açısından olumsuz sonuçlar doğurabilecek bir durum yaratacaktır. Bu konunun tartışılması gereken ancak istemli olarak bu metin dışında bırakılan bir başka boyutunu oluşturmaktadır.

Gelinen noktada artık orman alanlarında iki Kanun ve iki yetkili Bakanlık ve iki farklı izin süreci söz konusudur.

3. Anayasa Mahkemesi Kararlarının İrdelenmesi

Makalenin bu bölümünde Orman Kanunu ve Turizm Kanunu'nda yapılan değişikliklerin Anayasa Mahkemesi'nce tartışılma ve gerekçelendirme süreçleri ele alınacaktır. Öncelikle 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 3373 sayılı Kanun ile değiştirilen 17/3. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı gerekçesiyle yaşanan süreç, ardından da 2634 sayılı Turizm Kanunu'nun ilgili maddelerinin Anayasaya aykırılığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi yargılaması değerlendirilmiştir.

3.1. Orman Kanunu Açısından Anayasa Mahkemesi Kararı

İstanbul 2. İdare Mahkemesi, İstanbul İli, Sarıyer İlçesi, Rumelifeneri Mevkiindeki Mavromoloz Devlet Ormanı içinde bulunan alana üniversite kurulması amacıyla, bedelli izin verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle idareye karşı açılan davada, 6831 sayılı Orman

bölgeleri

Turizm Alanları: Turizm Bölgeleri içinde öncelikle geliştirilmesi öngörülen, mevki ve sınırları Bakanlığın önerisi, BK kararıyla tespit ve ilan edilen doğal veya sosyokültürel değerlerin yoğunlaştığı alanları

Turizm Merkezleri: Turizm Bölgeleri içinde veya dışında yeri, mevki ve sınırları Bakanlığın önerisi, BK kararıyla tespit ve ilan edilen, turizm yönünden önem taşıyan yerleri veya bölümlerini ifade eder.

¹¹ Kanun'da 4957 sayılı Kanun'la 2003 yılında yapılan bir değişiklikle, bu tanımlar "Kültür ve Turizm Koruma ve Gelişim Bölgeleri", "turizm merkezleri" ve "kültür ve turizm koruma ve gelişim alt bölgesi" şekline dönüştürülmüştür.

Kanunu'nun 3373 sayılı Kanun ile değiştirilen 17. maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına vararak iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Bu başvurusunda söz konusu kuralın Anayasa'nın 63. ve 169. maddelerine aykırılığını ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, 1956 tarih ve 6831 sayılı "Orman Kanunu"nun 17. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'nın 169. maddesine aykırı olduğuna ve iptaline; üçüncü fıkrasının, birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan diğer tümceler ile maddenin dördüncü fıkrasının iptaline oybirliğiyle karar vermiştir".¹²

Bu karar, orman alanlarının turizme tahsisi konusunda önemli ve ilk adımdır. Anayasa Mahkemesi, temel iptal gerekçesi olarak, Orman Kanunu'nun 17/3. maddesinin sadece kamu yararı kriterine bağlı olarak orman arazilerinin tahsisine izin veren bir düzenleme olduğunu ve kamu yararı kavramının tespitinde Orman idaresinin gereğinden fazla takdir hakkı kullandığını belirtmiştir. Böyle bir düzenleyici işlemin ise Anayasa'nın 7. maddesinde yer alan "yasama yetkisinin devredilmeyeceği" ilkesine aykırılık teşkil ettiğini vurgulamıştır.

"Turizm alan ve merkezleri dışında kalan devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesisler için gerçek ve tüzel kişilere Tarım ve Orman Bakanlığınca izin verilebilir" şeklindeki maddenin iptal edilmesi ile Orman Kanunu'nda, ormanlarda bina ve tesis yapılmak istenmesi durumunda başvurulabilecek bir hukuki dayanak kalmamıştır. İptal kararıyla hukuka aykırı bir durum ortadan kaldırılmış ve yeni bir hukuki durum ortaya çıkmıştır.

2002 yılındaki bu iptal kararı, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'ndaki düzenlemenin varlığını etkilememiş; kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde ve turizm merkezlerinde bulunan orman alanlarının Turizm Bakanlığına tahsisine devam edilmiştir.

Turizm Teşvik Kanunu'nda 2003 yılında 4957 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle,¹³ Orman Kanunu'nda, turizm tesisleri açısından

¹² Anayasa Mahkemesi'nin 17.12. 2002 tarih ve E.2000/75, K.2002/200 sayılı kararı
¹³ 4756 sayılı Kanun madde 6.- 2634 sayılı Kanun'a şu ek madde eklenmiştir. Ek Madde 4.- Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezleri dışında, 6831 sayılı Orman Kanun'una göre Devlet ormanı sayılan yerler ile 2873 sayılı Millî Parklar Kanunu ve 383 sayılı Özel Çevre Koruma Kurumu Kurulmasına

oluşan boşluk doldurulmuştur. Bu düzenlemeyle, kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında ve 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu ve 383 sayılı Özel Çevre Koruma Kurumu Kurulmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname gereğince tespit ve ilan edilen yerlerde turizm yatırımı için arazi tahsisinin Çevre ve Orman Bakanlığı'nın uygun görüşü alındıktan sonra Turizm Bakanlığı tarafından yapılmasına cevaz verilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararından 7 ay sonra yürürlüğe giren bu kanun ile Orman Kanunu'nda Anayasaya aykırılık nedeniyle iptal edilen hüküm, mevcut kriterleri de kaldırmak suretiyle bir kez daha canlanmış ve turizm alan ve merkezleri dışında kalan ormanların da turizme tahsisine olanak sağlanmıştır. Bu tahsiste sadece Çevre ve Orman Bakanlığı'nın "olumlu görüşü" alınması söz konusudur. Bu düzenleme gerekçesi de şu şekilde ifade edilmiştir:¹⁴

"Daha önce Orman ve Turizm Bakanlıkları arasında düzenlenen protokol hükümlerinin yasal zemine oturtulması, turizm yatırımlarına arazi tahsisi işlemlerinin turizm yatırımlarını tespit eden, planlayan, yönlendiren ve bu alanlara konusunda yetkin yatırımcıları tespit etme hususunda deneyimli ve uzman olan Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından yapılması, bu şekilde orman arazilerine yatırım yapmak isteyen yatırımcıların doğru ve yerinde seçimi ve tesislerin alt yapı sorunları ile işletmeye açılmaması ve çevre sorunlarının doğmaması sağlanmaktadır"

Uygulamada, yukarıda varlığından söz edilen iki başlık ve eşgüdüm sorunları iki bakanlık arasında 9.10.1997 tarihinde imzalanan ve 1.1.1998 tarihinde yürürlüğe giren bir protokolle çözülmeye çalışılmıştır. Ancak söz konusu protokole bugüne kadar işlerlik kazandırılmamıştır. 4957 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ile turizm yatırımcıları için en önemli teşvik unsuru olan arazi tahsisi, plan bütünlüğü içerisinde ve alt yapı imkânları sağlanması ve tüm işlerin tek elden yürütülmesi hedeflenmiştir.

Dair Kanun Hükmünde Kararname gereğince tespit ve ilan edilen yerlerde turizm yatırımı için arazi tahsisi Çevre ve Orman Bakanlığı'nın uygun görüşü alındıktan sonra Bakanlıkça yapılır.

¹⁴ <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss246m.htm>

3.2. Turizm Kanunu Açısından Anayasa Mahkemesi Kararı

*Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmeliğin*¹⁵ kimi maddelerinin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan davada, iptali istenilen yönetmeliğin dayanağını oluşturan 2634 sayılı Kanun'un 8. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay 6. Daire, iptali ve yürürlüğünün durdurulması için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi 2006/169 E., 2007/55 K. sayılı ve 24.11.2007 tarih ve 26710 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan kararı ile 2634 sayılı Kanun'un 8. madde düzenlemesinin ormanlara yönelik hükümlerinin Anayasa'nın 169 ve 7. maddelerine aykırılığından bahisle iptaline karar vermiştir. Kararda, iptal kararının, Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak 1 yıl sonra yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nu 8. maddesine yönelik 07.05.2007 tarih ve 2006/169 E. 2007/55 K. sayılı kararında Kanun'un 8. maddesinin A fıkrasının itiraz konusu bölümlerinin incelenmesinde;

“Anayasa Mahkemesi'nin 17.12.2002 günlü, E.2000/75, K.2002/200 sayılı kararında da belirtildiği üzere, “Devlet ormanlarının gerçek ve tüzel kişilere irtifak hakkı yoluyla tahsisi, karayolları, telefon, elektrik, su, gaz, petrol boru isale hatları, savunma tesisleri, sanatoryum gibi öncelikli kamu hizmetlerine ilişkin bina veya tesislerin orman arazileri üzerinde yapılması zorunluluğunun bulunduğu hallerle sınırlıdır. Önemli olan husus, bu hizmetlere ilişkin bina ve tesislerin Devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasındaki kamu yararının orman arazisinin bu hizmetlere tahsisini zorunlu hale getirmesidir. Bu çerçevede, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde turizm yatırımları için de Devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı tesis edilebileceği kuşkusuzdur.

2634 sayılı Kanun'un 8. maddesinin itiraz konusu bölümlerinde, hangi taşınmazların ve orman arazilerinin turizm yatırımlarına tahsis

¹⁵ Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik (Mülga) Bakanlar Kurulu Karar Tarihi- No: 31.03.1983- 83/6285
21.07.2006 tarih ve 26235 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2006/10507 sayılı “Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik” in birinci maddesi gereği yürürlükten kaldırılmıştır.

edileceği ile ilgili genel bir çerçeve çizilmekle beraber, ormanların turizm yatırımlarına tahsisinin hangi hallerde kaçınılmaz veya zorunlu sayılabileceğine dair herhangi bir ölçüte Kanun'da yer verilmemiştir.

Bu bağlamda, turizmin teşvik edilmesinde kamu yararı bulunduğu ve zorunlu olduğu ölçüde devlet orman alanlarının turizme tahsisinin gerektiği yadsınamazsa da Anayasa'nın 169. maddesinde ormanların Devletçe korunmasına verilen özel önem ve uzun dönemdeki yaşamsal kamu yararı karşısında, bu tahsislerin hangi hallerde zorunlu sayılacağına da belirginleştirilmesi Anayasa'nın kanun koyucuya yüklediği bir görev olarak kabul edilmelidir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, ormanların korunmasına ilişkin Anayasa'nın 169. maddesindeki ilkeler doğrultusunda, turizm sektörünün özellik ve ihtiyaçlarını da dikkate alan ve ormanların turizm yatırımlarına tahsisini zorunluluk veya kaçınılmazlık hallerine özgüleyen belli ölçüt ve sınırlamalara yer verilmemesi nedeniyle itiraz konusu kanun kuralları Anayasa'nın 169. maddesine aykırıdır; iptali gerekir" denilmektedir.

Yine Anayasa Mahkemesi'nin işbu incelemeye konu olan 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesine yönelik 07.05.2007 tarih ve 2006/169 E. 2007/55 K. sayılı kararında Kanun'un 8. maddesinin C ve D fıkralarının itiraz konusu bölümlerinin incelenmesinde ise;

"Anayasa'nın 7. maddesinde "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez" denilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarında vurgulandığı üzere, Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayrıkturumlar dışında, yürütme organına kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir.

Bu çerçevede, Anayasa'nın 169. maddesinde, yasama organına, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koymak ve tedbirleri almak şeklinde bir görev ve sorumluluk yüklenmiş olduğu halde, itiraz konusu kanun kurallarında bu görev ve sorumluluğu karşılayan herhangi bir düzenlemeye yer verilmesi, Kanun'un 8. maddesinin C ve D fıkralarının kapsamına giren konularda yapılacak düzenlemelerin idarenin takdirine bırakılması nedenleriyle itiraz konusu kanun kuralları Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır; iptali gerekir" denilmektedir.

2634 sayılı Kanun'un 8. maddesinin ormanlar yönünden iptaline dek uzanan süreç, Antalya Barosu'nun Kültür ve Turizm Bakanlığı aleyhine "*Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmeliğin*" 7 ve 11/d maddesinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle açmış oldukları dava¹⁶ ile başlamıştır.

Antalya Barosu, davasını, temelde Anayasa Mahkemesi'nin 2002 yılında Orman Kanunu'nun 17/3. maddesini iptal eden kararında gösterilen, "kamu yararı" kavramının hangi durumları kapsadığının kanunla belirlenmesi gerektiği" savına¹⁷ dayandırmıştır. Bu temelden hareketle de turizm alan ve merkezlerindeki ormanların hiçbir çerçeve çizilmeksizin ilgili kuruluşlarca yatırımlarda tahsisi, kiralınması ve bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisinin hukuken olanaklı hale getirilmesinin yukarıda sözü geçen Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen ilkelere ve Anayasa'nın 169. maddesine aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüştür.

Başka bir anlatımla, davada, Turizmi Teşvik Kanunu'nda da ormanların turizm yatırımlarına tahsisinin Orman Kanunu'nda belirti-

¹⁶ Danıştay 6. Dairesi 05.12.2006 tarih E.2005/5371 sayılı yürütmeyi durdurma kararı

¹⁷ "Orman Kanunu'nun 17. maddesinin üçüncü fıkrasının ilk tümcesi uyarınca, Anayasa ile korunan ve yasaklanan alanlar, kapsam dışı bırakılmaksızın ve kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarda ilgili herhangi bir çerçeve çizilmeksizin, turizm alan ve merkezleri dışında kalan Devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesis yapılması için Orman Bakanlığı'na gerçek ve tüzel kişilere bedeli karşılığı izin verilebilmektedir. Bu durumda, orman arazilerinin bedeli karşılığında tahsisi için sadece kamu yararının varlığı yeterli görülmemekte, ancak bu kavramın sınırlarının belirlenmemesi ve çerçevesinin çizilmemesi nedeniyle idareye çok geniş takdir yetkisi tanınmış olmaktadır. Anayasa'nın 169. maddesinde öngörülen "kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz" tümcesine dayanılarak kamu yararının bulunduğu gerekçesiyle gerçek ve tüzel kişilere bina ve tesisler yapmak üzere orman arazileri tahsis edilemez.

len “kamu yararı” ve “zorunluluk” kriterlerine uyması gerektiği iddia edilmiştir. Zira, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu’nun 8. maddesi ile bu kurala aykırı bir düzenleme öngörüldüğü; orman alanlarının, Orman Kanunu’ndaki kurallara bile tabi kılınmadan ve hiçbir çerçeve çizilmeden Anayasa’nın 169. maddesine aykırı biçimde turizm yatırımlarına tahsisine olanak tanındığı vurgulanmıştır.

Yukarıda açıklanan gerekçeler doğrultusunda, Danıştay 6. Dairesi, bakmakta olduğu davada uygulanacak Kanunu, Anayasa’ya aykırı görmüş ve Turizmi Teşvik Kanunu’nun söz konusu maddesinin ormana ilişkin düzenlemelerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi, yapmış olduğu esas incelemesinde ormanların turizm yatırımlarını düzenleyen 8. maddesindeki düzenlemelerin Anayasa’ya aykırılığını değerlendirmiş ve davaya konu düzenlemeleri Anayasa’nın 7 ve 169. maddesine aykırı bulmuştur.¹⁸ Bu kararın dayandığı gerekçeleri de şu şekilde açıklamıştır:

- “Anayasa’nın 169. maddesinde, ormanların ülke yönünden taşıdığı büyük önem gözetilerek, korunmaları ve geliştirilmeleri konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu özel ve ayrıntılı düzenlemelerin ülkemizde orman örtüsünün sürekli yok edilmesi gerçeğinden kaynaklandığı kuşkusuzdur.
- Anayasa Mahkemesi’nin 17.12.2002 günlü, E.2000/75, K.2002/200 sayılı kararında da belirtildiği üzere, Devlet ormanlarının gerçek ve tüzel kişilere irtifak hakkı yoluyla tahsisi, karayolları, telefon, elektrik, su, gaz, petrol boru isale hatları, savunma tesisleri, sanatoryum gibi öncelikli kamu hizmetlerine ilişkin bina veya tesislerin orman arazileri üzerinde yapılması, kamu yararı ve zorunluluğunun bulunduğu hallerle sınırlıdır. Bu çerçevede, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde turizm yatırımları için de Devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı tesis edilebileceği kuşkusuzdur.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi 07.05.2007 tarih ve 2006/169 E. 2007/55 K. sayılı kararı. Konunun kapsamını daraltmak açısından 8. maddenin A, C ve D fıkralarına ilişkin iptal karar gerekçeleri birlikte ele alınmıştır. Kabul ve karşı oylar fıkrada düzenlemelerinde farklılık gösterdiğinden bu konuya girilmemiştir. Ancak, kararların oybirliği ile alınmayıp neredeyse eşite yakın bir biçimde alındığının da vurgulanması gereklidir.

- 2634 sayılı Kanun'un 8. maddesinin itiraz konusu bölümlerinde, orman arazilerinin turizm yatırımlarına tahsis edileceği ile ilgili genel bir çerçeve çizilmekle beraber, bu tahsisin hangi hallerde kaçınılmaz veya zorunlu sayılabileceğine dair herhangi bir ölçüte yer verilmemiştir. Bu bağlamda, turizmin teşvik edilmesinde kamu yararı bulunduğu ve zorunlu olduğu ölçüde *devlet orman alanlarının turizme tahsisinin gerektiği yadsınamazsa* da Anayasa'nın 169. maddesinde ormanların Devletçe korunmasına verilen özel önem ve uzun dönemdeki yaşamsal kamu yararı karşısında, bu tahsislerin hangi hallerde zorunlu sayılacağına da belirginleştirilmesi Anayasa'nın kanun koyucuya yüklediği bir görev olarak kabul edilmelidir.
- Bu açıklamalar çerçevesinde, ormanların korunmasına ilişkin Anayasa'nın 169. maddesindeki ilkeler doğrultusunda, turizm sektörünün özellik ve ihtiyaçlarını da dikkate alan ve ormanların turizm yatırımlarına tahsisini zorunluluk veya kaçınılmazlık hallerine özgüleyen belli ölçüt ve sınırlamalara yer verilmemesi nedeniyle itiraz konusu kanun kuralları Anayasa'nın 169. maddesine aykırıdır; iptali gerekir."

Aynı dava kapsamında 2634 sayılı Kanun'un 8. maddesinin C ve D fıkralarının Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olduğu da kabul edilmiştir.¹⁹

2634 sayılı Kanun'un orman alanlarının turizme tahsisine ilişkin düzenlemelerini iptal eden kararı 6 kabul 5 karşı oy ile alınmıştır. Bu

¹⁹ Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayırık durumlar dışında, yürütme organına kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir. Bu çerçevede, Anayasa'nın 169. maddesinde, yasama organına, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koymak ve tedbirleri almak şeklinde bir görev ve sorumluluk yüklenmiş olduğu halde, itiraz konusu kanun kurallarında bu görev ve sorumluluğu karşılayan herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesi, Kanunun 8. maddesinin C ve D fıkralarının kapsamına giren konularda yapılacak düzenlemelerin idarenin takdirine bırakılması nedenleriyle itiraz konusu kanun kuralları Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır; iptali gerekir. (dipnotlarınızın sonuna nokta koymayı unutmayın.)

kararda, 5 kişinin verdiği ve çok detaylı biçimde açıklanan karşı oy gerekçeleri de konunun geleceği açısından önem taşımaktadır. Bu gerekçeler şu şekilde sıralanabilir: Anayasa Mahkemesinde kararlar kabul ya da ret (doğrusu ret) şeklinde verilmez.

- “2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 1982 Anayasası’nın kabulünden önce kanunlaşmıştır. Anayasa metninde “turizm”le ilgili hiçbir ibare ve anlatıma yer verilmemesi, Anayasa koyucunun bu fiili olguyu kanun koyucunun takdir alanına bıraktığını göstermektedir. Bu yönü itibariyle, Turizmi Teşvik Kanunu’nu kabul edip yürürlüğe koyan iradenin, Anayasal ilkeler dışında hareket edebileceği savı yerinde değildir. Bu saptama dikkate alınmadan, Anayasa’nın 169. maddesinin salt “sözünden” hareketle yapılacak bir yorum sonucunun isabetli olmayacağı açıktır. Nitekim, Anayasa’nın bütününcü incelenmesinde, insana, çevreye, ormana “birbirine nazaran” üstün öncelikler tanımadığı, aksine her üçünün de dengeli ve uyumlu biçimde ele alınmış olduğu açıkça görülmektedir.
- İnsanların ormanlardan yararlanmalarının en etkili yolu, ormanlarda kamuya açık, denetimli turizm üniteleri yaratarak insanın doğayla baş başa kalmasını sağlayacak yöntemler geliştirmektir. Bunu yaparken koruma ve kullanma dengesini gözetmek ve sürdürülebilirliği hedeflemek insanın ruh ve beden sağlığına doğrudan katkı sağladığı gibi, bu yolla üstün bir “kamu yararı”nın gerçekleştirildiği de kuşkusuzdur.
- Anayasa Mahkemesi’nin 2002 tarihli iptal kararı “turizm alan ve merkezleri dışında kalan” devlet ormanlarında kamu yararına olan her türlü bina ve tesis yapımına ilişkindir ve bu dava konusuyla ayniyet gösteremeyeceği açıktır. Dolayısıyla, maddede sayılan bina ve tesislerin kamu yararı ve zorunluluk kriteri taşımaları gerekliliği, turizm alan ve merkezleri için geçerli olamaz.
- Bu meyanda 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu’nda öngörülenlerin dışında, 6831 sayılı Orman Kanunu, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, 3573 sayılı Zeytincilik Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu, 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu, 5403 sayılı Toprak Koruma Kanunu, 3621 sayılı Kıyı Kanunu’nda özel tahdit ve kayıtlamalar bulunmakta; ormanların turizme tahsisinde hem bu kanunlardaki sıkı kayıtlara hem de ilgili uluslararası söz-

leşme hükümleri göz önünde tutulmaktadır. Dolayısıyla 1. derece doğal ve arkeolojik sit alanları, 1. sınıf tarım alanları, milli parklar, sık orman sahaları (sadece bozuk orman niteliğindeki alanlar turizme tahsis edilebilmektedir), zeytinlikler vb. yerlerin turizm alanı olarak değerlendirilmeleri söz konusu değildir.

- Ekonomik kalkınmaya, planlı gelişmeye, istihdama, kültürel iletişim sayesinde insanın dünyaya katkısı ve dolayısıyla kamusal yararı kuşkusuz bulunan “turizm olgusunun”, asla dışlanmaması gerekir.
- Anayasa Mahkemesi’nin işaret edilen kararındaki “kamu yararı” ve “zorunluluk” kriterlerinin, ormanların turizme tahsisinde de gözetilmesi Anayasa’nın bütününe ve işaret edilen maddelerinin ruhuna uygun düşmeyecek bir yorum biçimidir. Bu yorum ile mefhumun muhalifinden çıkacak olan, bugüne kadar rastlanılmamış “zorunlu olmayan kamu yararı” ölçütü, kanun koyucu önüne her konuda kamu menfaatini tarttıran bir ölçü dışı takdir yetkisi getirmiş olacaktır ki, bunun da kabulü mümkün değildir.”

Karşı oy gerekçesinde önemli noktalara vurgu yapıldığı görülmektedir. Öncelikle Anayasa’nın insan, çevre ve orman olgusu arasında ayırım yapmadan bunların eşit öneme sahip olgular olduğu belirtilmiştir. İnsanın doğayla iç içe olması onu beden ve ruh bakımından geliştireceğinden burada üstün bir kamu yararının ortaya çıkacağına da altı çizilmiştir. Turizme tahsis edilebilecek orman alanları için kamu yararı ve zorunluluk kriterlerinin uygulanamayacağına belirtilmesi de önem arz etmektedir. Gerçekten de hangi faaliyetin kamu yararı içeren ve zorunlu bir faaliyet olduğu hangi faaliyetin ise zorunlu olmayan kamu yararı içeren faaliyetler olduğu gibi muğlak ölçütler ortaya çıkacak olması, belirlilik ilkesine de aykırılık oluşturacaktır.

4. 5761 sayılı Kanun ve Getirdikleri

2634 sayılı Kanun’un “Taşınmaz Malların Turizm Amaçlı Kullanımı” başlığını taşıyan ve Anayasa Mahkemesinin “ormanlar” yönünden iptaline karar vermiş olduğu 8. maddesinin A fıkrasının 1 numaralı bendi, 5761 sayılı Kanun’la²⁰ değişikliğe uğramıştır. Madde hükmü, iptal edilmeden önceki halinde “...turizme ayrılmış yerlerdeki taşınmaz

²⁰ 07.05.2008 tarihli Kanun

mallardan; Hazineye ait olan yerlerle ormanlar ilgili kuruluşlarca Bakanlığa tahsis edilir" biçimindedir.

5761 sayılı Kanun, ile bu düzenlemede önemli bir değişikliğe gidilmiş ve "Hazineye ait olan yerler Maliye Bakanlığı'nca, Bakanlığa tahsis edilir" denilmek suretiyle hazine arazileri ile ormanlar başlangıç aşamasında birbirinden ayrılmıştır. Bu düzenlemeyle orman alanlarını hazine arazileri ile eşdeğer tutan ve aynı özelliklere sahip olarak gören anlayış terkedilmiş gibi görülmektedir.

Kanun'un aynı bendinin devam eden cümlelerinde orman alanlarının tahsisi konusu da düzenlenmiştir. Burada, "...hazine mülkiyetinde yeterli alanın bulunmadığı durumlarda, 6831 sayılı Orman Kanunu'na göre orman sayılan yerlerin tahsisi" düzenlenmiştir. Kanun'un ifadesinden, turizm yatırımları için öncelikli olarak hazine arazilerinin kullanılması zorunluluğu getirildiği ancak yeterli alanın bulunmadığı durumlarda orman alanlarının tahsisinin mümkün olabileceği anlaşılmaktadır. Bu açıdan bakıldığında söz konusu düzenleme, Anayasa Mahkemesi kararlarına uyum gösteren bir anlayış sergilemektedir.

Tahsis edilecek orman alanına ilişkin bir diğer kriter, tahsise konu orman alanının büyüklüğüdür. Buna göre, turizme tahsis edilecek alan, il genelindeki orman sayılan yerlerin "binde beşini" geçemeyecektir. Orman alanlarının turizm tahsisinde kısıtlama getirmek suretiyle olası tahribatı engellemeye yönelik alansal bir büyüklük getirilmesi olumlu olarak karşılanmalıdır. Ancak, burada oranın büyüklüğü tartışmalıdır. Örneğin, 1.114.985 ha. orman varlığına sahip ve turizme tahsis edilen orman alanının bugünkü verilere göre binde iki olduğu Antalya'da, 5574 hektarlık alanın turizme tahsisi mümkün olacaktır. Yine turizm gelirleri açısından önemli paya sahip kıyı kentlerimizden olan Muğla'da 4200 ha, İzmir'de 2464 ha ve İstanbul'da 1200 hektar alanın turizme tahsisi söz konusudur. Dolayısıyla, kanunda yer alan binde beşlik oranın, turizm yatırımlarının kıyı şeridinde gerçekleştiği göz önüne alındığında azımsanmayacak bir değer olduğu ortadadır. Bu şehirlerde halihazırda turizm yatırımlarına tahsis edilmiş orman alanlarının²¹ varlığı da düşünüldüğünde, Kanun'un getireceği yapı yoğunluğunun katlanarak büyüyeceği de dikkate alınmalı ve söz konusu oran daha aşağı seviyelere çekilmelidir.

²¹ Orman Genel Müdürlüğü 2008 verilerine göre, Turizm Bakanlığına devredilen orman alanı 36.000 ha. civarındadır.

Kanun'un 2. maddesinin C ve D alt bentlerinde, Bakanlığın tasarrufuna geçen taşınmazları değerlendirme usul ve esaslarını düzenlenmiştir. Buna göre, söz konusu taşınmazların yatırımcılara tahsisi, kiralanmasına ilişkin esaslar, *"saydamlık, güvenilirlik, eşit muamele, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanımı ilkeleri doğrultusunda"* Bakanlıklar arası müştereken tespit edilecek ve bu taşınmazları, C fıkrasındaki şartlarla Türk ve yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilere tahsis etme, üzerlerinde irtifak hakkı kurma yetkisi Kültür ve Turizm Bakanlığı'nda olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin, 2634 sayılı Kanun'un 8. maddesindeki düzenlemeleri "ormanlar" yönünden iptal ederek bugün gelinen süreci başlatan kararında²² bu maddeler de itiraza ve incelemeye konu olmuş ve dava bu maddelerin iptali ile sonuçlanmıştır. Mahkeme, madde düzenlemesini *"Bakanlığa tanınan bu yetkinin nasıl kullanılacağı ile ilgili olarak Kanunda doğrudan bir düzenleme yapılmamış, konunun yönetmelikte düzenleneceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiş olması"* gerekçesiyle iptal etmiştir.

Kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa' da öngörülen ayrık durumlar dışında, yürütme organına kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun kuralının Anayasa'nın 7. maddesinde *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez"* şeklinde ifade edilen yasamanın devredilmezliği ilkesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir.²³ 5761 sayılı Kanunda yer alan biçimiyle, Bakanlığa tanınan yetkinin kullanım esaslarının belirlenmemesi, yapılacak düzenlemelerin idarenin takdirine bırakılması, Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır.

Turizmin teşvik edilmesinde kamu yararı bulunduğu ve zorunlu olduğu ölçüde devlet orman alanlarının turizme tahsisinin gerektiği yadsınamaz. Buradaki tahsisin zorunlu sayılacağı haller, Anayasa'nın

²² Anayasa Mahkemesi'nin 07.05.2007 tarihli ve E. 2006/169, K. 2007/55 sayılı kararı.

²³ Anayasa Mahkemesi'nin 07.05.2007 tarih ve E. 2006/169, K. 2007/55 sayılı kararı.

169. maddesinde ormanların Devletçe korunmasına verilen özel önem ve uzun dönemdeki yaşamsal kamu yararı karşısında tespit edilmelidir. Ancak, orman alanlarının turizme tahsisini düzenleyecek bu tespit işleminin gerçekleştirilmesi, “*yasama yetkisinin devredilmezliği*” ilkesiyle bağdaşmayacağından idareye bırakılmamalıdır.

Bu temel ilkeler çerçevesinde, 5761 sayılı “Turizmi Teşvik Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” un çeşitli açılardan Anayasaya aykırılıklar içerdiği görülmektedir. Kanun; iptal edilen önceki düzenlemeler ile “*amaç, anlam ve hatta kısmen de kapsam*” yönlerinden benzerlik içermesi nedeniyle Anayasa’nın 153. maddesine, tahsise ilişkin usul ve esasları belirleme işini tamamen idarenin takdirine bırakması ve kanun metninde bu görev ve sorumluluğu karşılayan herhangi bir düzenlemeye yer vermemesi ile Anayasa’nın 7. maddesine ve orman örtüsünün azalması gerçeğini göz ardı eden düzenlemeler içermesi nedeniyle de Anayasa’nın 169. maddesine aykırılık içermektedir. Bu iddialarla konu Anayasa Mahkemesi’nin önüne getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirme sonucunda ilgili maddelerin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemlerini reddetmiştir.²⁴

Anayasa Mahkemesi öncelikle Devlet ormanlarında irtifak hakkı kurabilmek için kamu yararının tek başına yeterli olamayacağını önceki içtihatlarına da atıfta bulunarak belirtmiş ve ayrıca kanunda belirtilen hizmetlerin ormanda yapılabilmesi için zorunluluk unsurunun da aranması gerektiğini belirtmiştir. Eğer kamu yararı ve zaruret bir arada bulunulursa orman alanlarının turizme yönelik tahsisinde Anayasa’nın 169. maddesiyle bağdaşmayan bir yönün olmayacağı da söylenmiştir.

Anayasa Mahkemesi orman alanlarının turizme tahsisinde kamu yararı olabileceğini, bunun ortaya koymak için izin verilirken koruma kullanma dengesinin gözetilmesinin uygun olacağını belirtmiştir. Hazine mülkiyetinde yeterli alan olmaması halinde tahsis yapılabileceği, bir il sınırları içinde toplam orman alanının en fazla binde 5’inin turizm yatırımlarına tahsisinin ön görülmüş olması, yapılaşmaya esas inşaat hakkının, emsal (E) 0.30’u geçemeyeceği hükmüne yer verilmiş

²⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 14.04.2011 tarih ve E.2008/51, K. 2011/46 sayılı kararı

olması ve tahsis edilen orman alanının üç katı kadar alan için ağaçlandırma bedeli ödeneceği gibi tedbirlere yer verilmesiyle koruma ve kullanma dengesinin gözetildiğini söylemiştir.

Yüksek Mahkeme, Anayasaya uygunluk denetiminin, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığını değil, koyulan kuralın kamu yararı dışında belli birey ya da grupların çıkarları gözetilerek kanunlaştırılmış olup olmadığını incelemek olduğunu belirtmiştir. 2634 sayılı Kanun'da yer alan turizm etkinliklerinin ormandan yararlanmaksızın amacına uygun şekilde gerçekleştirilemeyeceğini söylemiş ve bu çerçevede tahsisin zorunlu görüldüğü sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesi yukarıda sayılan nedenlerden ötürü kamu yararıyla hareket edilerek zorunluluk ve kaçınılmazlık ölçütlerinin karşılandığını belirtmiş ve iptal isteminin reddine karar vermiştir.

Özellikle Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu ilk incelemede ormanların turizm alanları için tahsisinde kamu yararını incelemiştir. Öncelikle görevinin kanun koyucunun kamu yararı anlayışının uygun olup olmadığını değerlendirmek olmadığını belirtmiştir. Daha sonra orman alanlarının tahsisinde zorunluluk ve kaçınılmazlık ilkelerine uygun hareket edildiğini söyleyerek, kanunda turizm faaliyetleri için yeterli hazine arazisi bulunmaması veya yalnızca kanunda öngörülen turizm alanları için orman alanlarının tahsisi gibi düzenlemelerle bunun sağlandığını söylemiş ve iptal istemini yerinde bulmamıştır. Ancak kanun incelendiğinde öngörülen turizm türlerinin çok geniş bir yelpazede olduğu görülmektedir. Bu da zorunluluk ve kaçınılmazlığın ne oranda karşılandığını tartışmaya açmaktadır.

Bugün gelinen noktada 7334 sayılı Kanun²⁵ ile 2634 sayılı Kanun'da yapılan değişiklik gündeme gelmiş ve kamuoyunda yine tartışılmaya başlanmıştır.

5. 7334 Sayılı Kanun ve Getirdikleri

2021 yılının Temmuz ayında Turizm Teşvik Kanunu'nda yine önemli değişiklikler yapılmıştır. Öncelikle değişen hükümet sistemiyle

²⁵ 18.07.2021-7334 sayılı Kanun.

eskiden bakanlar kuruluna ait bazı yetkiler Cumhurbaşkanı'na verilmiştir. Kültür ve Turizm Koruma ve Gelişim Bölgeleri ve Turizm Merkezleri ilan etme yetkisi artık Cumhurbaşkanı'ndadır. Kanun bunun yanında çeşitli değişiklikler de getirmektedir.

Bunlardan ilki Kültür ve Turizm Gelişim Bölgelerini tanımlayan, 3. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde yapılmıştır. Değişiklikten önce tarihi ve kültürel değerlerin yoğun olarak yer aldığı bölgeler, koruma kullanma dengesini gözeterek Kültür ve Turizm Gelişim bölgesi ilan edilebilirken, değişiklikle birlikte doğal değerlerin yoğun olarak bulunduğu yerler de bu kapsama alınmıştır. Bu ifade biraz muğlak kalmıştır. "Doğal değer" denilince ne anlaşılması gerektiği çok net değildir. Doğal değerlerin yalnızca göl vb. yerler mi olduğu yoksa her türlü orman alanlarının da mı böyle değerlendirileceği tam tanımlanmamıştır. Bu alanları ilan etme yetkisi de yukarıda da değinildiği gibi eskiden Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın önerisi üzerine Bakanlar Kurulu'ndayken, artık Cumhurbaşkanı'na geçmiştir.

Turizm merkezlerini tanımlayan Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde olmuştur. Kanun'un eski halinde kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri içinde veya dışında, öncelikle geliştirilmesi öngörülen yerler turizm merkezi olarak ayrılabilirdi. Daha sonra 8. maddede de taşınmaz malların turizm amaçlı kullanımından bahsederken hazineye ait yerlerle birlikte ormanların da tahsisine değiniliyordu. Yeni değişiklikle 3. maddedeki turizm merkezleri tanımı 8. maddeyi de kapsayacak şekilde değiştirilmiştir. Dolayısıyla her ne kadar tanım genişletilmiş gibi görünse de orman alanlarının turizm amaçlı tahsisi bakımından sonuç değişmemiştir. Gerek görüldüğünde orman alanları turizm amaçlı olarak eskisi gibi tahsis edilebilmektedir.

Bir başka önemli değişiklik Kanun'un 8. maddesinin (A) fıkrasına eklenen 4. bentle yapılmıştır. Buna göre "Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezleri ile bu bölge ve merkezlerin dışında olmakla birlikte denize kıyısı olan ilçelerde, Millî Parklar Kanunu gereğince tespit ve ilân edilen yerlerde, ilgili Bakanlıkça belirlenen ve üzerinde konaklama tesisi bulunan veya konaklama tesisi yapılması uygun görülen alanları yatırımcılara tahsis etmeye sadece Bakanlık yetkilidir. Bu yerlerde lüks çadır, çadır ve karavan alanı yapılması ve işletilmesi amacıyla yapılacak kiralama hariç ilgili kurumlarca

konaklama içeren tesis yapılması amacıyla kiralama veya tahsis yapılamaz, izin verilemez” denmiştir. Böylece milli parklarda bulunan konaklama tesisleri turizm amaçlı olarak yatırımcılara tahsis edilebilecektir. Bunun yanında konaklama tesisi yapılması için alan tahsisi de söz konusu olabilecektir. Her ne kadar kanunun ifadesi biraz muğlak kalsa da bu tahsisleri yapmaya Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Bunun dışında Orman Genel Müdürlüğü vb. kurumların bu alanlarda tahsiste bulunma yetkisi bulunmamaktadır.

Ormanlık alanları etkileyen bir diğer madde, Turizm Teşvik Kanunu’nun Ek-5. maddesinde değişiklik yapan 16. maddedir. Eskiden kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ile turizm merkezleri içinde konaklamaya uygun tesislerin turizm amacıyla tahsisine izin verilirken, bu maddeyle artık bu alanların içinde olmasa dahi denize kıyısı olan yerlerde yine bu amaçla tahsise izin verileceği belirtilmiştir. Ayrıca bina tahsisinin yanında, çadır, lüks çadır ve karavan parkları için de alanların yine aynı yerlerde tahsis edilebileceği belirtilmiştir. Burada aslında kullanım amacı değişmemekte yalnızca ilgili bakanlık değişmekte yetki Kültür ve Turizm Bakanlığı’na geçmektedir.

6. Sonuç

7334 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler yine aslında bir nevi geriye dönüştür. Ormanlık alanların turizm amaçlı tahsisini 1987’de yapılan değişiklikle neredeyse aynı yöndedir. Cumhurbaşkanlığı tarafından ilan edilmiş olan turizm merkezlerinde veya bu alanların dışındaki denize kıyısı olan yerlerde turizm faaliyetleri için tahsisin önü açılmıştır. Gerçi maddeler dikkatli incelendiğinde yapılan değişiklik doğrudan sonucu değiştirmemektedir. Çünkü eğer turizme elverişli bir orman alanı varsa, bu zaten turizm merkezi tanımı gereği Cumhurbaşkanı tarafından turizme tahsis edilebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin gerek 2002, gerekse 2007 yılında vermiş olduğu kararlarda, orman alanlarının hangi amaçlarla tahsis edilebileceği vurgulanmıştır. Bunları vurgularken de ormanların sürekli tehdit altında olduğunun ve korunmasının özel öneme sahip olduğunun da altını çizmiştir. Elbette devlet ormanlarının da turizme tahsisi zorunluğu ortaya çıkabilir. Ancak Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında bu zorunluluğun hangi hallerde var kabul edileceğinin altının doldu-

rulması gerektiğini belirtmiştir. Başka bir deyişle orman alanlarının turizme tahsislerinde zorunluluk ve kaçınılmazlığın belli ölçüt ve sınırlamalara oturtulması gerektiği söylenmiştir. Bu yüzden de 2634 sayılı Kanun'un ilgili maddesini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.

Ancak Anayasa Mahkemesi 2011 yılında vermiş olduğu kararda, bir nevi içtihat değişikliğine gitmiş ve 5761 sayılı Kanun'un ilgili maddelerini iptal etmemiştir. Önceki kararlarında turizme tahsisin hangi durumlarda zorunlu kabul edileceğinin muğlak oluşunu iptal nedeni sayarken, 2011 yılında Hazine mülkiyetinde yeterli alanın bulunmaması, il içinde orman alanının yalnızca binde 5'inin tahsis edilebileceği, yapılaşmaya esas inşaat hakkının emsal 0.30'u geçmeyeceği, kanunda ifade edilen turizm faaliyetlerinin ancak ormanlarda ifa edilebileceği gibi tedbirlerin bu muğlaklığı giderdiği sonucuna varmıştır.

7334 sayılı Kanun'da da yine benzer bir düzenleme vardır. Hem turizm alanlarında hem de bu alanların dışında kalan deniz kıyısındaki ormanların turizm amaçlı tahsisine izin verilmiştir. Kanun'un lafzından yalnızca orman içinde bulunan konaklamaya uygun binaların tahsisine izin verileceği belirtilmiş olsa da karavan, lüks çadır ve çadır alanları denilerek düzenlemeyi genişletmiştir.

Ayrıca turizm merkezi tanımının gerek görüldüğünde kamu yararı olduğundan bahisle orman vasfını taşıyan yerleri de kapsayacak şekilde genişletilebilmesi orman alanlarında bir daralmaya yol açabilecektir. Bunun yanında düzenlemenin hem turizm merkezleri hem de turizm merkezleri dışında bu amaçla tahsise izin vermesi Anayasa'nın 169. maddesinde belirtilen "orman alanlarının daraltılmayacağı" ilkesine de aykırılık olarak nitelenebilir.

Anayasa Mahkemesi'nin 7334 sayılı Kanun'un ormanlarla ilgili düzenlemelerini 2011'dekine benzer şekilde hareket ederse, zorunluluk ve kaçınılmazlık kriterlerinin altının zaten dolduğunu düşünerek iptal istemini reddedebileceği düşünülmektedir. Ancak Mahkemenin 2011 yılında yapmış olduğu değerlendirme turizm bölgeleri için yapılmıştı. 7334 sayılı Kanun ise turizm bölgeleri dışındaki ormanlarda da tahsise izin veren düzenlemeler içermektedir. Mahkeme, 2011 yılında yapılan değerlendirmede bir turizm faaliyeti zorunlu olarak o alanda gerçekleşebilecekse bu durumda orman alanının tahsisinin Anayasa'ya aykırı olmayacağını belirtmişti. Eğer bir turizm faaliyeti

belirli bir bölgede yapılması zorunluysa o alanın zaten turizm merkezi olarak belirlenmiş olması gerekir. Böyle bir alanda yapılacak tahsis de Anayasa'ya aykırı olmayacaktır. Ancak 7334 sayılı Kanun ve 2011 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı birlikte incelendiğinde, turizm alanları dışında olup da turistik faaliyet için zorunlu bir alanın varlığı düşünülmekte ve buradaki orman alanının veya orman içindeki bir tesisin tahsis edilebileceği anlaşılmaktadır. Fakat bir yerde turizm faaliyeti zorunluysa o alan zaten turizm merkezi olarak belirlenmiş olmalıdır. Eğer bir orman alanı turizm merkezi dışındaysa, zaten o yerde turistik faaliyet için bir zorunluluktan bahsedilemez. Bu yüzden Anayasa Mahkemesi'nin, turizm merkezi dışındaki alanlar ifadesi nedeniyle, maddeyi, Anayasa'nın 169. maddesine aykırılıktan dolayı iptal etmesi de ihtimal dahilindedir.

Sonuç olarak; sağladığı gelir, yarattığı istihdam ile “kamu yararı”na hizmet ettiği kuşkusuz olan “turizm olgusunun” dikkatle planlanması gerektiği açıktır”. Bu planlama dahilinde orman alanlarından yararlanılmasının da zorunlu olabileceği yadsınamaz. Ancak, orman alanlarının tahsisinin planlamasında kesinlikle vazgeçilemeyecek ve Anayasal güvence altında bulunan temel ilkeler söz konusudur. *Anayasa'nın 169. maddesinde, ormanların ülke yönünden taşıdığı büyük önem gözetilerek, korunmaları ve geliştirilmeleri konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu özel ve ayrıntılı düzenlemelerin ülkemizde orman örtüsünün sürekli yok edilmesi gerçeğinden kaynaklandığı kuşkusuzdur. Anayasa'nın 169. maddesinin birinci fıkrası gereğince Devlet, doğal kaynaklarımızın en önemlilerinden birisi olan ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gereken tedbirleri alıp kanun koymak ve bütün ormanların gözetimi ödevini yerine getirmek durumundadır.*

Bu nedenle orman alanlarının ormancılık amaçları dışındaki faaliyetlere tahsisinde bu ilkelere uygun hareket etme zorunluluğu açıktır ve bu ilkelere esasında Anayasa Mahkemesi'nin 2634 sayılı Kanuna ilişkin 2007 tarihli kararının gerekçesinde tam olarak ifade edilmiştir.

Kaynakça

Kitaplar

- Cin Halil, (1980). Türk Hukukunda Mer'a, Yaylak Ve Kışlaklar, Ankara.
Düren Akın, (1975). İdare Malları, Sevinç Matbaası, Ankara.

Onar Sıddık Sami, (1960). İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt I,II, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.

Makaleler

Akesen Aytuğ, (1983) "Ulusal Doğa ve Doğa Kaynakları Koruma Sistemimizin Temel Öğeleri", *Tabiat ve İnsan*, Yıl 7, S.1.

Atık, Meryem, Altan, Türker Altan ve Artar, Mustafa, (2006). Turizm Ve Doğa Koruma "Güney Antalya Bölgesi": Gelişmeler ve Sonuçları. *Akdeniz Üniversitesi Ziraat Fakültesi Dergisi*, 19(2), 165-177.

Doğanay Ümit (1975), "Orman ve Orman Toprağı Üzerinde Mülkiyet." *Journal of the Faculty of Forestry Istanbul University* 25.1 (1975): 1-11.

Güloğlu Yavuz. (2015). Ormanların Turizm Amaçlı Tahsisinin İdari İşlemin Unsurları Bakımından Değerlendirilmesi. *Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 10(4), 45-55.

Kuvan Yalçın, (2005). Ormanların Turizm Yatırımlarına Tahsisi (Antalya-Belek Örneği). *Journal of the Faculty of Forestry Istanbul University*, 55(1), 67-83.

Şimşek Suat, (2011). Orman Sayılan Alanlarda Orman Dışı Amaçlarla İrtifak Hakkı Tesisinin Kamu Yararı Açısından Değerlendirilmesi. *Sayıştay Dergisi*, (81), 63-90.

Bildiriler

Aydın- Coşkun Aynur, (2009). Orman Arazisinden Yararlanma Hakları Orman Kanunu Ve Turizmi Teşvik Kanununa Yönelik Hukuksal Bir Analiz. Ormanlıkta Sosyo-Ekonomik Sorunlar Kongresi.

İnternet Kaynakları

TÜRSAB, (2020). Son Verilerle Türkiye Turizm İstatistikleri Raporu, Kasım 2020, sayı: 2, <https://www.tursab.org.tr/assets/assets/uploads/istatistik/kasim-2020-tursab-istatistik-rapor.pdf> (Ziyaret tarihi: 22.10.2021).

Diğer Yayınlar

Ayanoğlu, Sedat, (1988). Orman Mülkiyetinin Hukuksal Temelleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü.

FATURA DÜZENLEME SÜRESİ İLE İLGİLİ HAZİNE VE MALİYE BAKANLIĞI'NA VERİLEN YETKİNİN ANAYASAL AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF THE AUTHORITY GIVEN TO THE MINISTRY
OF TREASURY AND FINANCE REGARDING THE
DURATION OF INVOICE ARRANGMENT ACCORDING TO
CONSTITUTIONAL APPROACH

Özgür BİYAN*
Güneş YILMAZ**

Özet: Vergi hukukunun en önemli temel ilkelerinden biri olan kanunilik ilkesi gereği vergilendirmenin asli unsurlarının kanun yoluyla düzenlenmesi şarttır. Bu unsurlardan biri de Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ve doktrinde genel kabul gördüğü üzere “süreler”dir. Vergi hukukunda belge düzeni ile ilgili de pek çok süre belirlenmiştir. Bunların başında gelen fatura düzenleme süresi ile ilgili yakın zamanda yapılan kanuni değişikliklerle, yedi günlük standart sürenin çeşitli kriterler çerçevesinde kısaltılabilmesine yönelik Hazine ve Maliye Bakanlığı'na kanun koyucu tarafından yetki verilmiştir. Bu çalışmada fatura düzenleme süresi ile ilgili olarak bahsi geçen Bakanlığa verilen yetki anayasal ilkeler olan hukuki belirlilik ve eşitlik ilkeleri açısından literatürdeki görüşler ve yargı kararları çerçevesinde irdelenmektedir. Söz konusu yetki detaylıca incelendiğinde sonuçları itibarıyla hukuki belirlilik ve eşitlik ilkeleri açısından tartışmaları durumlara mahal verebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Çalışma kapsamında hukuki belirlilik ve eşitlik ilkesi açısından verilen yetkinin tartışmalı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Süre, Vergileme, Fatura Düzenleme, Hukuki Belirlilik, Eşitlik, Yetki

Abstract: In accordance with the principle of legality, which is one of the most important basic principles of tax law, it is important that the essential elements of taxation is regulated by law. One of these elements is “durations” as it is generally accepted in the doctrine. In tax law, many durations have been determined for document regime. With the recent legislative amendment regard-

* Doç. Dr., Bandırma Onyediy Eylül Üniversitesi İİBF Maliye Bölümü, obiyar@bandirma.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0804-9963

** Prof. Dr., Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi İİBF Maliye Bölümü, gunes.yilmaz@alanya.edu.tr; ORCID: 0000-0002-1005-2950, Makalenin Gönderim Tarihi: 21.01.2022, Kabul Tarihi: 01.04.2022

ing the billing period, which is one of document regimes, the Ministry of Treasury and Finance has been authorized by the legislator to shorten the standard seven-day-period within the framework of various criteria. In this study, the authority given to the Ministry regarding the billing period is examined in terms of legal certainty and equality, which are constitutional principles, within the framework of opinions in literature and judicial decisions. When this mentioned authority is examined in detail, it has been concluded that it can lead to discussions in terms of legal certainty and equality principles. Within the scope of the study, it has been concluded that the authority given is controversial in terms of legal certainty and the principle of equality.

Keywords: Duration, Taxation, The Principle of Certainty, The Principle of Equality, Authority

JEL Classification Codes: K34, K10, K30, K40

GİRİŞ

Ticari yaşamın en temel belgesi niteliğine sahip olan fatura, vergi hukuku açısından da aynı öneme sahiptir. Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) detaylıca düzenleme altına alınan fatura "satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari vesika" olarak tanımlanmıştır.¹ Dolayısıyla fatura VUK açısından bir mal satışı ve hizmet ifası sırasında, yapılan işlemin borç miktarını gösteren en önemli belge ve ispat aracıdır. Bu nedenle aynı Kanun kapsamında faturanın şekli (m.230), nizamı (m.231), kullanma mecburiyeti kapsamındaki kişiler (m.232) düzenleme altına alınmış, hatta fatura yerine geçen belgeler dahi ayrıca belirtilmiştir.²

Fatura ile ilgili en önemli hususlardan biri "düzenleme süresi" dir. Fatura düzenleme süresi faturanın geçerli sayılması açısından son derece büyük bir öneme sahiptir. Zira süresinde düzenlenmeyen fatura "hiç düzenlenmemiş" sayılmaktadır (VUK m231). Kanundaki bu katı yaklaşım, söz konusu süreye uygulamada çok dikkat edilmesini gerektirmektedir. Fatura düzenleme süresi 2004 yılından bu yana "yedi

¹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu uyarınca da "ticari işletmesi bağlamında bir mal satmış, üretmiş, bir iş görmüş veya bir menfaat sağlamış olan tacirden, diğer taraf, kendisine bir fatura verilmesini ve bedeli ödenmiş ise bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir" (TTK m.21). RG, 27846/14.02.2011.

² Nitekim gider pusulası (VUK m.234), müstahsil makbuzu (VUK m.235) fatura yerine geçen belgelerdir.

gün” olarak uygulanmaktadır.³ Bu sürenin farklı şekillerde uygulanabilmesine yönelik 7318 sayılı “Vergi Usul Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”⁴ ile Hazine ve Maliye Bakanlığı’na yetki verilmiştir. Dolayısıyla bu süre, ilgili Bakanlığın yetkileri kapsamında artık farklı şekillerde fatura düzenleme süreleri olarak uygulanabilecektir. Bu yetkinin nasıl kullanılacağı ve uygulamada ne gibi sonuçlar doğuracağı zaman içinde gözlemlenebilecek olmakla birlikte, verilen yetkinin Anayasal açıdan olası sonuçları hususunda bazı öngörülerde bulunmak mümkündür. Bu çalışmada, söz konusu düzenlemenin, özellikle “hukuki güvenlik ve eşitlik ilkeleri” bağlamında nasıl konumlandırılacağı ve bu bakımdan yaratabileceği tartışmalı sonuçlar ortaya konulmuştur. Bu bağlamda öncelikle söz konusu süre hususunda Hazine ve Maliye Bakanlığı’na yetki veren yeni düzenlemeye kısaca yer verilecek, ardından özellikle vergi hukukunda ve vergilendirme açısından “süreler” konusunun önemi temelinde, bahsi geçen anayasal vergileme ilkeleri ışığında, verilen bu yetkinin sonuçları üzerinde değerlendirmelerde bulunulacaktır.

1. FATURA DÜZENLEME SÜRESİNE YÖNELİK HAZİNE VE MALİYE BAKANLIĞINA VERİLEN YETKİ

7318 sayılı Kanun ile VUK’un “Fatura Nizamı” başlıklı 231. maddesinin (5) numaralı bendi şu şekilde değiştirilmiştir: “Fatura, malın teslimi veya hizmetin yapıldığı tarihten itibaren azami yedi gün içinde düzenlenir. Hazine ve Maliye Bakanlığı; mal veya hizmetin nevi, miktarı, fiyatı, tutarı, satışın yapılma şekli, faaliyet konusu, sektör veya mükellefiyet türünü ayrı ayrı veya birlikte dikkate alarak, bu süreyi indirmeye ya da faturanın malın teslim edildiği veya hizmetin yapıldığı anda düzenlenmesi zorunluluğu getirmeye yetkilidir. Bu süreler içerisinde düzenlenmeyen faturalar hiç düzenlenmemiş sayılır”.

Akaryakıt kaçakçılığı ile mücadele amacıyla düzenlenen söz konusu Kanun’un fatura düzenleme süresi ile ilgili gerekçesinde “*Vergi Usul Kanunu’nun fatura nizamına ilişkin maddesine eklenen düzenleme ile hâlihazırda Kanun gereği mal teslimi ya da hizmetin ifasından itibaren 7 gün*

³ Bu süre 5035 sayılı Kanun (RG, 25334/02.01.2004, mükerrer) ile değiştirilmeden evvel on gün idi.

⁴ RG, 31470/30.04.2021.

içinde düzenlenmesi gereken faturanın, vergi güvenliğini sağlamak ve kayıt dışı ekonomi ile etkin bir şekilde mücadele etmek amacıyla, Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından, mal veya hizmetin nev'i, miktarı, fiyatı, tutarı, satışın yapılma şekli, faaliyet konusu, sektör veya mükellefiyet türü dikkate alınarak belirlenen durumlarda 7 günden daha kısa sürede ya da malın teslim edildiği veya hizmetin yapıldığı anda düzenlenmesine imkân tanınmaktadır" (TBMM, Plan Bütçe Komisyonu Raporu)⁵ şeklinde ifadelere yer verilmiştir. Dolayısıyla anlaşılacağı üzere kanun koyucunun temel amacı, akaryakıt kaçakçılığı ile mücadeledir ve bu bağlamda buna uygun olarak fatura düzenleme sürelerinde farklı ihtiyaçlara yönelik idare tarafından hızlı ve kolayca hareket edilebilmesine de fırsat yaratılmaktadır. İlgili düzenleme lafzî yorum ile detaylıca analiz edildiğinde Hazine ve Maliye Bakanlığı fatura düzenleme sürelerini belirlerken;

a) Mal veya hizmetin türüne, b) Mal veya hizmetin miktarına, c) Mal veya hizmetin fiyatına, ç) Mal veya hizmetin tutarına, d) Satışın yapılma şekline, e) Faaliyet konusuna, f) Sektöre veya g) Mükellefiyet türüne göre ayrı ayrı veya birlikte dikkate alarak, bu süreyi indirmeye ya da faturanın malın teslim edildiği veya hizmetin yapıldığı anda düzenlenmesi zorunluluğu getirmeye yetkili olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

1.1. Mal veya Hizmetin Türü, Miktarı, Fiyatı, Tutarı Ayrımı

Hazine ve Maliye Bakanlığı'na verilen yetkinin ilk ayrımı, mal veya hizmetler ile ilgilidir. Malın veya hizmetin türü, miktarı, fiyat veya tutar ayrımı sürelerin kısaltılabilmesi için kriter olarak alınabilecektir. Mal veya hizmetin söz konusu kriterler açısından nasıl bir ayrıma tabi tutulacağı maddede açık değildir. Bu konuda inisiyatif Bakanlıktadır. Örneğin, dayanıklı-dayanıksız mallar, sosyal-kültürel mallar, temel tüketim malları, gıda, kırtasiye, tekstil, kozmetik, elektronik, beyaz eşya vb. pek çok ayrım yapmak mümkündür. Aynı şekilde konaklama, eğitim, sağlık, bakım, onarım vb. ana hizmet ayrımları da yapılabilir.

Mal veya hizmetin miktarı da belirleyici kriter ya da kriterlerden biri olabilir. Miktar ifadesi kilogram, ton, m³, litre, adet gibi mal satış-

⁵ TBMM, Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı:260, s. 7-8, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss260.pdf>, (Erişim tarihi: 03.05.2021).

ları sırasında kullanılan ölçü ya da ölçütlere göre belirleme yapılabileceğini ortaya koymaktadır. Yine aynı şekilde malın veya hizmetin belirli bir fiyatın üstünde olması ya da miktarı da kriter olarak dikkate alınabilir ki, burada TL cinsinden ya da dövizli ödeme yapılma ayrımı yapılması dahi mümkündür. Bu kriterlerden biri ya da birkaçı belirleyici olabilir. Bu durumda belirttiğimiz “mal, hizmet, tür, miktar, fiyat, tutar” ayrımlarının her biri açısından ayrı ayrı veya birlikte, fatura düzenleme süresi Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenebilecektir.

1.2. Satışın Yapılma Şekli

Kanuni düzenleme ile verilen yetki uyarınca mal veya hizmet satışlarının yapılma şekline göre bir ayırım yapılması da mümkündür. Satışın elektronik ortamda yapılması, yüz yüze yapılması, kargo yoluyla gerçekleştirilmesi, ihracat şeklinde yapılması, icra ya da müzayedeye yoluyla satış yapılması, konsinye ya da alivre satış olması, vadeli ya da peşin gerçekleştirilmesi gibi pek çok faktör de fatura düzenleme sürelerinin belirleyicileri olabilecektir.

1.3. Faaliyet Konusu ve Sektör Ayrımı

Fatura düzenleme süresinin belirlenmesi hususunda verilen yetki ile ilgili diğer farklı hususlardan biri de faaliyet konusudur. Dolayısıyla fatura düzenlemek zorunda olan kişilerin faaliyet konuları da belirleyici olabilecektir. Örneğin tarımsal faaliyetler, sınıî faaliyetler gibi ana başlıklar halinde ayırım yapılabileceği gibi sektör bazında da ayrımlar yapmak mümkündür. Tarım, hayvancılık, balıkçılık, ormancılık ve madencilik, gayrimenkul, enerji, inşaat, ulaşım, turizm, akaryakıt, sağlık sektörü gibi ayrımlara göre de fatura düzenleme süresi kısaltılabilecektir.

1.4. Mükellefiyet Türü Ayrımı

Hazine ve Maliye Bakanlığının yetkisini kullanabileceği bir başka ayırım ise, mükellefiyet türlerine yöneliktir. Tam ve dar mükellefiyet gibi ana sınıflandırmalar yapmak mümkün olabileceği gibi, gerçek usulde vergilendirilenler, birinci sınıf tacirler, kurumlar vergisi mükellefleri, sermaye şirketleri gibi belirleyici ayrımlara kadar inilebilmesi mümkün olacaktır. Bu olası ayrımlara göre fatura düzenleme sürelerinde farklılıklar ortaya çıkabilecektir.

1.5. Mal Teslimi veya Hizmetin Yapıldığı An Düzenlenmesi

Hazine ve Maliye Bakanlığı yukarıdaki ayrımları dikkate alarak fatura düzenleme süresini “anlık” olarak uygulatabilecektir. Değişiklik sonrası “*faturanın malın teslim edildiği veya hizmetin yapıldığı anda düzenlenmesi zorunluluğu getirmeye*” yönelik verilen yetki, yedi günlük sürenin dikkate alınmaksızın mal veya hizmet satışının yapıldığı an düzenlenmesini zorunlu hale getirilmesine olanak tanımaktadır. Böyle bir durumda mükelleflerin artık süresi olmayacak ve hemen fatura düzenlemek zorunlu olacaktır. Malın teslim anı ya da hizmetin yapıldığı an fatura düzenlenmesi zorunlu olacağından Katma Değer Vergisi Kanunu’ndaki “*malın tesliminden veya hizmetin yapılmasından önce fatura veya benzeri belgeler verilmesi halleri*” (m.10/b) gibi vergiyi doğuran olaya yönelik farklılıklar da önemini kaybedebilecektir.

2. VERGİ HUKUKUNDA SÜRELERİN VERGİLENDİRME UNSURLARI AÇISINDAN ANAYASAL KONUMU

2.1. Anayasal İlkeler Açısından Genel Durumun Tespiti

Vergilendirme işlemlerinin temelini oluşturan vergiyi doğuran olay, verginin konusu, mükellef, vergi sorumlusu, ödeme zamanları gibi asli unsurlar, Anayasa’nın (RG, 17863/09.11.1982, (mükerrer)) 73. maddesi gereği “...*kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır*”. Vergilendirmedeki söz konusu kurucu temel öge ya da unsurların yasa ile konulması esas olmakla birlikte, “*vergi ödevine ve vergi yöntemine ilişkin tüm düzenlemelerin*” de yasalarda yer alması yasallık ilkesinin gereğidir.⁶ Başka bir soru şekli ile konuya giriş yapmak gerekirse acaba “süreler” de verginin asli temel ögesi midir? Nitekim bu sorunun cevabı hem vergi hukuku bakımından hem de Anayasal vergileme ilkeleri bağlamında konunun konumlandırılması açısından son derece mühimdir.

Doktrindeki genel kabule göre, verginin asli temel öğeleri (ya da temel kurucu unsurları) “verginin konusu, vergiyi doğuran olay, vergi yükümlüsü, matrah ve oran” olarak belirtilmektedir. Böylece sıralanmış olduğumuz verginin temel kurucu ya da asli öğelerinin yasa ile

⁶ Gülsen Güneş, Verginin Yasallığı İlkesi, 12 Levha Yayınları, Temmuz 2008, s.118.

konulması gerekliliği, Anayasal bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Üstelik söz konusu yasallık/kanunilik ilkesi, yalnızca temel kurucu öğelerin yasa ile konulmasını değil, aynı zamanda vergiden doğan ödev ve yöntem ilişkilerinin de verginin asli temel öğelerini tamamlayan öğeler olarak yasa ile düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır.⁷ Daha açık bir ifadeyle, vergilemede yasallık/kanunilik ilkesinin temel çerçevesi mali yük konulması, değiştirilmesi, kaldırılması kapsamında hukuk devletinde Anayasal bir güvence sunarken, aynı zamanda vergiden doğan ödev ve yöntem ilişkilerinin de yasal bir alt yapıda işlenmesini sağlamaktadır.⁸

Hal böyleyken gerek verginin asli/kurucu temel öğeleri, gerekse vergisel ödevleri ve yöntem ilişkilerini belirleyen temel öğeler topyekûn verginin yahut vergi ödevinin asli temel/ana kurucu öğelerini oluşturmaktadır⁹ ve tüm bu asli temel öğeler ile vergisel ödevleri ve yöntem ilişkilerini belirleyen tamamlayıcı öğeler, Anayasa bakımından yasa ile düzenlenmelidir. Bu bakımdan da “süre” unsu-

⁷ AYM'nin 2004 yılında verdiği bir kararda da belirtildiği üzere, “... bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olunmaması için vergiyi doğuran olay, matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil, yaptırım ve zamanlaşımı gibi vergilendirmenin temel öğelerinin yasalarla belirlenmesi gerekir.” (AYM, E.2004/14, K.2004/84, RG. 22.10.2005 - 25974, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim: 10.06.2021). Yine 2014 tarihli bir kararında da AYM, “Bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olmaması için, vergilendirmede, vergiyi doğuran olayın ve vergilerin matrah ve oranlarının, yukarı ve aşağı sınırlarının, tarh ve tahakkuklarının, tahsil usullerinin, yaptırımlarının ve zamanlaşımı gibi belli başlı temel öğelerinin kanunlarla belirlenmesi gerekir. Ancak, kanun ile her konuyu bütün kapsam ve ayrıntılarıyla düzenlemenin olanaklı bulunmadığı durumlarda çerçevesi çizilerek bu sınırlar içinde kalmak koşuluyla uygulamaya ilişkin konularda yürütme organına açıklayıcı ve tamamlayıcı nitelikte düzenleyici idari işlem yapma yetkisi verilebilir.” AYM, bu açıklamaları ile hem asli temel öğelerin yasa ile düzenlenmesi gerektiği konusunda net tavır ortaya koymuş, hem de idareye ancak ve ancak asli temel öğelere ilişkin “açıklayıcı ve tamamlayıcı nitelikte” idari düzenleyici işlem yapabileceği açıklamasında bulunmuştur (AYM, E. 2014/183, K.2015/122, R.G. 13.01.2016-29592, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim: 11.06.2021).

⁸ Adnan Gerçek ve Diğerleri, “Vergilemenin Anayasal Temellerinin Çeşitli Ülkeler Açısından Karşılaştırılması ve Türkiye İçin Çıkarımlar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 63, Sayı:1, 2014, s. 91.

⁹ Güneş, s.117-118; AYM 1989 yılında verdiği bir kararında temel kurucu/asli öğeleri, “... vergiyi doğuran olay, matrah ve oran öğelerinin vergiye dayanak oluşturduğunu...” vurgulamak suretiyle belirlemiştir (AYM E.1989/6, K.1989/42, 07/11/1989 RG tarihli kararı, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim: 11.06.2021).

ru, genel kabule istinaden verginin temel asli unsurları arasında yer almayan ve fakat vergisel ödevlerin ve ilişkilerin temelini oluşturan öğeler arasında yer almaktadır. Dolayısıyla da verginin temel kurucu (asli) unsur/öğelerinin mütemmim cüzi olarak kategorize edilebilecek unsur ya da öğelerden olan "süre" konusunun da yasa ile belirlenmesi esastır.¹⁰ Nitekim yükümlülere güven veren yasallık ilkesi, vergi yönetiminde de kararlılık sağlamakta, herkesi eşit biçimde kapsamına alan bir yurttaşlık görevinin göstergesini oluşturmaktadır.¹¹ Öyle ki, vergi hukukunda önemli bir yer tutan mükelleflere yönelik ödevlerle ilgili süreler de çoğunlukla Kanunla düzenlenmiştir. Bu süreler mükellef bakımından aynı zamanda belirlilik ilkesine uygun olarak da koruma sağlar ki bu, hukuk devleti ilkesi açısından da bir zorunluluktur.¹² Bu bağlamda Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenmiş olan hukuk devletinin en temel ilkelerinden birisi de belirlilik ilkesidir.¹³ Belirlilik ilkesi, yasama organının idareye (yürütme organına) devrettiği vergilerin bazı unsurlarında değişiklikler yapma yetkisine ilişkin çerçevenin, anayasal kurallar doğrultusunda çizilmiş olmasını gerektirir.¹⁴ Yani belirlilik ilkesi gereği vergilendirme yetkisi hukuki esaslara dayanmalı ve verginin temel unsurları kanunla düzenlenerek, keyfi ve

¹⁰ AYM kararlarında yer alan şu açıklama ve tespitlerle, hem yasallık ilkesinin neyi ifade ettiği, hem de mali yükümlülüğün asli unsurları ifadesinden nelerin anlaşılması gerektiği açıkça ortaya konulmaktadır: "Kanun koyucunun yalnız konusunu belli ederek bir malî yükümlün ilgililere yükletilmesine izin vermesi, bunun kanunla konulmuş sayılabilmesi için yeterli bir neden değildir. Malî yükümlerin yükümlülere, matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları ve zamanasını gibi çeşitli yönleri vardır ve tüm bu yönleri dolayısıyla, kanunla yeterince çerçevelenmemişse, kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını, hatta temel haklarını etkileyecek keyfi uygulamalara yol açılabilmesi olasıdır. Bu bakımdan mali yükümler belli başlı öğeleri de açıklanarak ve çerçeveleri keskin çizgilerle belirtilerek kesinlikle kanunlarla düzenlenmelidir." (AYM, E.1977/109, K.1977/131, R.G. 08.03.1978- 16222; AYM, E.1976/54, K.1977/8, R.G. 08.05.1977-15931, AYM, E.1986/20, K.1987/9, R.G. 28.05.1987 -19473, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim: 10.06.2021).

¹¹ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı, E: 2020/992, K: 2021/160, <https://karararama.danistay.gov.tr/getDokuman?id=647637300&arananKelime=yurtta%C5%9F1%C4%B1k%20g%C3%B6revi>, (Erişim tarihi: 02.05.2021).

¹² Özgür Biyan, Mali Hukuk Açısından Mücbir Sebep, Legal Yayınları, İstanbul, 2020, s.135.

¹³ Abdulkadir Gülçür, "AHİM ve Türk Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı:1, s.162.

¹⁴ Nami Çağan, Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982, s.173.

muğlak hükümlerden uzak olmalıdır. Diğer bir ifadeyle bu ilke, bireylerin ve vatandaşların hukuk kurallarını önceden bilmesine ve böylece eylem ve işlemlerini belirlenen bu hukuk kuralları çerçevesinde güvenle yapmalarına fırsat vermektedir. Yasal düzenlemelerin bireylerin ve idarenin yapmış olduğu işlemleri aksatmayacak ve duraksatmayacak biçimde açık, anlaşılır ve uygulanabilir biçimde olması belirlilik ilkesinin vazgeçilmez kuralıdır.¹⁵ Vergilemede belirlilik ilkesi, idarenin keyfilikliğini ortadan kaldırmakta ve mükellefin kanunlara daha çok hâkim olması, yaptığı işlemlerin nedeni ile ortaya çıkacak sonucu önceden bilmesi açısından önem arz etmektedir. Belirlilik ilkesi çerçevesinde vergilendirme yetkisi hukukî kurallara dayanmalı, verginin temel unsurları kanunla düzenlenerek, idarenin keyfi davranışlarından uzak olunmalıdır.¹⁶ Böylece mükellefler, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını yasadan belirli bir kesinlik içinde bilebilir ve mükellef ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlayabilir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi de kararlarında vergilemede belirlilik ilkesini, *“vergi yükümlülüğünün hem kişiler hem de idare yönünden belirli ve kesin olmasını, kanun metinlerinin, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesini gerektirir. Buna göre matrah, tarh ve tahsil zamanı ve yöntemi, verginin tarh ve tahsiline yetkili idare ile muafiyet ve istisna hükümleri gibi vergi ve benzeri diğer kamu alacaklarının esaslı unsurlarına ilişkin düzenlemeler makul bir düzeyde öngörülebilir nitelikte olmalıdır.”* şeklinde açıklayarak belirliliğin muhteviyatı konusunda net açıklamalarda bulunmuştur.¹⁷

¹⁵ Gül den ŞİŞMAN, “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Vergi Hukukunda Öngörülebilirlik”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı:4, 2016, s.2429.

¹⁶ Gerçek ve Diğerleri, s.91.

¹⁷ AYM, E.2019/53, K.2019/75, 19/9/2019; AYM E.2014/72, K.2014/141, 11/9/2014; AYM, E.2020/15, K.2020/78, 24/12/2020, R.G.25/04/2021-31468. “Anayasa Mahkemesi birçok kararında belirlilik ilkesinin yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade ettiğini, yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliklere ilişkin gereklilikleri karşılaması şartıyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirliliğin sağlanabileceğini, asıl olanın muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığı olduğunu vurgulamıştır.” (AYM, E.2017/21,

2.2. Vergi Kanunlarında Kanuni Süre ve İdari Süre Ayrımı

İlk ifade etmemiz gereken, vergilendirme sürecine ilişkin olarak “sürelerin” çoğunlukla yasa ile belirlendiği hususudur. Dolayısıyla vergilendirme açısından aslolanın kanuni/yasal süreler olduğu rahatlıkla söylenebilir. Bu süreler kural itibarıyla idare tarafından da değiştirilemez niteliktedir¹⁸ ve kamu düzenini sağlama fonksiyonuna sahiptir.¹⁹

Vergi hukukundaki bu temel kural VUK'da da özel olarak yer almıştır. Söz konusu Kanun'un “Kanuni ve İdari Süreler” başlıklı 14. maddesi uyarınca “*Vergi muamelelerinde süreler vergi kanunları ile belli edilir*” hükmü bu sonucun açık göstergesidir. İlgili maddede idarenin ancak “*Kanunda açıkça yazılı olmayan hallerde...*” süre konusunda yetki kullanabileceği de ifade edilmektedir. Buradaki “kanun” kelimesi VUK ile VUK hükümlerine tabi vergi, resim ve harç kanunlarını kapsamaktadır (VUK m.3).

VUK'ta genel kuralı düzenleyen 14. maddenin başlığı “kanuni ve idari süreler” olduğundan çalışma kapsamında konuyu “kanuni süre ile idari süre” kavramları üzerinden değerlendirmek yerinde olacaktır.²⁰ Nitekim çalışmanın önceki kısımlarında da bahsedildiği üzere, VUK hükümlerine tabi vergi, resim, harç kanunlarında açıkça belirtilerek yer alan süreler “kanuni süreler”dir ve vergi hukukunda “yasallık ilkesi” gereği kanunda açıkça belirtilmiş bir süre var ise, bu süre hak-

K.2020/77,24/12/2020, R.G. 08/04/2021-31448).

¹⁸ Selim Kaneti ve Diğerleri, Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s.150; Yusuf Karakoç, Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017 s.267; Öncel ve Diğerleri, s.120.

¹⁹ Doğan Şenyüz ve Diğerleri, Vergi Hukuku, 12.b., Ekin Kitabevi, Bursa, 2021, s.228.

²⁰ Konunun dağılmaması açısından bir idari usul kodu olan VUK'ta yer alan “süre” düzenlemesi bağlamında ayırım yapılarak izah yolu tercih edilmiştir. Oysa hukukta süreler, öngörüldüğü hukuk kolu, sürenin muhatapları, sınırları, hukuki nitelikleri ve yarattıkları hukuksal sonuçlar itibarıyla aşağıda belirtileceği üzere çok çeşitli şekillerde sınıflandırılabilirler. Buna göre;

- Sürelerin takdiri olup olmasına göre: Kesin veya değişken süreler.
- Sürenin yöneldikleri muhataplara göre: İdareye veya işlemlerin muhataplarına yönelik süreler.
- Sürelerin sonuçlarına göre: Zamanaşımı süreleri ve hak düşürücü süreler.
- Sürelerin alt ve üst sınırına göre: Asgari veya azami süreler.
- Sürenin uzatılıp uzatılmayacağına göre: Olağan veya ek süreler.
- Sürenin niteliğine göre: Sınırlandırıcı, hızlandırıcı ve koruyucu süreler. Bkz. Doğan Şenyüz, “Vergi İncelemesinde Zaman Bakımından Yetki”. *TAAD*, Yıl: 11, Sayı: 43 (Temmuz 2020), s.250.

kında Cumhurbaşkanına dahi değiştirme yetkisi verilmesi mümkün değildir (Anayasa md73/4). Bu noktada kanunda açıkça yer alandan farklı süre/ler belirlenecek ise, yine kanun düzenlemesine ihtiyaç vardır. Bu konu, malum olduğu üzere tartışmaya dahi açık değildir. Ancak VUK'da ifadesini bulan "idari süre" kavramı ile kastedilen nedir ve bu tür için de aynı değerlendirme yapılabilir mi?

Bahsi geçen idari süreler, idare tarafından belirlenen sürelerdir.²¹ İdari süreler, idarenin, kanundaki yetkilere dayanarak vermek zorunluluğunda oldukları süreleri ifade etmekle birlikte, süreyi veren organa göre "idari süre veya yargısal süre" olarak adlandırılmaktadır. Bu sürelerin özelliği ise, kanuni sürelerdekinden farklı olarak, bir sorumluluk yaratmak veya hak düşürmekten çok, mükellef veya ilgililerin bazı işlemlerinin yapılması veya bilgi edinmeleri için, idare veya yargı organlarının kendilerine zaman verilmesidir.²² Esasen kanuni süreler gibi idari ve yargısal süreler de kanundan gücünü alan sürelerdir. Yalnızca sonuçlarının tayini, tespiti ve kullandırılması yetkisi, kanuni sürelerin aksine, idare veya yargı organına bırakılmaktadır.²³ Bu hususun vergi işlemleri açısından yasal dayanağını da yukarıda bahsi geçen VUK md. 14'ün 2. fıkrası oluşturmaktadır. Buna göre, VUK, "Kanunda açıkça yazılı olmayan hallerde, 15 günden aşağı olmamak şartıyla bu süreyi, ...idare belirler..." düzenlemesine yer vermek suretiyle, Kanunda açıkça yer almayan veya belirtilmeyen süreler bakımından idareye verdiği yetkiyi, mükellef ya da sorumluları zora sokmaması açısından, 15 günden aşağı olmayacak şekilde kullanabileceği şeklinde bir alt sınır koymak suretiyle genel kural olarak ortaya koymuştur. Dolayısıyla buradan VUK'un süreler konusundaki genel hükmü, kanuni ve idari süreler açısından genel kuralını açıkça kaleme almıştır. Başka bir ifadeyle, hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkesi bağlamında konu değerlendirildiğinde, vergi hukukunda asıl olanın "...sürelerin vergi kanunları ile belli edilmesi" olduğu ve fakat kanunda bir süreye yer verilmemişse, idarenin alt sınırı yine VUK'da açıkça belirtilen süreden (15 gün) daha fazla bir süreyi belirleyebileceğidir. Bu bakımdan genel kural, Anayasal vergileme ilkeleri göz önünde tutulduğunda, sürenin

²¹ Mualla Öncel ve Diğerleri, Vergi Hukuku, 23.b. Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s.111.

²² Akif Erginay, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 1988, 13. Baskı, s.99

²³ Doğan Şenyüz ve Diğerleri, s.232.

vergi kanunlarında belli edilmesi, şayet bu belli edilmemiş ve idareye süre belirleme yetkisi verilmişse, bu yetkinin de 15 günden az olmaması gerektiğidir.

VUK bakımından sürelerle ilişkin genel düzenleme ve belirleme “kanuni ve idari süre” bağlamında tanımlanarak ifade edilse de yine VUK’un süreye ilişkin özel hükümleri ile maddi vergi hukukunun bu konuya ilişkin hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, vergi hukukunda süre konusunda daha girift ve çeşitli ayrımlara gidilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Yani süreler konusunun salt “kanuni ve idari süre” üst başlığı altında ele alınması yetersizdir ve eksik değerlendirmeleri beraberinde getirebilmektedir. Veyahut konuyu kategorize etmek ve açıklamak son derece zor hale gelmeye başlamaktadır. Dolayısıyla konu gerek doktrin gerekse usul hukuku ile maddi hukuk bağlamında topyekûn ele alınarak değerlendirilmek zorundadır. Bu şekilde bir belirlemenin yarattığı alan içerisinde, “kanuni, idari ve yargısal süreler” konusundaki alt ayırımın ve bu sürelerin yer aldığı sınıflandırmanın “organik sınıflandırma” başlığı altında ele alınarak açıklandığı söylenebilir.²⁴

Bahsi geçen durumlardan ötürü bu sınıflandırma yanında doktrinde süre konusunun “hukuki niteliklerine²⁵ göre, yöneldikleri kişilere göre²⁶ ve yer aldıkları vergi hukuku kollarına göre²⁷” olmak üzere sınıflandırma yapılarak konunun ele alındığı görülmektedir. Öyle ki Vergi Hukukunda süre ve sürelerin sınıflandırılması hususunda yapılan bu açıklama ve tespitler, çalışma konusu olan “fatura düzenleme süresi” konusundaki düzenlemelerin vergi usul hukuku açısından konumlan-

²⁴ Nami Çağan, Vergi Hukukunda Süreler, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s.15-21.

²⁵ Hukuki niteliklerine göre sınıflandırılmasına süreler, “Hak düşürücü süreler, Vergi ödevleri ile ilgili süreler, Müsamaha süreleri, Zamanaşımı süreleri, Düzenleyici süreler şeklinde ayrılarak tanımlanmaktadır (Çağan, Vergi Hukukunda Süreler, s.26-34; Karakoç, 2017:258-260). Aynı muhteviyatta farklı bir tasniflendirme için bkz. (Doğan Şenyüz ve Diğerleri, 2020:232-243).

²⁶ Yöneldikleri kişilere göre sınıflandırılmasına göre süreler, “Vergi Yükümlüleri ve Sorumluları için konulan süreler, İdare için konulan süreler, Yargı organı için konulan süreler” şeklinde ayırma tabi tutularak tanımlanmaktadır (Çağan, Vergi Hukukunda Süreler, s.23-25).

²⁷ Sürelerin yer aldıkları vergi hukuku kollarına göre sınıflandırılması, “şekli vergi hukukunda süreler, maddi vergi hukukunda süreler ve vergi ceza hukukunda süreler” başlıklarına göre tanımlanmaktadır (Çağan, Vergi Hukukunda Süreler, s.38-40).

dırılmasına ve bu vesile ile de konunun Anayasal vergileme ilkeleri açısından değerlendirilmesine hizmet etmesi bakımından son derece önemlidir.

2.3. Fatura Düzenleme Süresi Özelinde Bazı Tespitler

Hal böyleyken “fatura düzenleme süresinin” mükellef açısından etkisi ve önemi nedir? Ya da mükellef bu süreye uygun hareket ettiği/etmediği takdirde ne gibi hukukî sonuçlarla karşı karşıya kalacaktır?

Vergi Hukukunda “süre” konusunda çalışmanın önceki bölümlerinde yapılan ilk belirleme, vergiye ilişkin temel kurucu öğeler olan verginin konusu, vergiyi doğuran olay, matrah, vergi yükümlüsü, oran, tarh yöntemi gibi öğelerin yanı sıra vergiden doğan ödev ve yöntem ilişkilerinin de verginin asli temel öğelerini tamamlayan öğeler olarak yasa ile düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır ki “süre” konusu bu nitelikte olması hasebiyle yasa ile düzenlenmesi gereken bir unsurdur. Dolayısıyla Anayasal vergileme ilkeleri bağlamında vergilendirme işlemlerinde “süre” konusunun da vergi yasası ile belirlenmesi (yasallık ilkesi gereği) şarttır. Bu belirlemenin ulaştığı noktada, mükellef açısından adil bir vergileme sisteminden ve sürecinden bahsedilmesine ön ayak oluşturacak olan “belirlilik ilkesi” karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu bu ilke ile, elbette yalnızca yasal belirlilik değil, daha kapsamlı bir niteliğe sahip olan “hukuki belirlilik” ifade edilmektedir. Nitekim hukuki belirlilik ilkesi ile kastedilen, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.²⁸ Bu ilke hukuki güvenlik ilkesi ile doğrudan bağlantılıdır.²⁹

Bu ilkeler uyarınca *matrah, tarh ve tahsil zamanı ve yöntemi, verginin tarh ve tahsiline yetkili idare ile muafiyet ve istisna hükümleri gibi vergi ve benzeri diğer kamu alacaklarının esaslı unsurlarına ilişkin düzen-*

²⁸ AYM, 23.12.2015, 15-118; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2020/7766, K:2021/4217, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2021/764, K:2021/7863, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>); AYM, E: 2014/183, K: 2015/122, R.G. 13.01.2016 - 29592

²⁹ AYM, E:2019/53, K:2019/75, R.G.12/11/2019-30946. Belirlilik ilkesi ile ilgili olarak AYM, ... yasanın şeklen var olmasının yeterli olmadığını, yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerektiğini açıkça ifade etmektedir (AYM E:2020/15, K:2020/78, R.G. 28/4/2021-31468).

lemeler *öngörülebilir nitelikte* olmalıdır.³⁰ Vergi hukuku bakımından geçerli ve son derece önemli olan bu ilke ve belirlemeler “süreler” konusunda da geçerlidir.

Kısaca vergi hukukunda “süreler” de vergilendirmede asli temel öğeleri tamamlayıcı nitelikte olan, vergisel ödevleri ve yöntem ilişkilerini belirleyici mahiyettedir ve her iki kategorideki öğenin de yasa ile düzenlenmesi ve yukarıda bahsi geçen genel olarak hukuki güvenlik ve özel olarak belirlilik ilkeleri bakımından mükelleflerin süreye ilişkin olarak hukuk kurallarını önceden bilmeleri, tutum ve davranışlarını bu kurallar nazarında güvenle belirlemeleri ile mümkündür. Sonuçta bu ilke uyarınca, yasal düzenlemelerin kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması gerekmektedir.

Bu noktada akla gelebilecek soru, vergi hukukunda “süreler” konusu, vergi alanında ayrıntılarıyla düzenlemesinin olanaklı bulunmadığı hallerden midir? Daha ayrıntılı bir ifadeyle, “süreler” acaba vergilendirmede uygulamaya, tekniğe ve uzmanlığa ilişkin konulardan olup, yürütme organına düzenleyici idarî işlemlerde bulunma yetkisinin verildiği ve böyle bir durumda yasallık ilkesi ile belirlilik ilkesinin zedelenmediği konular arasında kategorize edilebilir mi?

Bu soru için yapabileceğimiz ilk tespit ve buna ilişkin ilk cevap esasen çalışmanın önceki kısımlarında izah edilmeye çalışılmıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere, “süreler”, vergilendirmede asli temel/ kurucu öğeleri tamamlayıcı nitelikte olan, vergisel ödevleri ve yöntem ilişkilerini belirleyici mahiyettedir. Dolayısıyla vergi hukukunda asıl olan “süreler” konusunda yasal düzenlemeye gereksinim duyulduğudur. Ancak Anayasa Mahkemesi³¹ kararlarında da belirtildiği üzere,

³⁰ AYM, E.2019/53, K.2019/75, 19/9/2019; E.2014/72, K.2014/141, 11/9/2014. AYM, E:2020/15, K: 2020/78, R.G. 28/4/2021-31468; AYM, E: 2019/106, K:2019/100, R.G. 14.02.2020/31039.

Yine başka tarihli kararlarında AYM aynı yönde şu açıklamalarda bulunmuştur: “Vergi alacaklısı olan devleti vergi alacağını takip etme ve harekete geçirme konusunda itici bir güç olan zamanaşımı, vergilendirmenin temel öğeleri arasındadır ve süre geçmesi suretiyle vergi alacağının kalkması sonucunu doğurur. Bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olunması için vergiyi doğuran olay, matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil, yaptırım gibi vergilendirmenin temel öğelerinden olan zamanaşımının da yasalarla belirlenmesi gerekir.” (AYM, E: 2006/124, K: 2009/146, R.G. 08.01.2010-27456; AYM, E: 2004/14, K: 2004/84, R.G. 22.10.2005/25974).

³¹ AYM, E: 1996/49, K: 1996/46, R.G. 02.12.2000-24248; AYM, E: 2010/62, K:

yasama organı ancak vergi alanına giren konuları ayrıntılarıyla düzenlemesinin olanaklı bulunmadığı hallerde ve yine vergilendirmenin temel öğelerini belirlemek koşuluyla, “uygulamaya, tekniğe ve uzmanlığa ilişkin konularda” yürütme organına düzenleyici idarî işlemlerde bulunma yetkisi verebilmektedir. Üstelik yürütme organına verilen bu yetkinin, kati suretle vergilendirmenin temel öğelerine ilişkin olmayıp, yasayla getirilen düzenlemeyi açıklayıcı ve tamamlayıcı nitelikte olması da gerekmektedir.

Bu tespitimizin ardından verebileceğimiz ikinci cevap ve yapabileceğimiz ikinci tespit, hem yukarıda kaleme aldığımız ilk sorunun, hem de buradaki sorumuzun çözümlenmesi niteliğinde olacaktır. Yani “süreler” konusunda yürütme organına (ya da Cumhurbaşkanına) belirleme yetkisi verilmesi, “yasallık ilkesi ve özeldede belirlilik ilkesi”ni zedelemekte midir?

Öncelikle vergilendirmenin temel kurucu öğelerini tamamlayıcı ve vergiden doğan ödev ve yöntem ilişkilerini düzenleyici nitelikte olan “süreler” konusunda yürütme organına yetki verilmesinin söz konusu ilkeler açısından sakıncaları olduğu ifade edilmelidir. Nitekim “süreler”, temel kurucu ya da asli unsurların tamamlayıcısı niteliği ile vergi mükelleflerinin hukuki durumlarını etkileyebilmekte ve/veya değiştirebilmektedir. Şöyle ki, yasa ile kesin olarak belirlenmemiş ve tespit edilmemiş bir süre, örneğin “vergiyi doğuran olayın” meydana gelme dönemini ve dolayısıyla kişinin yükümlü haline gelme durumunu ve beyanname verme dönemi ile ödeme dönemlerini etkileyebilmesi bakımından vergilendirme açısından önemli sonuçlar doğurabilmektedir. Bu da mükellef açısından riskli bir durum ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir.

VUK’un “Fatura Nizamı” başlıklı 231/.5. maddesinde fatura düzenlenmesi konusunda genel süre “azami (en çok) 7 gün” olarak açıkça belirlenmiştir. Yani malın teslimi veya hizmetin yapıldığı tarihten itibaren azami (en çok) 7 gün içinde fatura düzenlenmek zorundadır. Bu ifadenin lafzına göre, malı teslim eden veya hizmeti sunan taraf, faturayı isterse teslim ve ifa anında, isterse 1. günde, isterse de 7. günde

2011/175, R.G. 19.05.2012-28297; AYM, E: 2003/33, K: 2004/101, R.G. 02.03.2005 - 25743 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?KelimeAra%5B%5D=uygulamaya%2C+tekni%C4%9Fe+ve+uzmanl%C4%B1%C4%9Fa+>).

düzenleyebilecektir. Bu konuda VUK, mükellefe seçimlik hak vererek, teslim ve ifadan itibaren en geç 7. gün olacak şekilde, ilgili teslim ve ifaya ilişkin faturayı düzenleme hak ve sorumluluğunu vermekte ve uygulamada yaşanabilecek hayatın olağan akışı içinde meydana gelebilecek beklenmeyen sebepler ortaya çıkabileceği ihtimali ile bir zaman tanımaktadır.

Nitekim Hazine ve Maliye Bakanlığı, VUK'un kendisine tanıdığı yeni yetkiyi 531 Sıra No'lu VUK Genel Tebliği (RG, 31586/02.09.2021) ile kullanmış ve ilgili tebliğin "Fatura düzenleme süresi" başlıklı 4. maddesinde, akaryakıt ve LPG teslimlerine ilişkin belirli mükellefler için faturanın "teslim anında düzenlenmesi"ne yönelik kendisine verilen yetkiyi kullanmıştır. Aynı maddenin devamında ise, alımdan vazgeçilmesi ya da söz konusu teslimlere ilişkin olarak düzenlenen faturada gösterilen miktardan daha az akaryakıt ve LPG teslim edilmesi halinde, uygulamanın nasıl olması gerektiğini de düzenleme altına almıştır. Bir diğer deyişle, Bakanlık "anında düzenlenen" fatura nedeniyle hayatın olağan akışı içinde fiili teslim miktarı ile fatura arasında bir tutarsızlık (mesela eksik miktarda akaryakıt teslimi) olması durumunun da olabileceğinin farkındadır. Dolayısıyla "anında" fatura düzenlenmesinin zorunlu olması, arkasından bazı sorunları da beraberinde getirmiştir. Eğer genel kural gereği yedi günlük süre dikkate alınsaydı, bu tür hatalar kolaylıkla tolere edilebileceğinden ve fatura sonradan düzenlenebileceğinden, gerçek işleme uygun olarak revize edilerek düzenlenebilirdi. Oysa teslim anında düzenlenme zorunluluğunun hayatın olağan akışı içinde problem yaratabileceği, idarenin de farkında olduğu bir durumdur ki, bu husus bir önceki kısımda ifade etmeye çalıştığımız "hayatın olağan akışı içinde meydana gelebilecek beklenmeyen sebepler ortaya çıkabileceği ihtimali"nin kanun tarafından göz ardı edilmesine sebep olmuştur. Bakanlık söz konusu tebliğde çözüm olarak "alıcının fatura keserek" hesapları kapatmasını uygun görmüştür. Bu durumda fatura açıklamasında daha önce yapılan satışa ilişkin faturanın tarih ve numarası yanında açık bir şekilde "alımdan vazgeçilmesi" durumu" ya da "daha az akaryakıt" teslim edildiği serh düşünülmelidir.³²

³² Tebliğde önerilen bu çözüm de başka bir çalışma konusu oluşturabilecek mahiyettedir. Burada bu ayrıntıya girilmeyecektir.

Vergi hukukunun süreye ilişkin teorik veri ve ilkeleri perspektifinden “fatura düzenleme süresi”nin yasal/kanuni süre kategorisine girdiği açıktır. Diğer taraftan “fatura düzenleme süresi”, genel olarak süreler sınıflandırmasında hukuki niteliklerine göre “*vergi ödevleri ile ilgili sürelerdendir*”; ayrıca yöneldikleri kişilere göre fatura düzenleme süresini “*vergi yükümlülükleri ve sorumlulukları için konulan süreler*” içinde değerlendirmemiz uygun iken, sürelerin yer aldıkları vergi hukuku kollarına göre ise “*şekli vergi hukukunda süreler*” alt başlığında konumlandırılmamız gerekmektedir.

2.4. Hazine ve Maliye Bakanlığına Verilen Yetkinin Yasallık İlkesi ve Belirlilik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi

VUK’un 231. maddesinde 7318 sayılı Kanun ile “*Hazine ve Maliye Bakanlığı; mal veya hizmetin nev’i, miktarı, fiyatı, tutarı, satışın yapılma şekli, faaliyet konusu, sektör veya mükellefiyet türünü ayrı ayrı veya birlikte dikkate alarak, bu süreyi indirmeye ya da faturanın malın teslim edildiği veya hizmetin yapıldığı anda düzenlenmesi zorunluluğu getirmeye yetkilidir.*” ibaresi eklenmek suretiyle, idareye genel süre dışında özel olarak bir süre belirleme yetkisi verilmiştir. Yeni eklenen cümlelerin lafzından anlaşıldığı üzere, 7 günlük *azami sürenin altında olacak şekilde*, mal veya hizmetin nev’i, miktarı, fiyatı, tutarı, satışın yapılma şekli, faaliyet konusu, sektör veya mükellefiyet türünü ayrı ayrı veya birlikte dikkate alarak, ilgili Bakanlık bir süre belirleyebilecektir. Bu noktada akla, yasallık/kanunilik ilkesi bakımından durum nasıl değerlendirilmelidir? sorusu gelmektedir.

Çalışmanın önceki bölümlerinde yapılan açıklamalar ışığında bu yetki ile ilgili ifade edilebilecek ilk tespit, hukuk devleti ilkesinin, vergi kanunlarında belirsiz, birden çok anlamı olan, içeriği bulunmayan kavramların kullanımını engellediği³³ yönünde olmalıdır. İkinci tespit ya da soru ise yeni düzenleme sonucunda uygulamada karşılaşacağımız durumun ne olacağıdır. Şöyle ki, genel olarak fatura düzenleme süresi olan “azami 7 günün” dışında, yasanın ilgili maddesinden anlaşılacak şekilde, “*mal veya hizmet türü, miktarı, fiyatı, tutarı, satışın yapılma şekli, faaliyet konusu, sektör veya mükellefiyet türünü ayrı ayrı veya birlikte dikkate alarak*” bir ya da birden çok farklı parametreye göre

³³ Çağan, Vergilendirme Yetkisi, s.172.

farklı fatura düzenleme sürelerinin idare tarafından belirlenebilmesi mümkün olacaktır. Üstelik "tür, miktar, fiyat, tutar, satış şekli, sektör, konu veya mükellefiyet türü" şeklindeki son derece geniş ve türlü belirsizlikleri ihtiva edecek şekilde idareye "fatura düzenleme süresini belirleme" bakımından verilen yetkinin, hukuki güvenliği ve dolayısıyla belirliliği zedelediği söylenebilir.

Böyle bir düzenleme mükelleflerin ki, tüm ticari işletme, sermaye ve şahıs şirketleri ile gerçek mükellefleri ve iktisadi müesseseleri ilgilendirmektedir, hangi durum, olay, mal, satış vs. durumunda ya da karşısında, genel fatura düzenleme süresinden farklı bir fatura düzenleme süresi ile yükümlü oldukları konusunu önceden bil(e)meme-leri sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Yani ilgili yeni yasa düzenlemesi "açık, net, anlaşılır ve nesnel" olmaktan uzaktır. Üstelik şayet mükellef birden fazla faaliyet konusunda, birden fazla mal ve hizmet türünde ticari işlerini yürütmekte ise, her bir farklı faaliyet konusu ve farklı mal/hizmet türü açısından farklı fatura düzenleme süresi ile muhatap dahi olabilecektir. Bu da yasa hükmünün "uygulanabilirliğini" ortadan kaldıracaktır. Dahası daha evvel de belirttiğimiz üzere ve Anayasa Mahkemesinin de özenle vurguladığı gibi, kanun metnlerinin yükümlülüğün ve buna ilişkin asli unsurların, kişiler ve idare yönünden belirli ve kesin olmasını, kanun metnlerinin ilgililerin belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini sağlayacak şekilde kaleme alınmasını gerektirmektedir. Bu noktada yeni düzenleme ile birlikte, fatura düzenleme süresi konusunda asgari 7 günlük genel süre dışında, "hangi konuda, hangi mal/hizmet türünde, hangi faaliyet konusunda, hangi satış türünde, hangi fiyat ya da tutarda olduğu belirli olmaksızın, yani öngörülmesi mümkün olmayacak" bir metin hukuk alemine girmiştir.

Daha önce de çok kez vurguladığımız gibi "fatura düzenleme süresi", vergilendirmenin asli unsurlarını tamamlayıcı nitelikte ve ayrıca yükümlülerin vergi ödevleri ile ilgili, şekli vergi hukukundan doğan sürelerdendir ve bu niteliği ve mahiyeti ile, yükümlüler açısından önemli sonuçlar³⁴ doğurmaktadır ve süreye uyulmaması neti-

³⁴ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin, "mükellefin fatura düzenlenmemesi nedeniyle KDV ve gelir vergisi stopajı yönünden zarara uğradığı, ... fatura gönderilmediğinden KDV mahsubu yapamadığını, gider olarak gösterememesi nedeniyle de fazla gelir vergisi ödemek zorunda kaldığı" yönündeki çekişmeli olaya ilişkin

cesinde³⁵ cezai müeyyide (özel usulsüzlük cezası) doğurabilmektedir. Üstelik faturanın düzenlendiği gün, KDV açısından da verginin doğduğu gün olması sebebiyle yükümlülüğün ve vergilendirme sürecinin başlangıcını oluşturması bakımından önem arz etmektedir. Tüm bu tespit ve izahlar kanun metninin belirlilikten uzak olduğunu ortaya koymaktadır. Üstelik belirlilik ilkesini tamamlayan “öngörülebilirlik ilkesi” de bireylerin kanunda düzenlenmiş olan hükümleri, kendileri açısından nasıl bir sonuç doğuracağını önceden tahmin edebilecek şekilde düzenlemelerini gerektirir. Bu durum neticesinde, çalışma konumuzu oluşturan madde hükmünün bahsi geçen tüm bu ilkeleri karşılamaktan uzak olduğu aşikardır. Yapılan kanuni düzenlemedeki gibi belirsiz bir yetki verilmesi yerine, akaryakıt sektöründe yer alan mükelleflere yönelik özel bir fatura düzenleme süresinin kanunda yer alması çok daha uygun olabilirdi.

2.5. Fatura Düzenleme Süresinin Eşitlik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi

Genel olarak fatura düzenleme süresi olan “azami 7 günün” dışında, yasanın ilgili maddesinden anlaşılamayacak şekilde, “mal veya hizmet türü, miktarı, fiyatı, tutarı, satışın yapılma şekli, faaliyet konusu, sektör veya mükellefiyet türünü ayrı ayrı veya birlikte dikkate alarak” bir ya da birden çok farklı parametreye göre, farklı fatura düzenleme sürelerinin idare tarafından belirlenebilmesini sağlayan hüküm, Anayasal vergileme ilkelerinden “eşitlik ilkesi” bakımından neyi ifade etmektedir? Ya da eşitlik ilkesini zedeler bir durum ortaya çıkar mı?

İlk olarak Anayasa bakımından eşitlik ilkesi (md.10) ve bunun vergilendirme üzerindeki anlamı üzerinde durulmasında fayda vardır. O halde, genel manasıyla yasa/kanun önünde eşitlik, kanunların getirdiği kamusal haklar ve yükümler bakımından eşitlik anlamına gelmektedir. Bu açıdan aynı durumda bulunan kişilerin kanun karşısında hak ve yüküm bakımından eşit durumda bulunması, Anayasa gereğidir.³⁶

değerlendirmelerini içeren kararı buna örnek olarak gösterilebilir (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E:2012/1578, K: 2012/6820).

³⁵ VUK gereği, süresinde düzenlenmeyen faturalar hiç düzenlenmemiş sayılır (VUK md.231).

³⁶ Ahmet Kumrulu, “Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 1979, Cilt 36, Sayı 1, s.155-156.

Dolayısıyla Anayasa bakımından yasa önünde eşitlik ilkesi, her yönüyle aynı hukuksal durumda bulunanlar arasında söz konusu olabilmektedir diyebiliriz.³⁷ Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz.³⁸ Bu nedenle yasa önünde eşitlik, ancak “*niteliklerde benzerlik*” ve “*yasaların getirdiği kurallara uyarlılık*” oranında söz konusu olabilir.³⁹ Eşitlik ilkesi ile ilgili Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatları da Anayasası'nın 10. maddesinden çıkarılan yorum temelinde, kanun önünde eşitlik formülüne dayanmaktadır. Ancak elbette yasa/kanun önünde eşitlik her vatandaşın her yönden aynı hükümlere tabii olmaları anlamına gelmemekte ve üstelik “haklı bir neden” söz konusu olduğunda bazılarının farklı hükümlere bağlı olmaları durumu, eşitlik ilkesini yine ihlal etmemektedir (maddi hukuki eşitlik). Dolayısıyla AYM içtihadındaki eşitlik ilkesi hem Anayasa'da belirtilen nedenlerle ayrımları yasaklayan özel bir ayırım yasağını (şekli hukuki eşitlik), hem de haklarda ve ödevlerde, yararlar da yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde genel bir eşit davranma ilkesini (maddi hukuki eşitlik) barındırmaktadır. Böylece, nispi eşitlik ile maddi hukuki eşitlik anlayışının benimsendiğini söylemek doğru olacaktır.⁴⁰

³⁷ “...eşitlik, her yönüyle aynı hukuksal durumda bulunanlar arasında söz konusu olabileceğinden benzer suçları işleyenlerin cezalandırılmasında, yasa önünde eşitlik ilkesinin çiğnenmiş sayılabilmesi için, eşitliği bozar gibi görülen kuralın; haklı bir nedene dayanmaması ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmamış olması gerekir (AYM Kararı, Esas Sayısı: 1985/31, Karar Sayısı: 1986/11, Karar Günü: 27/3/1986, R.G. Tarih-Sayı: 09.05.1986-19102; Esas Sayısı: 1990/5, AYM Kararı, Karar Sayısı: 1990/28, Karar Günü: 14.11.1990, R.G. Tarih-Sayı :14.03.1991-20814).

³⁸ AYM Kararı, Sayısı: 1990/28, Karar Günü: 14.11.1990, R.G. Tarih-Sayı:14.03.1991-20814.

³⁹ AYM kararı, Esas sayısı:1980/34, Karar sayısı:1980/58, Karar günü:18/11/1980, AYM Kararı, Esas sayısı:1980/20, Karar sayısı:1980/57, Karar günü:18/11/1980, Resmi Gazete tarih/sayı:18.1.1981/17224, Resmi Gazete tarih/sayı:18.1.1981/17224, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, Danıştay 10. Daire, 1996/993 E., 1999/3627 K., <https://karararama.danistay.gov.tr/getDokuman?id=17389900&arananKelime=e%C5%9Fitlik%20ilkesi>.

⁴⁰ Burada yazar “... kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal etmemektedir” ibaresine yer vermiş olmasına rağmen, kanımız bu ihlal etmeme durumunun yalnızca maddi hukuki eşitlik açısından geçerli olduğu yönündedir. Bu sebeple çalışmamıza bilinçli olarak konulmamıştır. Gülmelek Doğanay, “Erişim Karşı Kadının Soyadı Mücadelesi Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi”, *SAD / JSR Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, Cilt:18, Sayı:2, (Ekim/October 2015), s.54-55, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/117732>, (Erişim tarihi:

Bu açıklamalar çerçevesinde ilk yapılması gereken en genel tespitler şunlar olmalıdır; her kanun, kişilerin veya durumların bazı özellikler yönünden benzerlikleri ve/veya farklılıkları üzerine kuruludur. Dolayısıyla kanun yapma, kişilerin veya durumların bazı özellikler yönünden benzerlikleri ve/veya farklılıklarına dayanan sınıflandırmaları gerektirir. Yani kanun koyma söz konusu olduğunda, kişiler, şeyler ve durumlar arasında sınıflandırmalar, ayrımlar yapmak bir zorunluluktur. Kanunların “maddi hukuki eşitlik” normu açısından denetlenmelerinde sorun ise, hangi farklılaştırma veya hangi sınıflandırma türlerinin eşitlik ilkesine aykırı düşeceği hususudur. Sınıflandırmalar, haklı nedenlere dayanması ve imtiyaz oluşturmaması koşuluyla eşitlik ilkesiyle çelişmezler.⁴¹ Yine sınıflandırma ile kanuni düzenleme arasında bir bağ olmalıdır. Sınıflandırma “anlaşılabilir, gerçek ve somut bir farka” dayandırılmalıdır. Sınıflandırma kanunun amacı ile ilişkili olmalı, “amaç ile akla uygun şekilde”, “yeterli ölçüde”, yani gereği gibi ilgili olmalıdır. Sınıflandırma “nedensiz, haksız ve keyfi olmamalı”, “akla uygun, makul ve adil olmalıdır”. Eğer kanuni sınıflandırma ile amaç arasında akla uygun bir ilişki kurulabiliyor ise yapılan sınıflandırma Anayasa’ya uygundur denilebilir.⁴² Başka bir ifadeyle, eşitlik ilkesinin maddi hukuki eşitlik anlamında yasama organını bağlayıcılığı, bu ilkenin yasama veya kanun koyma yetkisinin aynı zamanda sınıflandırma veya ayırım yapma yetkisini de içerdiği dikkate alınarak yorumlanmasına bağlıdır. Yani eşitlik ilkesi, ancak eşitlik ve sınıflandırma (ya da ayırım) gereklilikleri bağdaştırılarak uygulanabilmektedir. Bu iki gerekliliğin bağdaştırılması, aynı zamanda genel eşitlik ilkesinin mutlak değil, görelî/nisbi bir eşit davranma ilkesi veya ayırım

10.04.2021). “Haklı neden” kavramının genel bir tanımını vermek mümkün değildir. Kanundaki sınıflandırmanın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı, ancak; o kanunun somut içeriği göz önüne alınarak belirlenebilir (AYM, E. 2017/124, K. 2018/9, https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2018-9.pdf).

⁴¹ AYM, E. 2017/124, K. 2018/9, https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2018-9.pdf

⁴² Selda Çağlar, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:70, Sayı: 2012/3, s.55, ISSN:1300-9885, <http://www.ankarabarsu.org.tr/Siteler/1944-2010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/2012-3.pdf>, (Erişim: 05.04.2021).

AYM, E. 2017/124, K. 2018/9, https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2018-9.pdf.

yasağı olarak yorumlanması sonucunu doğurmaktadır.⁴³ Nihayetinde doktrinde kabul görmüş bu ilke ve ölçütler, konumuza ilişkin şöyle bir sorun tespiti yapmamıza yardımcı olacaktır:

“Tüm mükellefler için geçerli olan fatura düzenleme süresine ilişkin yasa koyucunun yer verdiği “genel düzenleme”, devamına ilave bir düzenleme getirilerek, kişilerin ya da durumların birtakım özelliklerine göre “farklılaştırılarak sınıflandırılmaya” çalışılmıştır. Yani genel fatura düzenleme süresini belirledikten sonra, “mal veya hizmet türü, miktarı, fiyatı, tutarı, satışın yapılma şekli, faaliyet konusu, sektör veya mükellefiyet türünü ayrı ayrı veya birlikte dikkate alarak” bir ya da birden çok farklı parametreye ya da kritere göre, farklı fatura düzenleme sürelerinin idare tarafından belirlenebilmesini sağlayan bir yetki verilmesi söz konusu olmuştur. İşte idareye yeni düzenleme ile, yine yeni bir genel sınıflandırma yapma yetkisi verilen hükmün “genellik ve eşitlik ilkesi” bağlamından Anayasaya uygunluk durumu nasıl değerlendirilebilir?

Öncelikle fatura düzenleme süresi ile ilgili VUK'un (Fatura Nizamı başlıklı 231. Maddesinin (5) numaralı bendi) ilgili hükmün ilk cümlesi, genel olarak tüm mükellefler/ mükellef grupları için geçerli olan, genel bir usul hukuku düzenlemesidir. Dolayısıyla Anayasa bakımından genellik ve eşitlik ilkeleri açısından değerlendirildiğinde, tüm mükellefler için geçerli olan azami 7 günlük fatura düzenleme süresi, genellik ilkesini karşıladığı gibi, eşitlik ilkesinin uzantısı niteliğindeki şekli hukuki eşitliği (yasa önünde eşitliği/ mutlak eşitliği) de doğal olarak karşılamaktadır. Yani farklı bir perspektiften bakarsak, ödenecek vergiye ulaşılmaya kadar vergilendirme süreci kapsamında izlenecek yol, yöntem ve usullerden sayılan ve vergi ödevleri ile ilgili süreler kapsamında değerlendirilebilen “fatura düzenleme” konusundaki düzenlemelerde şekli hukuki eşitliğin sağlanabilmesi için, vergi kanunun kapsadığı herkese eşit uygulanması bizatihi zorunluluktur (genellik ilkesinin gereği olarak). Dolayısıyla eklenen yeni düzenleme ile, tüm mükellefler için geçerli olan genel fatura düzenleme süresi olan “azami 7 günün” dışında, “mal veya hizmet türü, miktarı, fiyatı, tutarı, satışın yapılma şekli, faaliyet konusu, sektör veya mükellefiyet

⁴³ Anayasa Mahkemesi: 25/09, <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/kararindir.aspx?cnt=3292>, (Erişim: 05.04.2021).

türünü ayrı ayrı veya birlikte dikkate alarak” bir ya da birden çok farklı parametreye göre farklı fatura düzenleme sürelerinin idare tarafından belirlenebilmesini sağlayan hüküm, kanun yoluyla mükellefi, konusu, sektörü, miktarı gibi çok sayıda parametreye bağlı belirsizlikleri ihtiva ederek “eşitlik ilkesi” temelinde “şekli hukuki eşitliği” zedeleyecek bir sonuç yaratmayabilecektir. Nitekim sözü geçen çok sayıda parametreye göre yapılacak farklılıklar neticesinde ortaya çıkacak durumda olan herkes için söz konusu düzenleme, kapsadığı herkese eşit olarak uygulandığı müddetçe bir ihlal olmayacaktır.

Elbette Anayasal düzlemde yasa koyucunun/yapıcının, sahip olduğu kişilerin veya durumların bazı özellikler yönünden benzerlikleri ve/veya farklılıklarına dayanan sınıflandırmaları yapabilme yetkisi gereği, tüm mükellefler için geçerli olan genel usul kuralını, kamu yararı gerekçesi ile (ve haklı neden olduğu varsayımı altında) kişiler, şeyler ve durumlar arasında sınıflandırmalar, ayırımlar yaparak farklılaştırma yoluna gidebilir ki, bahsi geçen bu yetki, eşitlik ilkesinin uzantısı olan ve nisbi eşitliği ifade eden, maddi hukuki eşitliği sağlaması varsayımı altında Anayasayı ihlal etmeyecektir. Bu açıdan VUK un ilgili maddesinde yapılan (Fatura Nizamı başlıklı 231. maddesinin (5) numaralı değişen bendi) “*mal veya hizmet türü, miktarı, fiyatı, tutarı, satışın yapılma şekli, faaliyet konusu, sektör veya mükellefiyet türünü ayrı ayrı veya birlikte dikkate alarak” bir ya da birden çok farklı parametreye göre, farklı fatura düzenleme sürelerinin idare tarafından belirlenebilmesine” ilişkin eklemenin, “maddi hukuki eşitlik” açısından değerlendirilmesi, Anayasal eşitlik ilkesi bağlamında önem taşımaktadır⁴⁴. Bu noktada,*

⁴⁴ Eşitlik ilkesinin vergilendirmeye ilişkin bağlantısını Anayasa'nın 73. maddesinde tespit edebilmekteyiz. Yine Anayasa Mahkemesi de 73. maddede yer alan mali güce göre vergilendirme ilkesini eşitlik ilkesi ile birlikte ele almakta ve değerlendirmektedir. Bir bütün olarak bakıldığında, verginin mali güce göre alınması, aynı zamanda eşitlik ilkesinin vergilendirmede uygulama aracıdır. Vergilendirmede eşitlik ilkesi, yükümlülerin vergi ödeme güçleri dikkate alınmak suretiyle vergilendirmenin yapılmasını öngörmektedir. Buradan anlaşılıyor ki, “mali güç” bir “eşitlik veya eşitsizlik ölçütü” olarak değerlendirmelerde kullanılmaktadır. Dolayısıyla vergilendirmede, hukuksal durumun aynılığını belirleyen temel ölçü “mali güçlerin aynılığıdır” diyebiliriz (Ayrıntılı izah için bkz. Billur Yaltı Soydan, “Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak”, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu: Anayasal Mali Düzen, 14-16 Mayıs 1998, <https://maliyesempozyumu.sakarya.edu.tr/sites/maliyesempozyumu/file/1372373051-13-turkiye-maliye-sempozyumu-pdf.pdf>, s.85, (Erişim: 05.05.2021).; Joachim Lang (Çev: Fun-

eklenen bu cümlelerin “maddi hukuki eşitlik” ilkesi açısından denetlenmesinde “hangi farklılaştırma veya hangi sınıflandırma türlerinin eşitlik ilkesine aykırı düşeceği hususuna” ilişkin sorununun cevabı, eşitlik ilkesine uygunluk/ ilkesini ihlal bakımından sonuca ulaşmamızı sağlayacaktır.

Burada da karşımıza ilk ölçüt olarak, yapılan ya da getirilen sınıflandırmanın “anlaşılabilir, gerçek ve somut bir farka” dayandırılıp dayandırılmadığı hususu çıkmaktadır. Bu açıdan baktığımızda tüm mükellefler için getirilen genel usul kuralı (genellik ilkesine uygun olarak), yasa koyucu eklenen “*mal veya hizmet türü, miktarı, fiyatı, tutarı, satışın yapılma şekli, faaliyet konusu, sektör veya mükellefiyet türünü*

da Başaran), “Vergi Adaletinin Anayasal Temelleri”, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu: Anayasal Mali Düzen, 14-16 Mayıs 1998, <https://maliesempozyumu.sakarya.edu.tr/sites/maliesempozyumu/file/1372373051-13-turkiye-maliye-empozyumu-pdf.pdf>, s.9, (Erişim: 05.05.2021); Ayrıca Çağan, Vergilendirme Yetkisi, s.149; Leyla Ateş, Vergilendirmede Eşitlik, Derin Yayınları, İstanbul, 2006, s.7-8.). Hal böyleyken genel olarak vergilendirmede “eşitlik ilkesine aykırılık ya da uygunluk” konusunda tespit ve değerlendirmenin, “mali güç” kriteri kullanılarak yapıldığı görülmektedir. Ancak mali güç kriteri, vergilendirmede eşitlik ilkesinin ancak “maddi hukuki eşitlik” kısmını karşılamaktadır. Maddi hukuki eşitlik ise, kişilere mutlak değil, nispi olarak eşit davranılmasını gerektirmektedir ve vergilendirme esnasında ya da sürecinde “fiili eşitsizliklerin” göz önünde bulundurulmasını gerekli kılar (Çağan, Vergilendirme Yetkisi, s.148) ki, vergi adaleti sağlanabilsin. Diğer taraftan vergilendirmede eşitlik ilkesinin diğer bir kısmını da “şekli hukuki eşitlik” ilkesi oluşturmaktadır (Ayrıntılar için bkz. Çağan, Vergilendirme Yetkisi, s.148; Leyla Ateş, s.88-89; Mualla Öncel ve Diğerleri, Vergi Hukuku, s.40-41; Oytun Canyaş ve İ. Erdem Seçilmiş, “Anayasa Mahkemesinin Mali Güç İlkesine Yaklaşımına İktisadi Bakış”, *Afyon Kocatepe Üniversitesi, İİBF Dergisi* (C.XV, S I, 2013), s.277. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 2013/23, K.2013/123, T.31.10.2013, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140315-17.pdf>) ki, bu alt ilke, yasaların genel ve soyut nitelikli olmasını ifade eder ve Anayasası'nın 10. maddesinin 4. fıkrasında ifade edilen ve hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağını belirten hüküm şekli hukuki eşitliği vurgulamaktadır (Oytun Canyaş ve İ. Erdem Seçilmiş, s.275.). Diğer bir ifadeyle, söz konusu bu ilke, vergi kanunu önünde şeklen eşit olan kişilerin, fiili ve maddi durumlarındaki farklılıklarını da göz önüne alarak vergilendirilmesi anlamına gelmektedir (Nami Çağan, Vergilendirme Yetkisi, s.148.). Kısaca ifade etmek gerekirse şekli hukuki eşitlik, kanunların genel ve soyut nitelik taşımasına ve kapsadığı herkese eşit olarak uygulanmasına dayanırken; maddi hukuki eşitlik, şekli eşitliğin ötesinde, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğunu içermektedir (Ozan Ergül, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:236, Ankara, 29-30 Eylül 2012, <http://tbbayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/468.pdf>, s.236. Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 2017/124, K. 2018/9, https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2018-9.pdf).

ayrı ayrı veya birlikte dikkate alarak” bir ya da birden çok farklı parametreye göre, farklı fatura düzenleme sürelerinin idare tarafından belirlenebilmesine yetki verilmesi” şeklindeki cümle ile sınıflandırılmaya ya da farklılaştırılmaya çalışılmıştır. Ancak eklenen bu cümle ile genel olarak tüm mükellefler için geçerli olan usule ilişkin bir kural, “belirsiz konu, tür, miktar, mükellef, faaliyet, sektör, fiyat” parametresi ile, belirsiz bir sınıflandırma yapılmak suretiyle, anlaşılabilirlikten uzak, gerçek ve somut bir farka dayanmayan, neredeyse genel düzenlemeyi dahi kısıtlayabilecek mahiyette geniş ve belirsiz parametrede bir düzenleme yapma yetkisini idareye (Hazine ve Maliye Bakanlığı’na) vermektedir.

Yeni düzenleme ile yapılan sınıflandırmanın yine maddi hukuki eşitlik açısından Anayasaya uygunluğuna ilişkin değerlendirmesinde kullanacağımız ikinci ölçüt, söz konusu maddeye eklenen cümledeki sınıflandırmanın kanunun amacı ile ilişkili olup olmadığı, yani “amaç ile akla uygun şekilde”, “yeterli ölçüde”, yani gereği gibi ilgili olup olmadığı” belirlemesinin ortaya koyulmasını gerekli kılmaktadır. Bu noktada bu “ilişki ya da ilgiliyi” kurabilmemiz için yapmamız gereken kıyaslama ve tespitler, VUK’a eklenen yeni hükmün içeriği yani lafzı ile yine yeni hükmün hangi amaç ya da gerekçe ile getirildiği hususundaki açıklamalar üzerinden olacaktır. Kanunun genel gerekçesinde “akaryakıt kaçakçılığı ile mücadele amacıyla” düzenlendiği açıkça belirtilmektedir. Yine eklenen maddenin gerekçesinde de “vergi güvenliğini sağlamak ve kayıt dışı ekonomi ile etkin bir şekilde mücadele etmek amacı” ile bu yetkinin Hazine ve Maliye Bakanlığına verildiği belirtilmektedir. Peki eklenen madde hükmünün lafzı nasıl kaleme alınmıştır? “Mal veya hizmet türü, miktarı, fiyatı, tutarı, satışın yapılma şekli, faaliyet konusu, sektör veya mükellefiyet türünü ayrı ayrı veya birlikte dikkate alarak” bir ya da birden çok farklı parametreye göre, farklı fatura düzenleme sürelerinin idare tarafından belirlenebilmesine yetki verilmesi” şeklindedir. Görüldüğü üzere, kanun maddesinde yer alan cümle ile, kanunun genel gerekçesi olan “akaryakıt kaçakçılığı ile mücadele amacı” ve madde gerekçesi olan “vergi güvenliğini sağlamak ve kayıt dışı ekonomi ile etkin bir şekilde mücadele etmek amacı” arasında herhangi bir ilişki kurmak mümkün görünmemektedir. Yani kanuna eklenen madde hükmünün, maddenin getiriliş amacı ile ilgisini kurmak ya da bağdaştırmak son derece güçtür. Öyle ki madde hükmünün muhteviyatı, getiriliş amacını açıklayan kanun ve madde

gereklelerinden çok fazla geniş bir yetkiyi idareye bırakmaktadır. Bu noktada yasa koyucu/yapıcı, örneğin, kanun gerekçesinde belirtildiği gibi, kanun maddesinde açıkça “akaryakıt sektöründe farklı bir fatura düzenleme süresi belirleme yetkisini (Cumhurbaşkanına) idareye vereceği bir düzenleme kaleme almış olsa idi, sınırlandırmasında “amaç ile ilgi” kurulabilirdi (üstelik belirlilik ilkesi açısından da ihlal ortadan kalkardı). Oysa kanun maddesinin konuluş amacını aşan nitelikte bir yetkinin idareye verilmesi durumu söz konusu olup, bu durum maddi hukuki eşitliğin sağlanmasında aranan ikinci ölçütü de karşılamamaktadır. Tespitimize yarayacak üçüncü ölçüt ise, kanun hükmünde sınıflandırma “nedensiz, haksız ve keyfi olmamalı”, “akla uygun, makul ve adil olmalıdır”. Eğer kanuni sınıflandırma ile amaç arasında akla uygun bir ilişki kurulabiliyor ise yapılan sınıflandırma Anayasa’ya uygundur denilebilir. Yukarıda bahsettiğimiz açıklamalar ve gerekçe, bu ölçüt açısından da geçerlidir diyebiliriz. Ayrıca madde hükmünde belirsiz sayıda parametreye bağlı değişiklik ile algoritmalar kurma yetkisi idareye verilmiştir ki, bu belirsizlikler keyfi düzenlemelere neden olabileceği gibi, uygulamada belki haksızlıklar ortaya da çıkarabilir ve verilen bu haddini aşan yetki için “makul ve uygun” olma durumu da ortadan kalkma tehlikesi içindedir diyebiliriz.⁴⁵

SONUÇ

“Süreler” konusu, hukuk dallarında önemli düzenlemeler arasındadır. Vergi hukuku açısından da temel konulardan biri olan ve kanunilik ilkesi bağlamında kanun yolu ile belirlenmesi esas olan süreler, öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerine bağlı olarak hukuk devleti açısından kanunlarda açık olarak tespit edilmesi gereken konulardan biridir. Mükelleflerin uymakla yükümlü oldukları ödevlerine ilişkin de pek çok süre düzenlemesi ekseriyetle kanun yolu ile belirlenmiştir. VUK’un 14. maddesinde de sürelerin kanun ile belirlenmesi hususunun esas olduğu açık şekilde hüküm altına alınmıştır.

⁴⁵ Tüm bu değerlendirme ve tespitlerimiz dışında, çalışma konumuzun eşitlik ilkesi bağlamında değerlendirilmesinde ele alabileceğimiz pek çok kriter/ölçüt ve konu olduğunu ve fakat bunların başka bir çalışmanın konusunu oluşturacak kadar geniş içerikte olduğundan burada yer vermeyi tercih etmediğimizi belirtmek isteriz.

Fatura düzenleme süresine ilişkin değişikliği de içinde barındıran 7318 sayılı Kanun ile Hazine ve Maliye Bakanlığına fatura düzenleme süresi ile ilgili olarak önemli bir yetki verilmiştir. Kanun değişikliğinin genel gerekçesinde, Türk Vergi Hukukunda öteden beri bilinen ve varlığı devam eden “akaryakıt kaçakçılığı” ve “kayıt dışı ekonomi” ile mücadele amacı ile, söz konusu yetkinin verildiği ifade edilmektedir. Bu sorunun varlığına istinaden yapılan düzenlemelerin gereksiz olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Ancak bu niyetle yapılan fatura düzenleme süresinin sınırlarının çok geniş olduğu ve zaman içinde keyfi durumlara da neden olabileceği dikkat çekicidir.⁴⁶

Vergi hukukunda sürelerin vergilendirmede kanunilik ilkesi bağlamındaki konumu ve diğer yandan öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelere bağlı olarak hukuk devleti açısından önemi dikkate alındığında verilen yetkinin geniş olduğu kabul edilmelidir. Diğer yandan buna paralel olarak, VUK’un 14. maddesinde de sürelerin kanun ile belirlenmesi hususunun esas olduğu açık şekilde hüküm altına alınmıştır. Ayrıca aynı madde kapsamında kanunda bir süre belirlenmişse, idarenin süre belirleme yetkisine sahip olmayacağı da açıktır. Ancak 7318 sayılı Kanun ile yapılan düzenleme ile birlikte çelişkili bir durum yaratılmıştır. Yapılan değişiklik sonrası VUK’un 231. maddesinde hem bir ana kural yer almakta, hem de bu ana kuralın istisnasına yer verilmektedir. Farklı bir deyişle maddede lafzi olarak “fatura en fazla yedi gün içinde düzenlenir” ifadesi açık bir emir içerirken, ardından getirilen düzenleme ile üstelik de Bakanlık, bu yetkiyi “kısaltabilir” ifadesine yer verilmektedir. Kanun’un emrettiğinin tebliğ düzenlemesi ile esnetilmesine olanak tanınması söz konusudur. Dolayısıyla verilen yetkinin hem anayasal açıdan konumu tartışmalıdır hem de uygulamayı daha karmaşık hale getirebilme olasılığı yüksektir.

⁴⁶ Nitekim Plan ve Bütçe Komisyonu’nda bu durum, “7 günlük fatura düzenleme süresini indirme ya da faturanın malın teslim edildiği veya hizmetin yapıldığı anda düzenlenmesi zorunluluğu getirme konusunda, Hazine ve Maliye Bakanlığına verilen yetkinin olumlu bulunduğu ve fakat bu yetkinin oldukça geniş tutulduğu, bu nedenle de söz konusu yetkinin sadece akaryakıt sektörünü kapsayacak şekilde sınırlandırılmasının, vergi sisteminde öngörülebilirlik açısından gerekli olduğu” şeklinde ifade edilmiştir (Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, s.15.) Bu tespit karşısında Komisyon’da, “7 günlük fatura düzenleme süresini indirme ya da faturanın malın teslim edildiği veya hizmetin yapıldığı anda düzenlenmesi zorunluluğu getirme konusunda Hazine ve Maliye Bakanlığına yetki verilmesine ilişkin düzenlemenin verginin kanuniliği ve vergi sisteminin öngörülebilirliği ilkelere aykırılık teşkil etmediği” ifade edilmiştir.

Verilen yetki, sürenin “kısaltılabilesine” ya da “mal satışı veya hizmet ifası sırasında düzenlenebilmesine” imkân vermektedir. Dolayısıyla kanun, idare tarafından sürenin artırılmasına olanak tanınmamıştır. Düzenleme kapsamında verilen yetkilerin kullanımı kısa vadede genel gerekçeye uygun olarak akaryakıt sektöründe gerçekleşebilir. Ancak ne var ki tecrübeler göstermektedir ki, bu tür yetkiler zaman geçtikçe sıklıkla kullanılmaya başlanmakta ve farklı uygulamaların ortaya çıkmasına neden olmaktadır⁴⁷. Dolayısıyla orta ve uzun vadede farklı fatura düzenleme sürelerinin ortaya çıkması mümkün görülmektedir. Üstelik bu süreler konjonktüre göre sürekli bir değişim de geçirebilir. Bu durum öngörülebilirlik ve belirlilik açısından büyük bir sorun yaratma potansiyeline sahip olmakla birlikte, yasallık ilkesine de aykırı bir durum ortaya çıkarır. Dolayısıyla bu yetki, amacını aşabilecek anayasal açıdan tartışmalı bir yetki konumundadır.

Bir diğer husus da fatura düzenleme süresindeki bu geniş yetkinin kullanılmasının kayıt dışı ekonomi ya da akaryakıt kaçakçılığı ile etkin mücadele edilebilmesine ne kadar katkı sağlayacağını da tartışmalı olmasıdır. Diğer bir ifadeyle sürelerin kısaltılması ile kayıt dışında kalan, zaten faturalandırılmayan işlemlerin kayıt altına alınacağını amaçlamak da pek makul görünmemektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Ateş Leyla, Vergilendirmede Eşitlik, Derin Yayınları, İstanbul, 2006.
 Biyan Özgür, Mali Hukuk Açısından Mücbir Sebep, Legal Yayınları, İstanbul, 2020.
 Çağan Nami, Vergi Hukukunda Süreler, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.
 Çağan Nami, Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982.
 Ergül Ozan, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 236, Ankara, 29-30 Eylül, 2012.
 Erginay Akif, Vergi Hukuku, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1988.
 Güneş Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, 12 Levha Yayınları, Temmuz 2008.
 Kaneti Selim, Ekmekçi Esra, Güneş Gülsen, Kaşıkçı Mustafa, Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
 Karakoç Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
 Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, Vergi Hukuku, 23.b. Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

⁴⁷ Örneğin KDV'nin 9. maddesinden yola çıkılarak uygulanan “tevkifat yöntemi” de günümüzde zamanla genişletilmesinden dolayı karışık bir duruma bürünmüştür.

Şenyüz Doğan, Yüce Mehmet, Gerçek Adnan, Vergi Hukuku, 12.b., Ekin Kitabevi, Bursa, 2021.

Makaleler

Canyaş Oytun, Seçilmiş, İ. Erdem. (2013), "Anayasa Mahkemesinin Mali Güç İlkesine Yaklaşımına İktisadi Bakış", *Afyon Kocatepe Üniversitesi, İİBF Dergisi* (C.XV, S 1), 301-315.

Çağlar Selda, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu, *Ankara Barosu Dergisi*, (3), 2012, ss.43-86.

Doğanay Gülmenek "Eril Yargıya Karşı Kadının Soyadı Mücadelesi Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi", *SAD / JSR Sosyoloji Araştırmaları Dergisi / Journal of Sociological Research*, 2015, Cilt:18, Sayı:2, (Ekim/October), ss.46-107.

Gülçür Abdülkadir, "AHİM ve Türk Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, Cilt:24, Sayı:1, ss.149-175.

Gerçek Adnan, Bakar Feride, Mercimek Fulya, Çakır Erdem Utku, Asa Semih, "Vergilemenin Anayasal Temellerinin Çeşitli Ülkeler Açısından Karşılaştırılması ve Türkiye İçin Çıkarımlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, AÜHFD, 63 (1), ss.81-130.

Kumrulu Ahmet "Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1979, Cilt 36, Sayı 1, ss.147-162.

Lang Joachim, (Çev: Funda Başaran), "Vergi Adaletinin Anayasal Temelleri", XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu: Anayasal Mali Düzen, 14-16 Mayıs 1998, <https://malieyempezyumu.sakarya.edu.tr/sites/malieyempezyumu/file/1372373051-13-turkiye-maliye-sempozyumu-pdf.pdf>, (Erişim tarihi: 15.06.2021).

Soydan Billur Yaltı, "Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak", XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu: Anayasal Mali Düzen, 14-16 Mayıs 1998, <https://malieyempezyumu.sakarya.edu.tr/sites/malieyempezyumu/file/1372373051-13-turkiye-maliye-sempozyumu-pdf.pdf>, (Erişim tarihi: 15.06.2021).

Şenyüz Doğan, "Vergi İncelemesinde Zaman Bakımından Yetki", *TAAD*, 2020, Yıl:11, Sayı:43 (Temmuz).

Şişman Gülden, "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Vergi Hukukunda Öngörülebilirlik". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 65, Sayı:4, ss.2423-2444.

Mahkeme Kararları

TBMM, Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı:260, s. 7-8, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss260.pdf>, (Erişim tarihi: 03.05.2021).

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, RG, 17863/09.11.1982, (mükerrer).

AYM, E.2004/14, K.2004/84, RG. 22.10.2005 - 25974, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim: 10.06.2021).

AYM, E. 2014/183, K.2015/122, R.G. 13.01.2016-29592, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim: 11.06.2021).

AYM E.1989/6, K.1989/42, 07/11/1989 RG tarihli kararı, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim: 11.06.2021).

- AYM, E.1977/109, K.1977/131, R.G. 08.03.1978- 16222; AYM, E.1976/54, K.1977/8, R.G. 08.05.1977-15931, AYM, E.1986/20, K.1987/9, R.G. 28.05.1987 -19473, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim: 10.06.2021).
- Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı, E: 2020/992, K: 2021/160, <https://karararama.danistay.gov.tr/getDokuman?id=647637300&arananKelime=yurtta%C5%9Fl%C4%B1k%20g%C3%B6revi>.
- AYM, E: 2018/104, K:2020/39, R.G.27/11/2020 - 31317; AYM, E: 2019/53, K: 2019/75, R.G.12/11/2019-30946.
- AYM, E.2019/53, K.2019/75, 19/9/2019; AYM E.2014/72, K.2014/141, 11/9/2014; AYM, E.2020/15, K.2020/78, 24/12/2020, R.G.25/04/2021-31468.
- AYM, E.2017/21, K.2020/77,24/12/2020, R.G. 08/04/2021-31448.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2020/7766, K:2021/4217, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E:2021/764, K:2021/7863, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>); AYM, E: 2014/183, K: 2015/122, R.G. 13.01.2016 - 29592
- AYM, E:2019/53, K:2019/75, R.G.12/11/2019-30946.
- AYM E:2020/15, K:2020/78, R.G. 28/4/2021-31468.
- AYM, E:2020/15, K: 2020/78, R.G. 28/4/2021-31468; AYM, E: 2019/106, K:2019/100, R.G. 14/2/2020 - 31039.
- AYM, E: 2006/124, K: 2009/146, R.G. 08.01.2010-27456; AYM, E: 2004/14, K: 2004/84, R.G. 22.10.2005- 25974.
- AYM, E: 1996/49, K: 1996/46, R.G. 02.12.2000-24248; AYM, E: 2010/62, K: 2011/175, R.G. 19.05.2012-28297; AYM, E: 2003/33, K: 2004/101, R.G. 02.03.2005 - 25743 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>),
- Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E:2012/1578, K: 2012/6820.
- AYM Kararı, Esas Sayısı: 1985/31, Karar Sayısı: 1986/11, Karar Günü: 27/3/1986, R.G. Tarih-Sayı:09.05.1986-19102; Esas Sayısı: 1990/5, AYM Kararı, Karar Sayısı: 1990/28, Karar Günü: 14.11.1990, R.G. Tarih-Sayı:14.03.1991-20814.
- AYM Kararı, Sayısı: 1990/28, Karar Günü: 14.11.1990, R.G. Tarih-Sayı:14.03.1991-20814.
- AYM kararı, Esas sayısı:1980/34, Karar sayısı:1980/58, Karar günü:18/11/1980, AYM Kararı, Esas sayısı:1980/20, Karar sayısı:1980/57, Karar günü:18/11/1980, Resmî Gazete tarih/sayı:18.1.1981/17224, Resmî Gazete tarih/sayı:18.1.1981/17224, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, Danıştay 10. Daire, 1996/993 E., 1999/3627 K., <https://karararama.danistay.gov.tr/getDokuman?id=17389900&arananKelime=e%C5%9Fitlik%20ilkesi>.
- AYM, E. 2017/124, K. 2018/9, https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2018-9.pdf.
- AYM, E. 2017/124, K. 2018/9, https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2018-9.pdf
- AYM, E. 2017/124, K. 2018/9, https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2018-9.pdf.
- AYM, E. 2013/23, K.2013/123, T.31.10.2013, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140315-17.pdf>.)
- AYM, E. 2017/124, K. 2018/9, https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2018-9.pdf).

SOSYAL MEDYA ETKİLEYİCİLERİNİN YAPTIĞI TANITIMLARIN ÖRTÜLÜ REKLAM YASAĞI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

THE EVALUATION OF THE PROMOTIONS DONE BY SOCIAL MEDIA INFLUENCERS WITH RESPECT TO THE COVERT ADVERTISING PROHIBITION

Alperen KORKMAZ*

Özet: İnternet kullanımının yaygınlaşması ile artan internet reklamcılığı, sosyal medya platformlarının kullanıcı sayılarının çoğalması neticesinde farklı bir boyut kazanmış, bu platformlar sosyal etkileşimin yanında reklam mecrası olarak da kullanılmaya başlanılmıştır. Kullanıcıların sosyal medya platformlarında yaptığı tanıtımların geleneksel reklam anlayışından farklı olması ve reklamların denetiminde yaşanan zorluklar nedeniyle, reklam mevzuatımızda öngörülen kurallara aykırı reklamların yapılması ve bunun sonucunda da tüketicilerin yanıltılması söz konusu olmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Medya, Örtülü Reklam, Sosyal Medya Etkileyicisi, Reklam Kurulu, İdari Yaptırım

Abstract: Online advertising which has increased with the widespread use of the internet has acquired a new dimension with the boost in the number of the social media users. These social media platforms have started to be used as advertising mediums in addition to their social interaction role. The promotions which are done by social media users on platforms are different from the traditional advertising concept and the supervision of such advertisements is difficult. Thus, such advertisements are created against the rules in the advertising legislation and consequently consumers are misled.

Keywords: Social Media, Covert Advertising, Influencer, Board of Advertisement, Administrative Sanction

* Avukat, Doktora Öğrencisi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, alperenkorkmazz@gmail.com, ORCID: 0000-0002-8338-3144, Makalenin Gönderim Tarihi: 17.09.2021, Kabul Tarihi: 04.03.2022

GİRİŞ

Mal ve hizmet çeşidindeki artıştan ötürü rekabet günden güne artmaktadır. Üreticiler ve satıcılar ürün ve hizmetlerini geliştirerek ve diğer ürün ve hizmetlerden farklı özellikler sunarak rakiplerinin önüne geçmeye çalışmaktadır.

Sadece ürün ve hizmeti geliştirmek, piyasada var olmaya ya da tüketicilerce tercih edilmeye yetmemekte, mal ve hizmet üreticileri veya satıcıları ürün ve hizmetlerini geniş kitlelere sunmak için çeşitli yöntemlere başvurmaktadır. Günümüzde bu yöntemlerden en çok karşılaşılan, ürün veya hizmetin çeşitli mecralarda tüketiciye tanıtılması, yani ticari reklamlardır.

Gelişen iletişim araçları ile ürün ve hizmetlerin tanıtımını yapmak her geçen gün daha da kolaylaşmaktadır. Önceleri yalnızca TV, radyo, gazete, afiş, el ilanı gibi araçlarla ürün ve hizmetler tanıtılabilirken, internetin yaygınlaşmasıyla internet de bir reklam mecrası olarak yaygın bir şekilde kullanılmaktadır.

Son yıllarda sosyal medya platformlarının çeşitlenmesi ve yoğun bir şekilde kullanılması, bu platformların da reklam mecrasına dönüşmesine yol açmıştır. Reklam verenler sosyal medya platformlarında, sosyal medya etkileyicileri aracılığı ile reklam yaparak geleneksel yöntemlere oranla daha ucuz, daha pratik reklam yapma imkânına sahip olmakta, etkileyicinin takipçi sayısına göre yüzbinlere hatta milyonlara hitap etme şansı yakalamaktadır.

Sosyal medya reklamları konusundaki bilgisizlik ve sosyal medya platformlarının denetlenmediği düşüncesi, bu platformlarda reklamı yasak olan mal veya hizmetlerin reklamının yapılmasına ya da reklam hukukumuzda öngörülen kurallara uyulmaksızın reklam yapılmasına yol açmaktadır. Sosyal medya etkileyicileri de özellikle örtülü reklam yoluyla mal veya hizmetlerin reklamını yapmakta, söz konusu tanıtımların reklam olduğunun farkında olmayan tüketiciler ise yayında yer verilen beyan ve tanıtımlara güven duymakta, böylelikle iradeleri fesada uğrayarak tüketim tercihlerinin etkilenmesi söz konusu olmaktadır.

Reklam Kurulu, sosyal medya platformlarının yoğun olarak reklam faaliyeti için kullanılması ve tanıtımlarda mevzuata aykırı hareket

edilmesi nedeniyle, bu platformlardaki tanıtımları incelemekte ve tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı niteliğe sahip ya da mevzuatla yasaklanmış reklamları denetleyerek aykırılık gördüğü hallerde idari yaptırım uygulamaktadır.

Sosyal medya etkileyicileri tarafından yapılan örtülü reklamlarla ilgili olarak Reklam Kurulu ilk kez 14.1.2019 tarihli ve 2019/655 sayılı kararı ile bir sosyal medya etkileyicisi tarafından Instagram hesabından yapılan bir paylaşımına ilişkin olarak örtülü reklam yasağına aykırı hareket edildiği gerekçesiyle anılan reklamların durdurulmasına karar vermiştir.¹ Anılan tarihten bu yana da bu tür sosyal medya reklamları nedeniyle idari yaptırım kararları uygulanmaktadır. Ayrıca 4.5.2021 tarihinde 309 sayılı Reklam Kurulu toplantısında alınan 2021/2 sayılı ilke kararları “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz” yayınlanmıştır.² İlke karar sonrasında sosyal medya reklamlarının denetiminin artacağı düşünülmektedir.

Bu çalışmada ticari reklamlar, örtülü reklam, sosyal medya aracılığı ile yapılan örtülü reklamlar, bu reklamların tespiti, denetimi, hukuka aykırılık halinde sorumluluk, idari yaptırım ve idari yaptırıma itiraz usulüne ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

1. Ticari Reklamlara İlişkin Genel Açıklamalar ve Örtülü Reklam

1.1. Ticari Reklamlara İlişkin Genel Açıklamalar

Mal üretimi ve hizmet sunumu bakımından bir kısıtlama olmaması, aynı veya benzer nitelikteki mal ve hizmetlerin piyasaya arzını doğurmaktadır. Bu mal ve hizmetlerden hangisinin tercih edilmesi gerektiği konusunda tüketiciler tereddüt yaşamakta, üretici veya sağlayıcılar da kendi ürün ve hizmetinin tercih edilmesini sağlamak istemektedir.³ Bu nedenle mal ve hizmet üreticilerinin ürün veya hiz-

¹ RK, 14.1.2020 tarihli ve 292 S. T., Dosya No: 2019/655, <https://www.ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>.

² <https://www.ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>.

³ Hamdi Pınar, “Reklam Hukukunun Esasları”, Turgut Akıntürk’e Armağan, 2008, s. 515; Numan Tekelioğlu, Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2016 s. 6; Yahya Deryal/Yakup Korkmaz, Yeni

metlerini tüketiciye tanıtması zaruri olmaktadır. Reklamlar bu noktada devreye girmekte, bir mal veya hizmetin muhtemel tüketicilere tanıtılması, böylelikle hem mal veya hizmete talebin arttırılması hem de tüketicilerin aydınlatılması ve bilinçli tercihlerde bulunması sağlanmaktadır.⁴

Reklam ile ilgili hem AB mevzuatında hem Tüketici Mevzuatımızda birtakım tanımlamalar bulunmaktadır. Reklamın tanımı, 10.9.1984 tarihli ve 84/450/EEC sayılı Aldatıcı Reklamlarla İlgili Üye Devletlerin Hukuki, İdari ve Düzenleyici Hükümlerin Birbirine Yaklaştırılması Hakkında Yönerge'nin 2. maddesinde; "bir işle veya meslek ve sanatla ilgili olarak taşınmazlar, haklar ve borçlar da dahil olmak üzere malların veya hizmetlerin satışını arttırmak amacıyla yapılan tanıtımlar" olarak yapılmış,⁵ 89/552/EEC sayılı direktifin 1. maddesinde ise TV reklamı; "taşınmazlar, hak ve borçlara ilişkin olmak üzere, ticaret, iş, zanaat, veya meslekle ilişkili olarak kamu veya özel teşebbüs tarafından mal ve hizmetlerin arzını sağlamak amacıyla, ücret veya benzeri bir karşılıkla yapılan her türlü duyuru" olarak tanımlanmıştır.⁶

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 61. maddesinde ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin (TRHTUY) 4. maddesinin birinci fıkrasının n bendinde ise ticari reklam; "ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurular" olarak tanımlanmıştır.

Yukarıda yer verilen tanımlardan da anlaşılacağı üzere, bir tanıtımın ticari reklam olarak adlandırılabilmesi birtakım unsurları içermesi gerekmektedir. Bu unsurlar; tanıtıcı bir mesaj içermek, tanıtımın ticari amaçlarla yapılması, reklam verenin açık ya da anlaşılır olması,

Tüketici Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 211.

⁴ İ. Yılmaz Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa 2014, s.124; Pınar, s. 515.

⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31984L0450> (E.T.:17.8.2021)

⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31989L0552> (E.T.:17/8/2021)

reklamın hedeflediği kitleye yönelik bir mecrada yapılması olarak sayılabilir.

Reklamın tanıtıcı bir mesaj içermesi, reklam verenin reklamdaki mesajla tüketiciye ulaştırmak istediği bilgiler ile tüketicide oluşturmak istediği etkidir.⁷ Reklamlardaki tanıtıcı mesajlar ile; mal ya da hizmetin niteliği, nasıl üretildiği, hangi işe yaradığı ve bu iş için ne derece uygun olduğu, bedeli, kampanyaları, boyutu, marka ve modeli, varsa ödülü, teslim koşulu, garanti koşulları, emsallerine göre üstün nitelikleri gibi birçok konu tüketiciye iletilebilir.⁸

Reklamın ticari amaçlarla yapılması, reklamın mal veya hizmetlerin veya ticari bir düşüncenin tüketicilere tanıtılması ve talebin arttırılması amacını taşıdığını ifade etmektedir.⁹

Reklam verenin kimliğinin açık ya da anlaşılır olması,¹⁰ ticari amaç ve tanıtıcı mesaj unsuru ile birlikte değerlendirilmelidir. Buna göre reklam veren ticari bir amaçla ürün veya hizmetinin reklamını yaptığından, kimliğini açıkça ortaya koymalı ya da bu durum tüketici tarafından anlaşılmalıdır.

Bir diğer unsur, reklam verenin reklam yapma iradesidir. Reklam veren bir mal veya hizmeti tanıtmak amacıyla hareket etmelidir. Reklam yapma iradesi olmadıkça verilen hiçbir bilgi ticari reklam olarak nitelendirilemeyecektir. Reklam veren, reklamla ticari bir amaca ulaşmak için mal veya hizmetini tüketicilere tanıtmalıdır.¹¹

Reklamın unsurlarından sonuncusu da reklamın bir kitleye mesaj ulaştırmayı hedeflemesidir. Reklamla belirli bir kitleye ulaşmak, mal

⁷ Pelin Atilla Yörük, Reklamların Haksız Rekabet Boyutu Karşısında Tüketicilerin Korunması, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2018, s. 9; Tekelioğlu, s. 13.

⁸ Derya İçöz, Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, 16.

⁹ Aylin Dışbudak, Türk Hukukunda Aldatıcı Reklamlar, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 10; Atilla Yörük, s. 11.

¹⁰ Celal Göle, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 1983, s. 36; Atilla Yörük, 11.

¹¹ Gülenda Atay, "Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması" 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Hükümlerine Göre Tüketici Hukuku Uygulamalarında Tüketicinin Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 151; Atilla Yörük, s. 10.

veya hizmeti tanıtmak, bu tanıtım sonucunda talebi arttırmak amaçlanmaktadır.¹²

Ücretin ticari reklamın zorunlu bir unsuru olup olmadığı konusunda ise hâkim görüş, bir tanıtımın ticari reklam olması için bu unsurun zorunlu olmadığıdır.¹³

Ticari reklamın içermesi gereken unsurların yanında, ticari reklamda uyulması gereken birtakım kurallar da mevcuttur.¹⁴ Artan rekabet nedeniyle ticari reklamların artması ve reklamlardaki aldatıcı ifadeler nedeniyle tüketicilerin iradelerinin olumsuz şekilde etkilenme ihtimali, tüketicilerin korunmasını zorunlu hale getirmiştir.¹⁵ Böylelikle ticari reklamlarla tüketicinin manipüle edilerek tüketici aleyhine haksız kazanç sağlanmasının önüne geçilmek istenilmiştir.¹⁶

TKHK'da ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeler sıralanmıştır. Kanunda belirlenen ilkelere göre ticari reklamların; Reklam Kurulu'nca belirlenen ilkelere,¹⁷ genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olması gerekmektedir.¹⁸ Bu kurallara uyulmayan reklamların ise aldatıcı reklam niteliği taşıyacağı ifade edilmiştir. Mevzuatta bazı reklamlar özel olarak düzenlenmiş ve bu reklamlara has kurallar öngörülmüştür.¹⁹ Örtülü reklam da özel olarak düzenlenen ve yapılması yasaklanan bir reklam türüdür.

¹² Dilek Şahinci, *İnternette Aldatıcı Reklam ve Reklam Verenlerin Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 21; Atay, s. 151; Atilla Yörük, s. 12.

¹³ Hayrunnisa Özdemir, "Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması", *AÜHFED*, C.4 S.3 s. 66; Aksi yönde Şahinci, s. 21.

¹⁴ Pınar, s. 534.

¹⁵ Aydın Zevkliler/Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 415; İlhan Kara, *Tüketici Hukuku*, Engin Yayınları, Ankara 2015, s. 76.

¹⁶ Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 304.

¹⁷ Özel, s. 324.

¹⁸ 4077 sayılı Kanun'da reklamlarda uyulması gereken ilkeler sayılırken reklamların kanuna uygun olması gerektiği de zikredilmekteydi. 6502 sayılı Kanun'da bu ifadeye yer verilmesi de bu durum reklamların Kanun'a uygun olması gerektiği gerçeğini değiştirmeyecektir. Dilek uzcu, 6502 Sayılı Yeni Tüketici Kanunundaki Reklam Hükmülerine Eleştirel Bir Bakış, *Terazi Hukuk Dergisi*, C:9, S:89, s.98; Atilla Yörük, s. 36.

¹⁹ Örtülü reklam, karşılaştırmalı reklam, fiyat bilgisi içeren reklam, indirimli satış reklamları, çekiliş, yarışma, promosyon reklamları, tanıklı reklamlar, çevreye ilişkin beyanlar içeren reklamlar, çocuklara yönelik reklamlar, aşırı tüketimi tavsiye edilmeyen ürünlere ilişkin reklamlar, finansal hizmetlere ilişkin reklamlar özel olarak düzenlenen reklamlardır.

1.2. Örtülü Reklam

1.2.1.Tanımı

Ticari reklamın unsurları sayılırken, reklam verenin açık veya anlaşılabilir olması ve reklam yapma iradesinin bulunması gerektiği ifade edilmişti.²⁰ Bu unsurlardan da anlaşılabilceği üzere, bir mecrada yayınlanan bilgi ve ifadelerin reklam olduğunun tüketici tarafından anlaşılabilmesi gerekmektedir. Aksi hal, tüketicinin iradesinin olumsuz biçimde etkilenmesine yol açarak, tüketicinin aldatılmasına ya da yanıltılmasına sebep olacaktır.²¹ Ancak rekabetin artması, reklamı yasak olan ürün ya da hizmetlerin tanıtımını yapma amacı, reklamların izlenme oranının düşüklüğü ve reklam maliyetleri gibi sebepler neticesinde örtülü reklam olarak adlandırılan bu tür reklamların kullanımı gün geçtikçe artmaktadır.²²

Tüketicinin farkında olmadan reklama maruz kaldığı, etik olmayan bir biçimde tüketim tercihinin etkilenmeye çalışıldığı bu tür reklamların yapılması reklam mevzuatımız ile yasaklanmıştır.²³ TKHK'nın 61. maddesinde, "Reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticari unvan veya işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer alması ve tanıtıcı mahiyette sunulması örtülü reklam olarak kabul edilir. Her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır." hükmüne yer verilmiştir.

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 4. maddesinin birinci fıkrasının k bendinde örtülü reklamın tanımı yapılmış, örtülü reklam; "reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo ya da diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticaret unvanı ya da işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer alması ve tanıtıcı ma-

²⁰ Emrehan İnal/Başak Baysal, Reklam Hukuku ve Uygulaması, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2008, s. 42.

²¹ Uğur Aktekin/ Başak Gürbüz, "Türkiye'de Örtülü Reklamlar ve Uygulamada Durum", *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, S.9, s. 42; Tekelioğlu, s. 77.

²² Zevkliler/Özel, s. 424-425; Özel, s. 307.; Aktekin/Gürbüz, s. 44; Şahin, s. 66-76.

²³ Zülal Katı, Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017, s. 47; Deryal/Korkmaz, s. 212.

hiyette sunulması” olarak tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 22. maddesiyle de her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılmasının yasak olduğu; reklamların, mecra kuruluşlarının editoryal bağımsızlığını etkileyecek şekilde kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Örtülü reklamın tespiti ve hangi hallerin örtülü reklam olarak değerlendirileceği hususu da Yönetmeliğin 23’üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; yazı, haber, yayın ve programlarda; isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticaret unvanı veya işletme adları ile bunları temsil eden kurum ve kişiye ilişkin bilgi ve görüntüler, içinde yer aldıkları yazı, haber, yayın veya programların formatı ile konu, içerik, sunum, konumlandırma ve süre açısından uyumlu değil, abartılı ve orantısız ise, haber verme, yayma ve bilgi alma hakkı çerçevesinde yayınlanan yazı, haber, yayın veya programlarda bu amaçlar aşılmışsa, tüketici tercihlerini bilinçli olarak yönlendirebilecek ifadelerle yer verilmişse,²⁴ örtülü reklamdaki bahsedilecektir. Bunlara ek olarak; turizm, folklor, kent belgeselleri ile bazı mal veya hizmetlerin denenerak tüketicilerin bilgilendirilmesine yönelik yazı, haber, yayın ve programlarda; isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticaret unvanı veya işletme adları ile bunları temsil eden kurum ve kişiye ilişkin bilgi ve görüntülerin yer alması halinde, tabela veya afiş gibi unsurlar abartılı biçimde öne çıkarılmışsa ve ayrıntılı iletişim bilgilerine yer verilmişse, kentsel alanlarda ve sokak görüntülerinde, her türlü röportaj uygulamasında ve haber değeri taşıyan sportif, kültürel ve sanatsal etkinliklerin yapıldığı mekanlarda yer alan isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadeler ile ticaret unvanı veya işletme adlarına ait tabela veya afiş gibi unsurlar abartılı biçimde gösterilmişse, örtülü reklamdaki bahsedilecektir.

TKHK ve TRHTUY’de yer verilen ifadelerden hareketle, örtülü reklamın bazı unsurları içermesi gerektiği söylenebilir. Öncelikle örtülü reklam, niteliği itibariyle ticari reklam olduğundan, ticari reklam için aranan unsurların (tanıtıcı bir mesaj içermek, tanıtımın ticari amaçlarla yapılması, reklam verenin açık ya da anlaşılır olması, reklamın hedeflediği kitleye yönelik bir mecrada yapılması) mevcut olması gerekmektedir.²⁵ Bir ticari reklam, bu unsurları barındırmakla beraber reklam

²⁴ İnal/Baysal, s. 45.

²⁵ Oğuz Şahin, Örtülü Reklamların Hukuk Sistemindeki Yeri, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Uzmanlık Tezi, Ankara 2004, s. 14; Arzu Erol, Türk Hukukunda Örtülü

uyarısı içermez, yazı, haber, yayın ve programlarda reklam yapma amacıyla bir mal veya hizmete ilişkin tanıtıcı ifadeler yayının maksadını aşar, orantısız ve abartılı olursa örtülü reklam niteliği taşır.²⁶

Örtülü reklamın en belirgin özelliği, reklam olduğunun açıkça ifade edilmeyişidir. Bu tarz reklamlarda reklam uyarısı mevcut olmamakta; tüketici, reklam izlediğini bilmeden, iradesi dışında reklam yayınına maruz kalmaktadır.²⁷

İkinci olarak, örtülü reklam yayının arasına gizlenmekte, yayının sunulduğu itibarıyla içerikten kolay bir şekilde ayrılamamaktadır. Örneğin TRHTUY' de sayıldığı üzere haber, belgesel, kültürel tanıtım yayını gibi yayınlarda, bu yayının parçası edasıyla ve fakat reklam yapma amacıyla hareket edilmesi söz konusudur. Bu kısımda dikkat edilmesi gereken husus, yayında yer verilen ifadelerin orantısız ve abartılı olmasıdır. Bu hususlar reklam yapma iradesinin tespiti açısından da önemlidir. Örneğin bir kent tanıtımında kentin meşhur bir yemeğini tanıtırken, yemek yenilen restoranın bilgilerine yer verilmesinin yanında ürün ve hizmetin tanıtımı aşacak şekilde övülmesi, tüketicilerin bu mekâna gelmelerinin teşvik edilmesi halinde ya da bir yayında görülen içecek kutusunun abartılı şekilde uzun uzun gösterilmesi durumunda örtülü reklam söz konusudur.

Örtülü reklamın özellikleri ne kadar somutlaştırılmaya çalışılırsa çalışılırsa, reklam yapma iradesi, abartı, orantısızlık gibi kavramlar subjektif kavramlardır. Bu sebeple örtülü reklamın tespiti zordur. Örtülü reklamın tespitinde de aldatici ve yanıltıcı reklamın tespitinde olduğu gibi ortalama tüketici ölçütüne başvurmak gerekmektedir.²⁸ Tanıtımın örtülü reklam olup olmadığı hususu, reklamın hitap ettiği hedef kitleye göre belirlenecek ortalama tüketiciye göre tespit edilebilir.²⁹

Reklam, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2017, s. 48.

²⁶ Aktekin/Gürbüz, s. 45-50; Erol, s. 44; Özel, s. 309.

²⁷ Erol, s. 48.

²⁸ Kanununun haksız ticari uygulamaları düzenleyen 62. maddesinde ve TRHTUY' de ortalama tüketici ifadesine yer verilmiştir. Ortalama tüketici Yönetmeliğin 4. maddesinin birinci fıkrasının j bendinde; Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır.

²⁹ İnal/Baysal, s. 78; Tekelioğlu, s. 77; Mehmet Ali Aksoy, "2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama

2. Sosyal Medya Reklamları, Sosyal Medya Etkileycisinin Yaptığı Örtülü Reklamlar ve Bu Reklamlardan Sorumluluk

2.1. Sosyal Medya Reklamları

İnternetin ilk kez kullanılmaya başlanıldığı günden bugüne, kullanım alanı çeşitlenmiştir. Başlarda kullanıcıların belirli sayfaları ziyareti ve bu sitelerdeki bilgiye erişimi ile kısıtlı olan internet, artık kullanıcıların da aktif olarak içeriğine katkıda bulunduğu platformlarla çeşitlenmiştir. Sosyal medya olarak adlandırılan ve “Web 2.0’ın kullanıcı hizmetine sunulmasıyla birlikte, tek yönlü bilgi paylaşımından, çift taraflı ve eş zamanlı bilgi paylaşımına ulaşılmasını sağlayan medya sistemi” olarak tanımlanan³⁰ bu platformlar, cep telefonlarından da internet erişiminin mümkün olması neticesinde artık milyarlarca kullanıcıya sahiptir.³¹ Bu platformlar sayesinde kullanıcılar sadece hedef olarak değil aynı zamanda içerik üretici ya da paylaşıcısı olarak bu platformlarda bulunabilmektedirler.³²

Sosyal medya platformlarının sayısının ve kullanıcı sayısının artması neticesinde sosyal medya platformları da birer reklam mecrası haline almıştır.³³ Bu durumun birçok sebebi mevcuttur.³⁴

Sosyal medyada reklamlar, geleneksel mecralara göre çok daha hızlı şekilde yayınlanabilmektedir. Geleneksel reklamda, reklamın hazırlanması ve mecrada paylaşılması büyük bir hazırlık süreci gerektirmekte iken reklamın sosyal medyada hazırlanma ve yayınlanma süreci çok hızlı olabilmektedir.³⁵

Örnekleri”, *iÜHFM*, C. LXXIII, S. 1. s. 299.

³⁰ https://tr.wikipedia.org/wiki/Sosyal_medya (E.T.:18/8/2021)

³¹ Semih Sırrı Özdemir/Zahid Doğanay “Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y:7 S:13, Haziran 2019, s. 299; Duygu Talih Akkaya/Ayşe Akyol/Gülhayat Gölbaşı Şimşek “The Effect Of Consumer Perceptions On Their Attitude, Behavior And Purchase Intention In Social Media Advertising” *Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C: 39, S: II, Aralık 2017, s. 364.

³² Özdemir/Doğanay, s. 295.

³³ Akkaya/Akyol/Şimşek, s. 363.

³⁴ Ayşe Sarıtaş, “Sosyal Medya Reklamlarında Fenomen Kullanımı ve Reklam İzleme Tercih”, *The Journal of International Scientific Researches*, 2018, s. 63; Lütfiye Can, *Sosyal Medya Reklamlarının Markaya Yönelik Tutuma Etkisi: Facebook Üzerinde Bir Uygulama*, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2016, s. 57-58; Akkaya/Akyol/Şimşek, s. 363.

³⁵ Sarıtaş, s. 63; Özdemir/Doğanay, s. 301.

Sosyal medya reklamları geleneksel reklamlara göre daha ucuzdur.³⁶ Geleneksel reklam mecralarında geniş kitlelere ulaşmak isteyen reklam verenler mecranın büyüklüğüne veya çeşidine göre değişik ücretler ödemek zorunda kalmakta iken sosyal medya reklamlarında çok daha ucuza reklam yapmak mümkün olmakta, sosyal medya etkileyicileri aracılığı ile yapılan reklamlarda bu maliyet daha da düşebilmektedir.

Diğer yandan, sosyal medya reklamlarında hedef kitleye çok daha kolay şekilde ulaşmak mümkündür.³⁷ Örneğin bir oyuncak reklamı çocuklara yönelik bir video paylaşım platformunda yapılırsa ya da oyuncak tanıtımı yapan sosyal medya etkileyicisi bu reklamı yaparsa doğrudan hedef kitleye ulaşılabilir. Geleneksel mecralarda ise hedef kitleye ulaşmak görece zordur.

Sosyal medya aracılığı ile yapılan reklamlar çeşitlilik göstermektedir. Genel anlamda bu reklamları, reklamı yayınlayanlar bakımından ikili bir tasnife tabi tutabiliriz. Bunlar sosyal medya platformunun kendisinin yayınladığı reklamlar ve sosyal medya kullanıcılarının yaptığı reklamlar olarak tasnif edilebilir.

Sosyal medya platformunun yaptığı reklamlar platformun doğrudan reklam verenlerin talebi üzerine yayınladığı, genellikle kullanıcıların verilerine göre kişiselleştirdiği reklamlarken,³⁸ kullanıcıların yaptığı reklamlarda platform yalnızca bir mecra olarak kullanılmakta, reklam verenler platform kullanıcıları vasıtasıyla hedef kitleye ulaşmaya çalışmaktadırlar.

2.2. Sosyal Medya Etkileyicisinin Yaptığı Örtülü Reklamlar

Sosyal medya etkileyicisi, sosyal medya platformlarının oluşmasıyla ortaya çıkan kavramlardan biridir. Influencer, fenomen, mikro ünlü, youtuber, yayıncı gibi isimlerle anılan bu kişiler, kullandıkları platformlarda çokça takipçiye ve geniş etki alanına sahip kişilerdir.³⁹

³⁶ Özdemir/Doğanay, s. 301; Sarıtaş, s. 63; Şahinci, s. 57.

³⁷ Şahinci, s. 23; Akkaya/Akyol/Şimşek, s. 366; Şahinci, İnternet, s. 57.

³⁸ Akkaya/Akyol/Şimşek s. 367; Özdemir/Doğanay, s. 307.

³⁹ K. Leyla Bingöl, "Influencer'ların Yaptıkları Reklam ve Tanıtımlardan Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu" *Terazi Hukuk Dergisi*, C:16, S:178, Haziran 2021, s. 1075-1076; Sarıtaş, s. 66.

Sosyal medya etkileycilerinin etki alanlarının genişliği nedeniyle sahip oldukları güç, ürün veya hizmet tanıtımında reklam verenlerce kullanılmak istenilmektedir.⁴⁰ Sosyal medya, ticari reklamın iletilmesinde mecra olarak kullanılabilirse de bu kullanım, kurallardan başışık şekilde yapılamaz. Sosyal medya reklamlarında da ticari reklamlar için öngörülen kurallara uyulması zorunludur.⁴¹ Sosyal medya etkileycilerince yapılan tanıtımlarda ise -gerek bu tarz reklamların henüz çok yeni olması sebebiyle konu hakkındaki bilgisizliğe gerekse bu mecranın denetlenmeyeceği düşüncesine bağlı olarak- mevzuata aykırı ticari reklamlar yapıldığı görülmektedir.⁴² Bu problemin ortaya çıkmasında Reklam Kurulu'nun uzun bir süre bu alanda denetim yapmaması da önemli rol oynamıştır.

Sosyal medya platformlarındaki paylaşımların ticari reklamlarda uyulması gereken hususlara aykırı olduğu, dolayısıyla idari yaptırıma tabi tutulduğu birçok örnek bulunmakta ise de sosyal medya kullanıcılarının yaptığı tanıtımların ticari reklam olarak nitelendirilmesi ve denetlenmesi hem ülkemizde hem de dünya genelinde yeni bir durumdur. Ülkeler artarak devam eden bu duruma karşı çözüm üretmek için çeşitli girişimlerde bulunmaktadır.⁴³ 14.1.2020 tarihinde 292 sayılı Reklam Kurulu toplantısı ile ilk kez, bir sosyal medya platformunda yayınlanan örtülü reklamın denetlenerek idari yaptırım uygulanması önemli bir gelişmedir. Bu tarihten sonra da çeşitli toplantılarda, farklı platformlarda yayınlanan örtülü reklamlara yönelik idari yaptırım uygulanmıştır.⁴⁴ Bu durumun, bu mecranın ticari reklam amacıyla kullanılırken dikkatli davranılmasına yol açacağı muhakkaktır.

⁴⁰ Yiğit Yıldız/ Dilara Esen, "Türk Hukuku ve Influencer Marketing", <https://www.mondaq.com/turkey/social-media/1059842/trk-hukuku-ve-influencer-market305ng> (E.T.:9/3/2022); Sarıtaş, s. 64.

⁴¹ Yıldız, Esen, <https://www.mondaq.com/turkey/social-media/1059842/trk-hukuku-ve-influencer-market305ng> (E.T.:9/3/2022)

⁴² Özdemir/Doğanay, s. 303; Mete Çamdereli/Nihal Kocabay Şener, "Örtülü Reklamın Örtüsünü Aralamak", *Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, S.25, s. 218.

⁴³ <https://www.inta.org/wp-content/uploads/public-files/advocacy/committee-reports/Recent-Developments-in-Influencer-Marketing-and-Unfair-Competition.pdf> (E.T.:20.8.2021); https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/osm-final-report_en.pdf (E.T. 20.8.2021).

⁴⁴ Bknz. 292, 299, 307, 308, 309, 310, 311 sayılı toplantılar. <https://www.ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>. (E.T. 20/8/2021)

Reklam Kurulunun, sosyal medya etkileyicileri tarafından yapılan reklamlara ilişkin yaptığı denetimlerde tespit edilen aykırılıkların, örtülü reklam üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. Örtülü reklamın özellikleri göz önünde bulundurulduğunda sosyal medya etkileyicisinin yaptığı bir sosyal medya tanıtımının hangi hallerde örtülü reklam olarak nitelendirileceğinin ortaya konulması da önemlidir.

Örtülü reklamdaki söz edilebilmesi için öncelikle ticari bir reklamın varlığı gerekmektedir. Dolayısıyla tanıtımda ticari reklamın unsurları mevcut olmalıdır.⁴⁵ Başka bir deyişle sosyal medya etkileyicisi reklam yapma iradesi ile; bir ürün veya hizmete olan talebi arttırmak amacıyla hareket etmelidir.⁴⁶ Yaptığı tanıtımlarla takipçilerin ya da yayını takip eden platform kullanıcılarını hedef almalı ve onların tüketim tercihlerini değiştirmeyi amaçlamalıdır. Yapılan tanıtımda tanıtımı yapılan ürün veya hizmet açıkça belirtilmelidir. Sosyal medya etkileyicisinin bu tanıtım karşılığında bir ücret ya da menfaat elde etmiş olması ise gerekmemektedir.⁴⁷ Bu şartların varlığı tanıtıma ticari reklam vasfı kazandıracaktır. Tanıtım ticari reklam vasfı kazanmakla ticari reklamlarda uyulması gereken kural ve ilkelere de tabi olmakta ve bunlara uymak yükümlülüğü doğmaktadır.

Sosyal medya etkileyicisinin yaptığı ticari reklamın örtülü reklam vasfını kazanması için de tanıtımın reklam olduğu belirtilmemelidir. Takipçi veya yayını takip eden platform kullanıcıları, sosyal medya etkileyicisinin yaptığı tanıtımı, onun rutin paylaşımı olarak algılamalı, reklam olduğunu bilmeden paylaşımına maruz kalmalıdır. Reklam içeren kısım yayının bütününden ayırt edilememelidir. Yine yapılan paylaşımlarda sosyal medya etkileyicisi reklam yapma iradesiyle hareket etmelidir. Reklam yapma iradesinin tespiti bakımından ise yayının maksadını aşan abartı ve orantısızlık göz önünde bulundurulabilir, yine bu iradenin tespitinde ortalama tüketicinin değerlendirmesinin esas alınması önem arz eder.⁴⁸

Bu açıklamalara ek olarak, bir ürün ismen zikredilmemekle birlikte makul olmayacak bir biçimde gösterilirse, örneğin yayın esnasında

⁴⁵ Şahin, s. 14; Erol, s. 48.

⁴⁶ Aktekin/Gürbüz, s. 46.

⁴⁷ Çamdereli/Şener, s. 220.

⁴⁸ Erol, s. 52-54; Çamdereli/Şener, s. 217.

sürekli aynı marka içecek içilir, aynı marka kıyafet giyilirse burada bir ürün yerleştirmeden bahsedilebilecektir. Ürün yerleştirme suretiyle tanıtımlarda bu hususun vurgulanması halinde hukuka aykırılık olmayacak ise de reklam vurgusu yapılmaksızın bu husus devam ederse örtülü reklamlardan bahsedilecektir.⁴⁹

Söz konusu özellikler Reklam Kurulunun güncel kararları bakımından örneklendirilebilir; sosyal medya platformunda yapılan tanıtımda ürün reklam verenin verdiği ücret karşılığında incelenir ve bu inceleme reklam olduğu belirtilmeden yayınlanırsa,⁵⁰ sağlıklı yaşam önerilerinde bulunan bir doktor, balık yağının faydalarından bahseder, kullanılmasını önerir, sonrasında belirli bir marka balık yağını zikrederek, onun olumlu yönlerini vurgular ve satın alınmasını tavsiye ederse,⁵¹ takviye edici bir besinin tanıtımında ürün bilgi ve ambalajı ile birlikte ürünü över nitelikte orantsız ifadelerle yer verilirse,⁵²

⁴⁹ Şahin, s. 56; Erol, s. 43; Çamdereli/Şener, 217; Aktekin/Gürbüz, s. 54.

⁵⁰ RK. 13.4.2021 tarihli ve 308 s. T. Dosya No:2021/874; "Özel İnceleme" alanı altında yapılan paylaşımlarda "Bu yayın bir özel inceleme yayınıdır. Reklam veya tanıtım niteliğinde olmayan özel inceleme yayınlarımız, firmaların talepleri doğrultusunda belirlenen ürünlerin marketlerde/eczanelerde bizzat tespit edilerek incelenmesiyle oluşturulmaktadır. İnceleme metni ve görselleri tarafımızca bağımsız ve tarafsız şekilde hazırlanmaktadır. Gıda Dedektifi web sitesi ve sosyal medya hesaplarında ücretli olarak yayınlanmaktadır." şeklinde beyanda bulunulmasına rağmen söz konusu internet sayfası ve sosyal medya paylaşımı üzerinde "reklam", "editorial", "advertorial" vb. reklam içeriği olduğuna ilişkin herhangi bir ifade ve ibareye yer verilmediği tespit edilmiştir." <https://www.ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>. (E.T.:21/8/2021)

⁵¹ RK. 13.7.2021 311 s.t., Dosya No: 2021/1603; "Öte yandan, inceleme konusu paylaşımında Omega-3 yağ asitlerine ilişkin olarak yer verilen, "Omega yağ asitlerinin çocuk sağlığı ve gelişimi için önemli olduğunu biliyoruz.. Özellikle fiziksel, zihinsel ve sosyal gelişimleri için.. Beyin gelişimi, uyku kalitesi üzerine etkisi.. Çalışmalar gösteriyor ki ayrıca dikkat eksikliği ve astım semptomlarını da azaltıyor.. Özellikle DHA vücutta çok az üretiliyor, bu nedenle dışardan alınması gerekmektedir.. Balık yağı tercih ederken DHA ve EPA oranları bizim için önemli.. Bunlar vücuttaki enflamasyonu azaltıyor. Kronik hastalık riskini (özellikle kalp) azaltıyor.." ifadelerinin birer sağlık beyanı olduğu, Omega-3 yağ asitlerinin insan sağlığı ve çocuk gelişimi üzerindeki etkilerini ifade eden ve endikasyon belirten bu tür beyanlarla örtülü bir şekilde reklamı yapılan Easyfishoil adlı ürüne atfı yapılarak anılan ürünün hastalıkların ve çeşitli sağlık sorunlarının tedavisinde, iyileştirilmesinde veya önlenmesinde etkili olduğu şeklinde yanıltıcı bir izlenim oluşturulduğu..." Benzer yönde: Dosya No: 2021/1602, Dosya No: 2021/1601, Dosya No: 2021/1599, Dosya No: 2021/1598, Dosya No: 2021/1597. <https://www.ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>. (E.T.:21/8/2021)

⁵² RK. 13.7.2021 311 s.t., Dosya No: 2021/1376, "...Instagram hesabından yapılan yayınlarda, "Lipozone Lipozomal Vitamin C" ve "Çinkopast Pastil" isimli takviye edici gıda niteliğinde olan ürünlere ilişkin olarak "Daha güçlü...daha dirençli" ,

kullanılan, beğenilen bir ürün abartılı ifadelerle övülür ve satın alınması için bir satıcıya yönlendirmede bulunulursa⁵³ sağlık kuruluşlarının mevzuatta izin verilen bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri için

“Bağışıklığa ikili destek” ve “Bağışıklığa acil destek” ifadeleri ile söz konusu ürünlere ait ambalaj görsellerine yer verildiği,

Ancak, söz konusu paylaşımların toplumun aydınlatılma ve bilgilendirilme ihtiyacını karşılama amacının dışında olup, “Lipozone Lipozomal Vitamin C” ve “Çinkopast Pastil” markalı gıda takviyelerine yönelik talep yaratıcı nitelikte olduğu ve Yönetmelik’te belirtilen abartısız ve orantılı olma, tüketicilerin aydınlanma ve bilgilendirme ihtiyacını karşılama ve tüketici tercihlerini bilinçli olarak yönlendirebilecek şekilde mal veya hizmetlerin kiralanmasının veya satın alınmasının teşvik edilmemesi ölçülerini aştığı, dolayısıyla söz konusu paylaşımlar ile “Lipozone Lipozomal Vitamin C” ve “Çinkopast Pastil” markalı ürünlerin örtülü reklamının yapıldığı değerlendirilmiş olup...” <https://www.ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>. (E.T.:21/8/2021)

⁵³ RK 13.7.2021 311 S.T. Dosya No: 2021/1850; “...Anılan sosyal medya hesabının 22.03.2021 tarihli paylaşımında ise; “Aylar önce Hepsiburada’dan aldığım tabak takımım ki bir sürü kez de sorulmuştu... Şimdi alışveriş baharında benim aldığım dan daha da indirimli bir şekilde satılıyor, hepsinin renginin farklı olması mükemmel...” ifadeleriyle birlikte “@hepsiburada” etiketine yer verildiği tespit edilmiştir...”;

RK 4.5.2021, 309 S.T., Dosya No:2021/1224; “... Instagram hesabında 23.01.2021 tarihli bir paylaşımında “Fellas cidden artık benim dostum gibi bir şey oldu. Mutlaka çantama ya da arabaya iki üç paket atıyorum ve gün içinde beni sağlıklı tutuyor. Birkaç senedir ülke pazarındaki haklı yükselişini de severek ve gururla takip ediyorum. Şimdi de Fellas, Türkiye’nin ilk Vitamin Meyve Bar’ını çıkardı ve içeriğindeki C vitamini, çinko ve propolis ile bağışıklık sistemini destekliyor. %100 doğal içerikli Fellas Vitamin Meyve Bar’lar, şeker ilavesiz, vegan, glutensiz ve koruyucusuz! Üstelik tüm *Migros, Macrocaenter ve seçili online satış kanallarından ulaşılabilir. @fellasfoods #fellas #fellasvitaminmeyvebar” ifadelerine yer verildiği tespit edilmiştir.; <https://www.ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>. (E.T.:21/8/2021)

RK 10/8/2021, 312 S.T.: “Sosyal medya hesabının 04.06.2021 ve 28.06.2021 tarihli görünümünde yer alan paylaşımlarında; “Ready to be snakes queen. #BulgariMagnifica #bulgari #BulgariHighJewellery @bulgari, Fairytale or what! @bulgari #bulgari #BulgariHighJewellery #BulgariMagnifica... Bvlgari presents Magnifica...#SerenayXMaviicon koleksiyonu çooook yeni, çooookkk havalı, çooookkk çekici! Hepimize çok yakışacak... S521 Serenay X Mavi Icon’a az kaldı.... Are you ready???? #Serenayxmaviicon #yarınubekle... Come dance with me @mavi #SerenayMaviicon,... LOVE #SerenayMaviicon @mavi...”

“Herkes @headandshoulderstr ‘larını hazırladıysa başlayalım mı? #winteriscomingagain... Diğer yanım @headandshoulderstr “ifadeleriyle birlikte “@bulgari”, “@mavi” ve “@headandshoulderstr” etiketlerine yer verildiği tespit edilmiştir.”... İnceleme konusu tanıtımlar vasıtasıyla söz konusu markaların ürünlerinin tanıtımının yapıldığı, sosyal medya hesaplarına yönlendirildiği, ancak herhangi bir reklam ibaresi bulunmadan şahsın takipçilerini anılan markalara yönlendirme yapılmak suretiyle markaların örtülü reklamının yapıldığı değerlendirilmiş olup...” <https://www.ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>. (E.T.:3/9/2021)

öngörülen kapsam aşılırsa,⁵⁴ yaşanan şehirle ilgili haberlere yer verirken şehirdeki işletmelerle ilgili işletmenin açılış, indirim, kampanya paylaşımları yapılırsa,⁵⁵ reklamı yasak olan ürünlerle ilgili, sağlık beyanlarına, iyileştirici özelliğe vurgu yapılır ve bunun reklam olduğu belirtilmezse⁵⁶ örtülü reklamın varlığı kabul edilmektedir.

2.3. Sosyal Medya Etkileycisinin Yaptığı Reklamlardan Sorumluluk

Sosyal medyada yayınlanan reklamların ticari reklamlar için öngörülen kurallara uygun olmaması sebebiyle idari yaptırıma tabi tu-

⁵⁴ RK 13.7.2021 tarihli 311 S.T., Dosya No: 2021/1850; "...Aslında hem beslenme düzenim için hem de buradaki içsel ve dışsal tedavilerim için... .. En kaba tabiriyle, genişçe bir bakıma girdim, sindirim sisteminden tutun, karaciğer temizliğine, lenf masajlarından, cilt yenimelesine kadar, çünkü bunların hepsi birbiriyle bağlantılı şeylermiş... Benim yüzüm hep kupkurudur derdim, bunun temelinde karaciğerde bir problemin yattığını bilmezdim... Burada iki aydır devam ettirdiğimiz şey temizlenme paketi benim için... çeşit çeşit kürlerim oluyor 10 günde bir, 20 günde bir, hepsinin farklı amaçları var, bakterileri, aldığımız, maruz kaldığımız olumsuz birçok şeyi temizlemek üzerine yapıyor. Çok sistemli, çok düzenli, çok yoğunuz diyorlar ama bir kişi bile görmüyorum o da mesela mükemmel bir organizasyonu başarısı diye düşünüyorum... O kadar özen gösteriyorlar ki danışanların hiçbiri birbirini görmüyor mesela... Haftada 2 gün geliyorum, daha 10 uncu günün sonunda dedim ki ben kendimi çok iyi hissetmeye başladım..." ifadeleri içeren ve tanıtımlarda bahsedilen kuruluşun "irclinic" isimli instagram hesabında yayınlanan tanıtımlar "Sorulara toplu cevap videosu geldi. Hem vegan beslenme, hem bana uygulanan sağlık programı tecrübemi anlattım @irclinic" ifadeleriyle paylaşıldığı, <https://www.ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>. (E.T.:21/8/2021)

⁵⁵ RK 8.6.2021 310 S.T., Dosya No: 2021/1295; "... "Tire' de Son Dakika" isimli grupta yapılan paylaşımlarda "Vizyon Halı Yıkama", "Onur Gözde Pide Salonu", "İtimat Fast Food", "Tire TAC Kolejleri", "Umut Halı Yıkama", "Marina Spo", "Ayaküstü Smyrn", "Komagene Çiğ Köfte", "Gurme Room Tire", "Adıyörem Çip Köfte", "Everest Dezenfeksiyon", "İzmoto Yamaha Yetkili Bayii", "Öz Derekahve Ekmek Fırını", "Kocatürk Okulları", "Demiroğlu Baklavaları", "Yıldız ısıtma ve soğutma sistemleri", "Kardeşler Yapı Mantolama" gibi muhtelif birçok işletmenin açılış, indirim, kampanya paylaşımlarını yapmak suretiyle örtülü reklamlarının yapıldığı değerlendirilmiş olup..." <https://www.ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>. (E.T.:21/8/2021)

⁵⁶ 14.7.2020 tarihli 299 S.T., Dosya No:2020/503; "... İnceleme konusu reklamlarda yer alan ve yukarıda belirtilen beyanların birer sağlık beyanı olduğu, bu tür beyanlarla takviye edici bir gıda niteliğinde olan söz konusu ürünün, Covid-19, grip, nezle ve soğuk algınlığı şeklinde isimlendirilen viral enfeksiyonlara karşı iyi geldiği veya bu hastalıkların bu ürünle tedavi edildiği veya tedavisine yardımcı olduğu mesajının verildiği ... Ayrıca, sosyal medya hesabında yayınlanan bu tanıtımlarda, açıkça reklam olduğu hususunun da belirtilmemesi nedeniyle Reklam Mevzuatında yer alan "Örtülü Reklam" a ilişkin hükümlerin de ihlal edildiği,"; Benzer Şekilde 2020/504, 2020/505, <https://www.ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>. (E.T.:21/8/2021)

tulması halinde bu yaptırımdan kimlerin sorumlu olacağı hususu da önem arz etmektedir.

TKHK'nın 77. maddesinin on ikinci fıkrasında, Kanun'un 61. maddesinde belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket eden reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları hakkında durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası ve gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası uygulanacağı, ihlalin niteliğine göre bu cezaların birlikte veya ayrı ayrı verilebileceği hükmüne yer verilmiştir. İlgili hüküm uyarınca reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşlarının hukuka aykırılıktan sorumlu tutulacağı söylenebilir.⁵⁷

Bu kısımda tartışılması gereken husus, sosyal medya reklamlarındaki hukuka aykırılıklardan ötürü, sosyal medya etkileyicileri aleyhine idari yaptırım tesis edilip edilemeyeceğidir. Bu sebeple mecra ve mecra kuruluşu kavramlarının ve Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuzun incelenmesi gerekmektedir.

2.3.1. Sosyal Medyanın Mecra Niteliği

Ticari reklamın unsurlarını sayarken reklamın bir kitleye mesaj ulaştırmayı hedeflediğini ifade etmiştik. Ticari reklamların kitleye ulaşması, uygun mecrada yayınlanması ile gerçekleşir. Ticari reklamın mevzuatta yer verilen tanımında da bu husus vurgulanmıştır. Mecra kavramı Yönetmeliğin 4. maddesinin birinci fıkrasının 1 bendinde; "Reklam ve tanıtım mesajını ileten ve o mesajı alma durumunda olan kişi, grup ya da topluluğun bulunduğu yeri ve ortamı; televizyon, her türlü yazılı basın, internet, telefon, radyo, sinema gibi iletişim kanalları ile açık hava, basılı materyal gibi iletişim araçları..." olarak tanımlanmıştır.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere mecra kavramı geniş tutulmuş, hemen hemen tüm iletişim araçları mecra olarak kabul edilmiştir. İnternet de tanımda özellikle zikredilmiştir. Tanımda internet kavramına bir sınırlama getirilmediği de göz önüne alındığında bu araçla dolayısıyla sosyal medya platformları aracılığı ile yapılan tüm tanıtımlar,

⁵⁷ Şahin, s. 12.

ticari reklamın unsurlarını sağlaması halinde ticari reklam olarak kabul edilecektir.⁵⁸ Dolayısıyla yayınlanan reklamlarda ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeler gözetilmek zorundadır. Aksi halde bu tür reklamlar nedeniyle idari yaptırım uygulanması söz konusu olacaktır.

2.3.2. Mecra Kuruluşu Kavramının Kapsamı

TKHK'da mecra kuruluşu kavramına yer verilmiş ise de bu kavramın tanımı yapılmamıştır. Bu kavram TRHTUY'de; "reklamın yayınlandığı ve hedef kitleye ulaştırıldığı her türlü mecra'nın sahibi olan veya bunları işleten ya da kiraya veren gerçek veya tüzel kişidir." şeklinde tanımlanmıştır.

Tanımın bu haliyle yeterince açık olmadığı söylenebilir. İlk bakışta bu kavramla reklamı yayınlayan mecra'nın, örneğin gazete TV ya da internet aracılığı ile ise internet sitesi ya da sosyal medya platformu ise sosyal medya platformunun, ifade edildiği düşünülebilecektir. Hal böyle olunca sosyal medya etkileyicisine yayınlanan bir reklamda sosyal medya platformuna idari yaptırım uygulanması sorunu gündeme gelecektir. Ancak kullanıcının yaptığı bir ihlalden ötürü platforma yaptırım uygulanması hakkaniyetli bir davranış olmayacaktır.⁵⁹

Tanımda yer verilen işleten ifadesi göz önüne alındığında ise, sosyal medya platformunu kullanan kişilerin de mecra kuruluşu olarak adlandırılması ve hukuka aykırılıklardan sorumlu tutulmasının mümkün olduğu anlaşılacaktır.⁶⁰ Zira, sosyal medya platformlarınca bu kişiler için özgülenmiş bir sayfa bulunmakta, sayfa kullanımı konusunda platformun ilkelerine uyulmak şartıyla kullanıcıya özgürlük tanınmaktadır. Kullanıcının özgürce bu hesabı kullanmakta, içeriğini serbestçe belirleyebilmektedir.⁶¹

⁵⁸ Atay, s. 152; Çamdereli/Şener, s.220.

⁵⁹ 5651 sayılı Kanun gereği Sosyal medya platformlarının kullanıcılarının paylaşımlarını kontrol yükümlülüğü olmadığı ancak hukuka aykırı içeriklerin bildirilmesi halinde kaldırılmakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir. Özdemir/Doğanay, s. 326-327.

⁶⁰ Mecra kuruluşu sayılmak için kuruluşun sahibi olmak gerekmemekte, işleten ya da kiraya veren kişiler de mecra kuruluşu olarak adlandırılabilir. Atay, s. 159; 5651 sayılı Kanun'da Sosyal medya kullanıcıları içerik sağlayıcısı olarak tanımlanmış ve paylaşımlarından sorumlu tutulmuşlardır. (5651 m.4)

⁶¹ <https://tr-tr.facebook.com/help/instagram/581066165581870> (E.T.:14/3/2022)

Uygulamada, Reklam Kurulu'nca yapılan incelemelerde ise sosyal medya kullanıcılarının mecra kuruluşu olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu hiç tartışılmamıştır. Reklam Kurulu'nca hukuka aykırı eylem sosyal medya etkileyicisinin fiilinden kaynaklanmış ise bu kişiye karşı idari yaptırım uygulanmıştır. İhlal durumunda platforma karşı ise herhangi bir yaptırım uygulanmamıştır.

2.3.3. Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz

Mevzuatta sosyal medya etkileyicilerinin sorumluluğu konusunda açık bir düzenleme olmaması, "Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz" ile giderilmeye çalışılmıştır. 4.5.2021 tarihinde 309 sayılı Reklam Kurulu toplantısında alınan 2021/2 sayılı ilke kararla "Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz" yayınlanmıştır.⁶² Bu kılavuzun Kurul kararı ile yürürlüğe gireceği ifade edilmiştir.

Kılavuzun ilke karar olarak kabul edilmesinin önemi, TKHK'nın 61/2 maddesi gereğince ticari reklamların Reklam Kurulu'nca belirlenen ilkelere uygun olması gerektiği hükmü dolayısıyla ticari reklamların denetiminde ilke kararların doğrudan uygulanacak olmasındandır.

Bu kılavuzun yürürlüğe girmesi yürürlük tarihinden sonra daha sıkı denetim yapılacağı, denetimde kılavuzda belirtilen ilkelere uyulmaması halinde aykırılıkların idari yaptırıma tabi tutulacağı anlamına gelmektedir. Anılan kılavuz bir ilke kararı olduğundan sosyal medya reklamlarının denetiminde doğrudan uygulama imkânı bulacaktır. Nitekim kılavuzun yayımından sonraki Reklam Kurulu toplantılarında 22 sosyal medya etkileyicisine yaptıkları tanıtımların örtülü reklam yasağına aykırı olması sebebiyle idari yaptırım uygulanmıştır.⁶³

Kılavuz ile sosyal medya etkileyicileri tarafından yapılan ticari reklam ve ticari uygulamalar hakkında reklam veren, reklam ajansları, mecra kuruluşları ve reklamcılık ile ilgili tüm kişi, kurum ve kuruluş-

⁶² <https://tuketici.ticaret.gov.tr/duyurular/sosyal-medya-etkileyicileri-tarafindan-yapilan-ticari-reklam-ve-haksiz-ticari-uyg> (E.T.:10/3/2022)

⁶³ Bknz. 311 ve 312 S. Reklam Kurulu Toplantısı. <https://www.ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> (E.T. 3.9.2021)

lara yol göstermenin amaçlandığı ifade edilmiştir. Kılavuz bir bütün olarak incelendiğinde reklamın açık ve anlaşılır olmasının sağlanması, örtülü bir biçimde reklam yapılmaması ve reklamı yasak olan mal veya hizmetlere ilişkin reklam yapılamamasının amaçlandığı görülmektedir. Bu amaçlar aslında sosyal medya etkileyicilerinin yaptığı reklamlardaki aykırılıkların da özeti niteliğindedir. Nitekim sosyal medya etkileyicileri tarafından yapılan reklamlarda karşılaşılan en büyük sorun, örtülü reklamlar, yani yayının reklam olduğunun açıkça anlaşılabilmesidir. Bu aykırılıklar nedeniyle tüketiciler yayının reklam olduğunun farkında olmamakta, iradelerinin etkilenmesi ve yanıltılmaları söz konusu olmaktadır.

Sosyal medya etkileyicisi kavramının tanımı da ilk kez Kılavuz ile yapılmış, sosyal medya hesabı üzerinden kendisine veya reklam vereceğine ait bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla pazarlama iletişimde bulunan kişi olarak tanımlanan sosyal medya etkileyicisinin, Kılavuzun 12. maddesi ile bu Kılavuz maddelerine uyum konusunda sorumlu olduğu, hukuka aykırılıktan ve dolayısıyla idari yaptırım kararlarından sosyal medya etkileyicilerinin sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

Tanımla sosyal medya etkileyicisi kavramı ticari amaçla hareket etme şartı ile sınırlandırılmıştır. İngilizce influencer, Türkçeleştirilmiş hali ile sosyal medya etkileyicisi kavramı, geniş anlamda başkalarının davranışlarını etkileyen veya değiştiren kişi olarak tanımlanmıştır.⁶⁴ Bu çerçevede değerlendirildiğinde sosyal medyada geniş etki alanına sahip, takipçi kitlesini etkisi altına alıp yönlendirebilen herkes, sosyal medya etkileyicisi olarak kabul edilebilecektir. Ancak Kılavuzda yer verilen tanıma göre takipçi sayısı çok olan ya da takipçilerini etkileyen her sosyal medya platform kullanıcısı etkileyici değildir.⁶⁵ Tanım uyarınca ancak mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla pazarlama iletişimde bulunan kişiler sosyal medya etkileyicisi ola-

⁶⁴ <https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/ingilizce/influencer> (E.T.: 23/8/2021)

⁶⁵ Doktrindeki bir görüşe göre az takipçili kullanıcıların yaptığı tanıtımlar ticari reklamın unsurlarından olan hedef kitle şartını sağlamamakta bu sebeple bu tanıtımlar örtülü reklam kabul edilmemelidir. Çamdereli/Şener, s. 219.

rak değerlendirilecektir. Bu tarz faaliyetlerde bulunmayan platform kullanıcıları, etki alanları ne kadar geniş olursa olsun sosyal medya etkileyicisi olarak nitelendirilmeyecektir. Dolayısıyla söz konusu tanım- la ticari reklamların unsurları arasında saydığımız ticari amaç şartının vurgulandığı da söylenebilecektir.

Reklam Kurulu'nun ilke kararı ile kabul edilen Kılavuz ile sorumluluk tesis edilip edilemeyeceği hususunun da açıklanması gerekmektedir. Reklam Kurulu mevzuatla kendisine verilen yetki dolayısıyla ticari reklamlarla ilgili düzenlemeler yapma yetkisini haiz ise de bu yetki, ticari reklamlarda uyulması gereken hususların belirlenmesi ile sınırlıdır. Nitekim TKHK'nın 61. maddesinin ikinci fıkrasında ticari reklamların Reklam Kurulu'nca belirlenen ilkelere uygun olması gerektiği belirtilmiştir. Hükümden anlaşılacağı üzere Reklam Kurulu reklamlarda uyulacak ilkeleri belirleyebilecektir. Ancak idari yaptırım uygulanabilecek kişilerin belirlenmesi hususunda Reklam Kuruluna tanınmış bir yetki bulunmamaktadır.

Mevcut hukuki durum itibariyle mecra kuruluşu tanımında yer verilen işleten kavramı dolayısıyla sosyal medya etkileyicilerinin sorumluluğuna gidilebilecekse de idari yaptırımın yasal dayanağının güçlendirilmesi için hem TKHK'da hem de TRHTUY'de sosyal medya etkileyicilerini de kapsayacak değişikliklerin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.⁶⁶

3. Sosyal Medyada Yapılan Örtülü Reklama İlişkin Hukuki Denetim

Mevzuatta tüketicilerin ticari reklam ve haksız ticari uygulamalara karşı korunmasını sağlamak üzere birden fazla koruma yöntemi öngörülmüştür.⁶⁷ Çalışmamızda Reklam Kurulu vasıtasıyla yapılan denetime ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

⁶⁶ Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesinde, kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve doğrultusunda idari yaptırımların idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de belirlenebileceği ifade edilmektedir. Ancak doktrinde suç ve cezalarda aranan belirlilik, kesinlik ve öngörülebilirlik ilkelerinin kabahatler bakımından da önem taşıdığı ifade edilmektedir. Zeynep Nihal Aydınoglu, "İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında İdari Yaptırımlar" *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:2, S:1, Y:2017, s. 17.

⁶⁷ Bu yöntemler, reklam verenlerin reklamı kendilerinin denetlenmesine imkan veren reklam özdenetimi, tüketicinin reklamlar dolayısıyla uğradığı zararları gidermek

3.1. Reklam Kurulu'nun Denetimi ve İdari Yaptırımlar

TKHK'nın 63. maddesinin birinci fıkrası uyarınca; "Ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirleme ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yapmak, bu hususlar çerçevesinde inceleme ve gerektiğinde denetim yapmak, inceleme ve denetim sonucuna göre durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası veya gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası vermek hususlarında görevli bir Reklam Kurulu oluşturulacağı" ifade edilmiştir.⁶⁸

Reklam Kurulu, Reklam Kurulu Yönetmeliği'nin 7. maddesinin birinci fıkrasının c bendi uyarınca inceleme veya denetim sonuçlarına göre Kanun'un 61. ve 62. maddelerinde belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket edenler hakkında, Kanun'un 77. maddesinin on ikinci ve on üçüncü fıkralarında belirtilen idari yaptırımları uygulamak yetkisine sahiptir.

Yönetmeliğin 7. maddesinden de anlaşılacağı üzere Kurul, reklamların uygunluğunu denetlemek ve aykırılık halinde yaptırım uygulamakla görevlendirilmiştir.⁶⁹ Kurul aykırılık halinde tedbiren durdurma, durdurma, düzeltme veya idari para cezası uygulayabilecek, ihlalin niteliğine göre bu cezalar birlikte veya ayrı ayrı verilebilecektir.

Kurul, hukuka aykırı olma ihtimali bulunan bir reklamı reklamın sebep olabileceği zararları engellemek maksadıyla yapılacak detaylı inceleme sonuçlanıncaya kadar tedbiren durdurabilecek, bu gibi hal-

amacıyla Borçlar Kanunu uyarınca başvurabileceği hile hükümleri ve bu hüküm dolayısıyla sözleşmeyi feshetme ve zararlarını tazmin etme imkanı, Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümleri ve bu hükümler dolayısıyla başvurulabilecek tespit, men ve eski halin iadesi, maddi-manevi tazminat davaları, 6502 sayılı Kanun'un ayıplı mal ve hizmete ilişkin hükümleri ve bu hükümler dolayısıyla seçimlik haklara başvurma ve yine 6502 sayılı Kanun uyarınca Reklam Kurulunca ticari reklam ve haksız ticari uygulamaların denetlenmesidir. Katı, s. 90; Şahin, 77-85; Atilla Yörük, s. 104-109; Hüseyin Ülgen/ Mehmet Helvacı/ Arslan Kaya/ Füsün Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 567-580.

⁶⁸ Reklam Kurulunun tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Kararları Ticaret Bakanlığı tarafından uygulanmakta, Kurul kararlarına karşı başvuru idari davalar Ticaret Bakanlığına karşı açılmaktadır. İnal/Baysal, 80; Şahinci, İnternet, s. 61.

⁶⁹ Tüketiciler reklam vasıtasıyla zarara uğradıkları durumlarda Kurula başvurabileceklerse de Kurulun niteliği gereği, verilecek karar tüketicinin zararını gidermeyecek, bireysel olarak zararın tazmini sonucunu doğurmayacaktır. Tekelioğlu, s. 151.

lerde 3 ay için reklamın yayınlanması durdurulabilecektir. Reklam Kurulunca yapılacak inceleme sonucunda tedbiren durdurma, durdurma idari yaptırımına dönüşebileceği gibi, reklamın hukuka aykırı olmadığı kanaatinin oluşması halinde tedbiren durdurmanın kaldırılarak reklamın yayımına müsaade de edilebilecektir.

Bir ticari reklamın mevzuatta belirlenen kural ve ilkelere aykırı olması durumunda ise bu reklamın olumsuz etkilerini engellemek üzere anılan reklamın durdurulmasına karar verilebilecektir.⁷⁰

Reklam kurulunca hukuka aykırı bir reklamın düzeltilmesine de karar verilebilecektir. Bu yaptırımın amacı, reklam durdurulmuş olsa bile olumsuz etkilerinin devam ediyor olmasıdır.⁷¹ Söz konusu reklam düzeltilerek daha önce yayımlandığı süre ve yöntemle paralel biçimde yeniden yayınlanarak kamuoyunda oluşan yanlış algının düzeltilmesi, tüketicinin olumsuz etkilenmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.⁷²

Reklam kurulunun uygulayabileceği bir diğer yaptırım türü de idari para cezası uygulanmasıdır. İdari para cezasının miktarı ise TKHK'nın 77. maddesinin onikinci ve onüçüncü fıkralarında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede sosyal medya platformları bakımından bir ayrıma gidilmemiş olup reklamın internet aracılığı ile gerçekleşmiş olması halinde elli bin Türk Lirası idari para cezası verilecektir.

Dikkat edilmesi gereken bir husus da maddede sayılan idari yaptırımların, ihlalin niteliğine göre tek tek ya da birlikte uygulanmasının mümkün olmasıdır. Reklam Kurulu ihlalin derecesine göre idari yaptırımın türü ve ağırlığını belirleyebilecektir.

Reklam Kurulu'nca sosyal medya etkileyicilerine örtülü reklam yasağına aykırı hareket etmelerinden ötürü uygulanan yaptırımların çoğunlukla durdurma ve idari para cezası olduğu görülmektedir. Sosyal medya reklamlarının henüz yeni olması ve toplumda yeterli farkındalık olmadığı düşünüldüğünde, durdurma yaptırımını uygulanması kanaatimizce de hakkaniyetli bir tutumdur. Ancak reklam yayını

⁷⁰ İçöz, s. 151; Katı, 101-102.

⁷¹ Dişbudak, s. 116; Katı, s. 102.

⁷² İçöz, s. 152.

durdurulsa da durdurulma tarihine kadar reklamın hedef kitleye ulaşması ve reklam verence amaçlanan hedefe ulaşılması da söz konusu olabilmektedir.⁷³

İdari para cezasının miktarına ilişkin olarak ise 2022 yılı için internet ortamında yapılan reklamlar için belirlenen tutar 155.712,00-TL'dir. İdari para cezasının miktarı belirlenirken reklamın yayınlandığı mecraaya göre bir ayırım yapılmakla birlikte, ihlalin bir internet sitesinde ya da sosyal medyada yayınlanması bakımından bir ayırım yapılmadığı, yine ihlali yapan kişiler bakımından da bir ayırım yapılmamıştır.

Mevcut hukuki durumda milyonlarca üyeye sahip internet sitesine uygulanacak idari para cezası ile bir sosyal medya etkileycisine uygulanacak idari para cezası aynı olduğu gibi, bin takipçiye sahip sosyal medya etkileycisi ile bir milyon takipçisi olan sosyal medya etkileycisine uygulanacak idari para cezası aynıdır. Bu durum kanuni olmakla birlikte hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir. İdari yaptırımın uygulanmasında olduğu gibi belirlenmesi aşamasında da ölçülülük ilkesinin gözetilmesi gerekmektedir.⁷⁴

Bu nedenle, sosyal medya etkileyicilerince yayınlanan reklamların, internet ortamında yapılan reklamlardan ayrılarak farklı bir para cezasının öngörülmesi, yine uygulanacak idari para cezasında ihlalin niteliği, sosyal medya etkileyicilerinin hedef aldığı kitle, takipçi sayısı, tanıtımdan elde edilen gelir ya da menfaat unsurları beraber değerlendirilerek uygulanacak idari para cezasının belirlenmesinin daha hakkaniyetli olacaktır.⁷⁵

Nitekim 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinde; "idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur." hükmüne yer verilmiştir. Doktrinde de idari yaptırım uygulanırken kişinin ve durumun şartlarının göz önünde bulundurul-

⁷³ Özdemir/Doğanay, s. 317.

⁷⁴ Yücel Oğurlu, "AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak "Ölçülülük İlkesi" DEÜHFD Turhan Tufan Yüce Armağanı, İzmir, 2001, s. 502-503; İsmail Yeşil, Ceza Hukuku Genel İlkelerinin İdari Cezalara Uygulanabilirliği, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 160; Şahinci, İnternet, s. 73.

⁷⁵ Katı, s. 106.

ması gerektiği ifade edilmiştir.⁷⁶ Bu sebeple öncelikle internet siteleri ile sosyal medya platformlarına uygulanacak idari para cezasının ayrılması, sosyal medya etkileyicilerine uygulanacak idari para cezaları bakımından da yukarıda yer verilen hususların gözetilmesi suretiyle idari para cezasında alt ve üst sınır belirlenmek suretiyle ayrı bir düzenleme yapılmasında fayda bulunduğu düşünülmektedir.

TKHK'nın yürürlük tarihi itibarıyla sosyal medya reklamı, sosyal medya etkileyicisi gibi kavramların mevcut olmadığı düşünüldüğünde bu platformlarda ya da bu kişilerce yapılan ihlallerin ayrı olarak düzenlenmemesi kabul edilebilir bir durum ise de gelişmelere uyum sağlamak gerekmektedir. Bu sebeple gecikmeksizin bu platform ve kişilere uygulanacak idari para cezalarına ilişkin yasal düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

3.2. Kurul Kararlarına İtiraz Usulü

Reklam Kurulunca verilen kararlara karşı itiraz prosedürü TKHK'nın 78. maddesinde düzenlenmiştir.

İlgili maddede Reklam Kurulu'nca verilen idari yaptırım kararlarının Bakanlıkça uygulanacağı belirtilmiştir. Düzenleme uyarınca Reklam Kurulu'nca ticari reklamlar ve haksız ticari uygulamalarla ilgili olarak verilen kararlar Ticaret Bakanlığı'nca uygulanacaktır.

Bu kararlara karşı 2577 İdari Yargılama Usulü Kanun'u hükümlerine göre idari yargı yoluna başvurulabileceği ifade edilmiştir. Yani söz konusu işlemin hukuka aykırı olduğunu düşünen muhatap, söz konusu idari yaptırım kararlarının iptalini idare mahkemelerinden isteyebilecektir. Burada üzerinde durulması gereken önemli bir nokta, idari yargıda genel dava açma süresi 60 gün olarak belirlenmişken, ticari reklam ve haksız ticari uygulamalarla ilgili olarak açılan iptal davalarında dava açma süresinin 30 gün olarak belirlenmesidir.

Doktrinde, Reklam Kurulu kararlarına karşı idari yargı yoluna başvurulması reklam hukukunun özel hukuku ilgilendiren bir alan olması dolayısıyla eleştirilmiş ise de Reklam Kurulu'nun kurulması, denetim

⁷⁶ Ilgın Özkaya Özlüler, "İdari Yaptırımların Özellikleri ve Çevre Kanunu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/1, s. 145; Jülide Gül Erdem, "Ölçülülük İlkesinin İdarenin Taktir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri" *AÜHFĐ*, S:62, 2013, s.990.

yöntemi, uyguladığı yaptırımlar bir arada değerlendirildiğinde idari yargının benimsenmesinin doğru bir yöntem olduğu düşünülmektedir.⁷⁷

İdari yaptırım kararlarına karşı dava açılması, işlemin uygulanmasını kendiliğinden durdurmayacak, ilgililer isterse işlemin yürütmesinin durdurulmasını talep edebileceklerdir.⁷⁸

SONUÇ ve ÖNERİLER

Teknoloji çok hızlı bir şekilde gelişmekte, bu değişim hukuk kurallarının da güncellenmesini zorunlu kılmaktadır. Sosyal medya ve sosyal medya etkileycilerinin yaptıkları reklamlar da teknolojinin bir sonucu olarak karşımıza çıkan problemlerdir. Bu problemlere karşı birçok ülke hukuki çözümler üretmeye çalışmış, ülkemizde de Reklam Kurulu'nun mevcut hukuk kurallarına getirdiği yorum ile karşılaşılan problemler çözülmeye çalışılmış, sonuç olarak sosyal medya etkileyicileri tarafından yapılan ticari reklam ve ticari uygulamalar hakkında reklam veren, reklam ajansları, mecra kuruluşları ve reklamcılık ile ilgili tüm kişi, kurum ve kuruluşlara yol göstermek amacıyla Sosyal Medya Etkileycileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam Ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz'u yayınlamıştır.

Kılavuz ile sosyal medya etkileycileri tarafından yapılan reklamlarda dikkat edilmesi gereken hususların belirtilmesi ve Reklam Kurulu'nun bu platformları daha çok denetlemesi Anayasa ile Devlete yüklenen tüketicinin korunması ödevine uygun bir davranıştır. Böylelikle özellikle örtülü reklamlar vasıtasıyla sosyal medya kullanıcılarının iradelerinin kendi istekleri dışında etkilenmesinin önüne geçilmiş olacaktır.

Mevcut düzenlemelerin yanında sosyal medya etkileycilerine karşı uygulanacak idari yaptırımlara esas olmak üzere birtakım düzenlemeler yapılmasında ise fayda bulunmaktadır.

⁷⁷ Pınar, s. 540; <https://www.morogluarseven.com/tr/news-and-publications/dogrusuyla-yanlisiyla-turkiyede-reklam-hukuku/> (E.T.:10/3/2022); Şahinci, İnternet, s. 84.

⁷⁸ İdari yaptırım kararlarına karşı dava açılmasının işlemin yürütmesini durdurması ve dava sürecinin uzamasının idari yaptırım uygulanan kişilerin ekonomik hayatını olumsuz etkileyeceği dolayısıyla eleştirilmektedir. <https://www.morogluarseven.com/tr/news-and-publications/dogrusuyla-yanlisiyla-turkiyede-reklam-hukuku/> (E.T.:10/3/2022)

İlk olarak Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde yer verilen mecra kuruluşu tanımındaki işleten kavramından sosyal medya etkileyicilerinin de sorumlu olduğu sonucuna varılabilmekte ise de hem TKHK'ya hem de TRHTUY'ne sosyal medya etkileyicisi kavramının da açık bir şekilde eklenmesi faydalı olacaktır. Kılavuz ile bu kişilerin sorumlu olduğu belirtilmiş ise de Reklam Kurulu ilke kararlarla yalnızca reklamlarda uyulacak kuralları belirleyebileceğinden, bu düzenleme yeterli değildir.

Bir diğer husus, sosyal medya etkileyicilerine uygulanacak idari para cezası miktarının yeniden düzenlenmesidir. Mevcut durumda internette yayınlanan reklamlar için genel bir idari para cezası mevcut olup, internette yayınlanan tüm reklamlara aynı miktarda idari para cezası uygulanmaktadır.

Diğer taraftan, sosyal medya etkileyicisinin etki alanı, takipçi sayısı, ekonomik durumu gibi hususlar göz önünde bulundurulursa daha hakkaniyetli bir durum ortaya çıkacaktır. Nitekim Kılavuzda yer verilen sosyal medya etkileyicisi tanımında, kendisine veya reklam verene ait bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla pazarlama iletişimde bulunmak hususları vurgulanmıştır. Yani kişi bin takipçiye sahip olup bu amaçlarla hareket ediyor ve kural ve ilkelere aykırı davranıyor ise idari yaptırıma tabi tutulabilecektir. Dolayısıyla bin takipçisi olanla bir milyon takipçisi olan sosyal medya etkileyicisine aynı miktarda ceza verilmesi hakkaniyetli bir tutum olmayacaktır. Bu sebeple öncelikle internet siteleri ile sosyal medya platformlarına uygulanacak idari para cezasının ayrılması, sosyal medya etkileyicilerine uygulanacak idari para cezaları bakımından da alt ve üst sınır belirlenmek suretiyle ayrı bir düzenleme yapılmasında fayda bulunmaktadır.

Kaynakça

Kitaplar

Arslan, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi. Bursa 2014.

Atay Gülelda, "Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması" 6502 Sayılı tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Hükümlerine Göre Tüketici Hukuku Uygulamalarında Tüketicinin Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

- Deryal Yahya/Korkmaz Yakup, *Yeni Tüketici Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Göle Celal, *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 1983.
- İnal Emirhan/Baysal, Başak, *Reklam Hukuku ve Uygulaması*, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2008.
- Kara İlhan, *Tüketici Hukuku*, 1. Baskı, Engin Yayınevi Ankara 2015.
- Özel Çağlar, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.
- Pınar Hamdi, "Reklam Hukukunun Esasları", Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008.
- Şahinci Dilek, *İnternette Aldatıcı Reklam ve Reklam Verenlerin Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 57. (İnternet)
- Tekelioğlu, Numan, *Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar*, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2016.
- Ülgen Hüseyin/ Helvacı Mehmet/ Kaya Arslan/ Nomer Ertan Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.
- Zevkliler Aydın/Özel Çağlar, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayınları Ankara 2016.

Makaleler

- Akkaya Duygu Talih/ Akyol Ayşe / Gölbaşı Şimşek Gülhayat "The Effect Of Consumer Perceptions On Their Attitude, Behavior And Purchase Intention In Social Media Advertising" *Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C: 39, S: II, Aralık 2017, s. 364.
- Aksoy Mehmet Ali, "2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri", *İÜHFMD*, C. LXXIII, S. 1.
- Aktekin Uğur/Gürbüz Başak, "Türkiye'de Örtülü Reklamlar ve Uygulamada Durum", *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, C:9, S:2009/4.
- Aydınoğlu Zeynep Nihal, "İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında İdari Yaptırımlar" *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:2, S:1, Y:2017.
- Bingöl K. Leyla, "Influencer'ların Yaptıkları Reklam ve Tanıtımlardan Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu" *Terazi Hukuk Dergisi*, C:16, S:178, Haziran 2021.
- Çamdereli Mete/Şener Nihal Kocabay, "Örtülü Reklamın Örtüsünü Aralamak", *Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, S.25.
- Erdem Jülide Gül, "Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri" *AÜHFMD*, S:62, 2013.
- Oğurlu Yücel, "AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak "Ölçülülük İlkesi"" *DEÜHFMD* Turhan Tufan Yüce Armağanı, İzmir, 2001.
- Özdemir Hayrunnisa, "Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması", *AÜHFMD*, C.4 S.3.

- Özdemir Semih Sırrı/Doğanay, M. Zahid "Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y:7 S:13., Haziran 2019.
- Özkaya Özlüliler Ilgın, "İdari Yaptırımların Özellikleri ve Çevre Kanunu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/1.
- Sarıtaş Ayşe, "Sosyal Medya Reklamlarında Fenomen Kullanımı ve Reklam İzleme Tercihi", *The Journal of International Scientific Researches*, 2018.
- Şahinci Dilek, "6502 sayılı Yeni Tüketici Kanunundaki Reklam Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış", *Terazi Hukuk Dergisi*, C:9, S:89.

İnternet Kaynakları

- <https://www.ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31984L0450>
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31989L0552>
- https://tr.wikipedia.org/wiki/Sosyal_medya
- <https://www.inta.org/wp-content/uploads/public-files/advocacy/committee-reports/Recent-Developments-in-Influencer-Marketing-and-Unfair-Competition.pdf>
- https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/osm-final-report_en.pdf
- Yiğit Yıldız/ Dilara Esen, "Türk Hukuku ve Influencer Marketing", <https://www.mondaq.com/turkey/social-media/1059842/trk-hukuku-ve-influencer-market305ng>
- <https://www.morogluarseven.com/tr/news-and-publications/dogrusuyla-yanlisiyla-turkiyede-reklam-hukuku/>
- <https://tuketici.ticaret.gov.tr/duyurular/sosyal-medya-etkileyicileri-tarafindan-yapilan-ticari-reklam-ve-haksiz-ticari-uyg> (E.T.:10/3/2022)
- <https://tr-tr.facebook.com/help/instagram/581066165581870> (E.T.:14/3/2022)

Tezler

- Atilla Yörük Pelin, Reklamların Haksız Rekabet Boyutu Karşısında Tüketicilerin Korunması, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2018.
- Can Lütüye, Sosyal Medya Reklamlarının Markaya Yönelik Tutuma Etkisi: Facebook Üzerinde Bir Uygulama, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Sakarya 2016.
- Dişbudak, Aylin, Türk Hukukunda Aldatıcı Reklamlar, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.
- Erol Arzu, Türk Hukukunda Örtülü Reklam, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2017.
- İçöz Derya, Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.

Katı Zülal, Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017.

Şahin Oğuz, Örtülü Reklamların Hukuk Sistemindeki Yeri, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Uzmanlık Tezi, Ankara 2004.

Yeşil İsmail, Ceza Hukuku Genel İlkelerinin İdari Cezalara Uygulanabilirliği, Ankara Üniversitesi sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

ŞİDDET ÖNLEME ÇALIŞMALARINA PSİKOLOJİK VE HUKUKİ BİR BAKIŞ

A PSYCHOLOGICAL AND LEGAL OVERVIEW OF VIOLENCE PREVENTION STUDIES

Uğur ERSOY*
Alper KÜÇÜKAY**

Özet: Günümüzde şiddet hem bireysel hem de toplumsal anlamda oluşabilecek, fiziksel ve/veya psikolojik bağlamda hukuki sonuçlara da yol açabilecek bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Psikolojik temelde şiddetin ortaya çıkması için istem (kasit), davranış ve sonuç (zarar verme) sürecinin tamamlanması gereklidir. Bu çalışma ile şiddetin ortaya çıkma sürecinde düşünce ve duygularımızın diğer dış etkilerle birlikte nasıl zarar verici davranışa yol açtığı ve bu sürecin anlaşılması ile şiddetin önlenmesine yönelik, zarar verici davranış ortaya çıkmadan yapılabilecekler hakkında bir zemin oluşturabilmek amaçlanmıştır. Ayrıca psikolojik birtakım yaklaşımların ele alınması ile bilgi ve farkındalığın artması beklenmektedir. Şiddet davranışının gerçekleşmesi için birçok faktörün eşzamanlı ve birlikte ortaya çıktığı görülmektedir. Bu nedenle şiddet, çok yönlü ele alınması gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Şiddetin önlenmesi için psikoloji ve hukuk alanında çalışan profesyonellere bu makale ile katkı sağlanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Şiddet, Şiddet Türleri, Şiddet Döngüsü, Şiddet Önleme, Şiddetin Psikolojik Boyutları

Abstract: Today, violence can occur both individually and socially; it is a concept that can lead to legal consequences in the physical or psychological context. For violence to emerge on a psychological basis, it is necessary to complete the process of will (intention), behavior, and result (harm). This study aims to provide a basis for how our thoughts and feelings, together with other external effects, lead to harmful behavior during the emergence of violence and what can be done to prevent violence by understanding this process before harmful behavior occurs. In addition, it is expected that knowledge and awareness will increase with the handling of

* Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ugurer soy@kku.edu.tr; ORCID: 0000-0003-3770-0353

** Psikolog, Ortadoğu Teknik Üniversitesi Sağlık Kültür ve Spor Daire Başkanlığı, alperk@metu.edu.tr; ORCID: 0000-0003-0040-8869, Makalenin Gönderim Tarihi: 24.09.2021, Kabul Tarihi: 04.03.2022

some psychological approaches. For violent behavior to occur, many factors appear to occur simultaneously and together. For this reason, violence emerges as an issue that needs to be addressed from multiple perspectives. With this article, it has been tried to contribute to the professionals working in the field of psychology and law for the prevention of violence.

Keywords: Violence, Types of Violence, Cycle of Violence, Violence Prevention, Psychological Dimensions of Violence

Giriş

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tanımına göre şiddet, “*Yaralanma, ölüm, psikolojik zarar, kalkınma sorunları ve yoksunluk gibi problemlerle sonuçlanan veya sonuçlanma olasılığı yüksek olarak, kişinin kendisine, başka bir kişiye, bir gruba veya topluluğa karşı kasıtlı olarak tehdit ve fiili gücün kullanılması*” olarak ifade edilmektedir.¹ Günümüzde şiddet hem bireysel hem de toplumsal anlamda oluşabilecek, fiziksel ve/veya psikolojik bağlamda hukuki sonuçlara da yol açabilecek bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Şiddetin zarar verici sonuçlarının, fiziksel zararlar veya ölüm gibi görünür ve çeşitli psikolojik zararlar gibi görünmeyen biçimlerde ortaya çıkabileceği göz ardı edilmemelidir.

Şiddetin görünürlüğü ve derecesi (aşırılığı) şiddet tanımını ortaya çıkarmasının yanı sıra birtakım psikolojik ve hukuki sonuçları doğurması açısından da önem taşımaktadır. Bununla birlikte şiddetin genellikle psikolojik, bir takım kalıcı etkilerinin meydana gelmesi için her zaman aşırılığının gözlenmesinin gerekmediği de bilinmelidir. Bununla birlikte, ortaya çıktıktan yıllarca sonra bile önemli ve ölçülebilir olumsuz (psikolojik) sağlık etkilerine sahip olan herhangi bir şiddet eylemi- bakıcıların çocuklara yönelik şiddeti gibi- “aşırı” zarar olarak nitelendirilmelidir.²

Thedit veya zarar verme amacıyla gücün kullanılması insan ilişkilerinde oldukça uzun bir geçmişe sahiptir. Her ne kadar şiddetin ortaya çıkışı hakkında net bir bilgi ortaya konmasa da insan ilişkilerine bağlı bir süreç olması sebebiyle şiddetin insanlık tarihi ile yaşıt oldu-

¹ <https://www.who.int/violenceprevention/approach/definition/en/> erişim tarihi: 16.09.2021

² Sherry Hamby, “On Defining Violence, and Why It Matters”, Psychology of Violence, American Psychological Association, 2017, Vol. 7, No. 2, s.167.

ğu söylenebilir. Psikolojik temelde şiddetin ortaya çıkması için istem, davranış ve sonuç (zarar verme) sürecinin tamamlanması gereklidir. Kişinin düşünce ve davranışı şiddeti meydana getirmekte ve sonuçta kendisi ve/veya karşısındakiler zarar görmektedir. Yani istemli şekilde yapılan bir zarar verme durumu söz konusudur. Konunun psikolojik açıdan ele alınması duygu ve düşüncelerimizin diğer dış etkilerle birlikte zarar verici davranışa nasıl yol açtığıyla ilgili olarak şiddetin başlama süreci hakkında katkı sağlayacaktır. Şiddetin bu zarar verici davranış şeklinde oluşmasının doğal olan ikincil bir sonucu ise zarara uğrayanın ne düzeyde ve boyutta zarara uğradığı ile ilgilidir. Bu süreç ve mekanizmaları kapsamlı bir biçimde ele alarak işleyişini ortaya koymak, şiddetin önlenmesi adına yapılabilecekler hakkında hiç şüphesiz katkı sağlayacaktır.

Birçok şiddet eylemi açıkça kötü niyet içerir. Zarar verme niyeti genellikle bir statü veya kaynak elde etme güdüsünden ve bu hedefleri gayri meşru bir şekilde takip etme isteğinden kaynaklanabilir. Meşru olmayan veya hayal ürünü hedefler peşinde koşmak da çoğu zaman şiddete yol açabilmektedir. Çoğu zaman ise umursamaz veya ihmalkâr davranışların sonuçlarının hesaba katılması gerekip gerekmediği sorusu niyet konusu ile ilgilidir. Niyet kriterini karşılamak için bilişsel ön koşullar da vardır. Küçük çocuklar ve ciddi bilişsel bozukluğu olan bazı kişiler genellikle davranışlarını anlama ve planlama kapasitesinden yoksundur.³ Bu nedenle, çocuk ve bilişsel olarak engelli kişiler için cezai sorumluluğun azaltılması ülkemizde olduğu gibi (Türk Ceza Kanunu m.31, 32, 33) birçok ülke kanununda da somutlaştırılmıştır. Yaptığı davranışların sonuçları hakkında fikir sahibi olma ya da idrak kabiliyeti bilişsel anlamda değerlendirilmesi gereken önemli bir konu olarak görülmektedir.

Şiddet bireysel temelde ele alınarak incelenilebilmekle birlikte toplum temelli yaklaşım açısından bakıldığında halk sağlığını da etkileyen bir konudur. Halk sağlığı ilkeleri, hem şiddetin nedenlerini ve sonuçlarını araştırmak ve anlamak, politika müdahaleleri ve savunuculuk yoluyla şiddetin ortaya çıkmasını önlemek için yararlı bir çerçeve sağlar. Şiddet, halk sağlığını ilgilendiren bir konu olmasının yanı sıra toplum güvenliği açısından da ele alınmalıdır. Hukuk ise şiddetin

³ Hamby, s.170.

doğurduğu sonuçların, hak ve adalet çerçevesinde kişiyi ve toplumu nasıl etkilediği ve şiddete yönelik müdahalelerin etkinliği konusunu belirler. Aynı zamanda hukuk, insan ilişkilerinin sınırlarını hak ve özgürlükler bağlamında belirlenmesini sağlar ve insanların bir arada güvenle yaşamaları için hem görünür hem de görünmez bir kalkan oluşturur. Hukuk işleyişi ve mekanizmaları yoluyla insanlar üzerinde adeta psikolojik bir kalkan niteliğindeki şiddete karşı koruma ve kolla- ma hissiyatını oluşturur. Psikolojik güvenlik ihtiyacının sağlanmasın- da hukuk ve adalet duygusunun yeri çok önemlidir.

Bu makalede şiddeti ortaya çıkaran süreçler, şiddetin boyutları ile psikolojik ve hukuki yönden sonuçları ele alınacak, bu şekilde şiddeti daha yakından kavrayarak önleme yolları üzerinde durulacaktır. Bu çerçevede makalenin başta psikoloji ve hukuk alanlarında çalışanlar olmak üzere konuyla ilgili diğer uzmanlara da referans bir kaynak oluşturması beklenmektedir.

I. ŞİDDETİN TÜRLERİ, BOYUTLARI ve SONUÇLARI

Şiddetin fiziksel, sözel, psikolojik, ekonomik, cinsel vb. birçok türü bulunmaktadır. Şiddetin türlerinden bahsetmek ve daha iyi anlayabil- mek için şiddetin çok boyutlu bir kavram olarak ele alınması gerek- mektedir. Dünya Sağlık Örgütü, şiddetin meydana geldiği bağlamları ve şiddet türleri arasındaki etkileşimleri anlamının yararlı bir yolu olarak bir şiddet tipolojisi oluşturmuştur. Bu tipoloji, şiddetin uygula- nabileceği dört türü birbirinden ayırır. Bu şiddet türleri fiziksel, cinsel, psikolojik saldırı ve yoksunluk olarak belirlenmiştir. Ayrıca genel şid- det tanımını mağdur-fail ilişkisine göre üç alt türe ayırmaktadır:

- 1- Kendine yönelik şiddet: Fail ve mağdurun aynı kişi olduğu ve ken- di kendine istismar ve intihar olarak alt bölümlere ayrıldığı şidde- ti ifade eder.
- 2- Kişilerarası şiddet: Bireyler arasındaki şiddeti ifade eder ve aile içi şiddet, eş şiddeti ve toplumsal şiddet olarak alt gruplara ayrılır (gençlik şiddeti, eş şiddeti, cinsel şiddet, çocuklara kötü muamele ve yaşlı istismarı vb.).
- 3- Toplu şiddet: Daha geniş birey grupları tarafından uygulanan şiddeti ifade eder ve sosyal, politik ve ekonomik şiddet olarak alt

gruplara ayrılabilir (Savaş ve diğer silahlı çatışma biçimleri, soykırım, baskı, işkence vb.).⁴

Bunlar haricinde şiddetin uygulandığı kişi ya da grup bazında da bir sınıflandırma yapılabilir:

- 1- Çocuğa yönelik şiddet
- 2- Kadına yönelik şiddet
- 3- Aile içi şiddet
- 4- Sağlık çalışanlarına yönelik şiddet
- 5- Yaşlılara yönelik şiddet.

Bunlardan farklı tipoloji ve tür sınıflandırmaları da yapılabilir. Ancak şiddet ile ilgili herhangi bir sınıflandırma veya şiddet türünün esas olarak şiddetin doğasındaki bir değişiklikten kaynaklandığını göstermemektedir. Bu sınıflandırmaların amacı şiddet biçimlerinin daha net anlaşılması, şiddetin hukuki ve cezai sonuçlarının ortaya konması ve önlenmesi bakımından fayda sağlamaktadır.

Diğer bir anlayış olan ekolojik modele göre, şiddet davranışını ortaya çıkaran risk faktörleri dört ana başlık altında sınıflandırılmıştır:⁵

- 1- Bireysel faktörler: Çocuğa kötü muamele, psikolojik rahatsızlıklar ve kişilik bozuklukları, alkol ve madde kullanımı, şiddet içeren davranış öyküsü.
- 2- İlişkisel faktörler: Zayıf ebeveynlik uygulamaları, evlilikteki anlaşmazlıklar, şiddet içeren ebeveyn davranışları, düşük sosyo-ekonomik düzeydeki haneler, şiddet uygulayan arkadaşlar.
- 3- Toplumsal faktörler: Yoksulluk, yüksek suç oranları, yüksek işsizlik, yasadışı bölgesel madde ticareti, zayıf kurumsal politikalar, yetersiz mağdur hizmetleri, durumsal faktörler.
- 4- Sosyal faktörler: Hızlı sosyal değişimler, ekonomik eşitsizlikler, cinsiyet eşitsizliği, eşitsizlikleri artırıcı politikalar, yoksulluk, zayıf

⁴ <https://www.who.int/violenceprevention/approach/definition/en/>, erişim tarihi: 16.09.2021

⁵ Carolyn Whitzman, *The Handbook of Community Safety, Gender and Violence Prevention: Practical Planning Tools*, Earthscan Publishing, London, 2008, s.56.

ekonomik güvenlik ağları, hukukun üstünlüğü kavramının zayıflığı, şiddeti destekleyen kültürel normlar, ateşli silahlara erişimin kolaylığı, çatışmalar ve çatışma sonrası durumlar.⁶

Görüldüğü üzere şiddet riskini artıran oldukça çok faktör bulunmaktadır. Bazı faktörlerin eşzamanlı bir şekilde devreye girdiği de söylenebilir. Yukarıda bahsedildiği üzere risk faktörlerinin şiddet riskini artırdığını ifade etmekle birlikte bu konunun ilave farklı ölçüt ve risk faktörleri tarafından etkilenebileceği de göz ardı edilmemelidir. Özellikle de biyolojik ve psikolojik kimi faktörler ekolojik yaklaşımda kendine yer bulmamıştır. Bu noktada düşünülmesi gereken şiddetin ne kadar çok faktör tarafından etkilendiği ve bunların şiddeti ne gibi boyutlara getirdiğinin farkına varılmasıdır.

Şiddetin bu çoklu risk faktörleri ile olan etkileşimi, bazı rakamsal verilerin ortaya konulmasıyla daha iyi anlaşılabilir. Amerika Birleşik Devletleri'nde, on iki yaş ve üstü şiddet suçu mağduru olan kişilerin sayısı 2018'e göre düşüş göstermesine rağmen, 2019'da 1,2 milyon civarındadır. Bu istatistik ABD'de yapılan ülkenin en büyük suç araştırması olan Ulusal Suç Mağduru Anketi verileri (NCVS)'ne göre ortaya çıkmıştır.⁷ 2018'de her bin kişi başına toplam 3,7 şiddet suçunun (cinayet, tecavüz, soygun ve ağır saldırı dâhil) kolluk kuvvetleri tarafından bilindiğini bildirilmiştir.⁸ Birçok şiddet suçunun ise polis kayıtlarına geçmediği ifade edilmektedir.

Sadece Amerika gibi gelişmiş batı ülkelerinde değil Avustralya, Orta Amerika ve Asya'da da yer alan birçok ülkede şiddetin ağır boyutları görülmektedir. 2005 yılında gebelik ve şiddet hakkında Avustralya'da yapılan bir araştırmaya göre kadınların %36'sının hamileyken eşi tarafından şiddete maruz kaldığını bildirilmiştir.⁹ Buna

⁶ Whitzman, s.56.

⁷ Rachel E. Morgan, Jennifer L. Truman, 2019 Criminal Victimization Report, September 2020, NCJ 255113, U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics, s.1, <https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/cv19.pdf>

⁸ Rachel E. Morgan, Jennifer L. Truman, 2019 Criminal Victimization Report, September 2020, NCJ 255113, U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics, s.6, <https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/cv19.pdf>

⁹ Australian Bureau of Statistics, Personal Safety Survey (Reissue), Australian Bureau of Statistics, Canberra, 2006, <https://www.abs.gov.au/AUSSTATS/abs@.nsf/allprimarymainfeatures/47CFB28DF1A634C9CA257C3D000DB727?opendocume>

ek olarak Avustralya'daki son verilere göre, beş Avustralyalı yetişkin-den ikisi (yaklaşık 7,2 milyon kişi) 15 yaşından beri şiddete maruz kalmakta, altı kadından biri ve on yedi erkekten biri eş şiddetine maruz kalmakta, her iki kadından biri ve dört erkekten biri cinsel tacize uğramaktadır.¹⁰ Hintli araştırmacılar ise Hindistan ve Çin'deki anne ve kız bebekler için yaklaşık 100 milyon "kayıp kadın" popülasyonu olduğu, bunun asli iki nedeni olarak da "doğum eşitsizliği" veya "seçici kürtaj ve bebek öldürme" vakaları ile adil olmayan doğum öncesi ve doğum sonrası bakım süreçleri olduğundan bahsetmektedir.¹¹ Nikaragua'da yapılan bir araştırmanın sonucuna göre, eşleri tarafından fiziksel ve cinsel istismara uğrayan kadınların çocuklarının, istismara uğramamış kadınların çocuklarına oranla beş yaşından önce ölme olasılıklarının altı kat daha fazla olduğu tespit edilmiştir.¹² Dünyanın pek çok yerinden daha fazla sayıda örnekler verilebilir. Ancak bu çarpıcı rakamlar şiddetin ne kadar yaygın ve ne kadar büyük ölçekli olduğuna işaret etmeye yeterlidir.

Madde kullanım bozuklukları (alkol ve uyuşturucu) şiddet ve intihar davranışının ortaya çıkmasında önemli bir rol oynamaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde, bildirilen şiddet riskinin %34'ü madde bağımlılığına atfedilebilir.¹³ Finlandiyalı erkekler arasında cinayet riskinin %40'ının alkolizmden kaynaklandığına dair bilgiler mevcuttur.¹⁴ Bununla beraber psikolojik bozuklukların şiddetle bağına deği-

nt, erişim tarihi: 17.09.2021

¹⁰ Australian Bureau of Statistics, Personal Safety, Australia, Statistics for family, domestic, sexual violence, physical assault, partner emotional abuse, child abuse, sexual harassment, stalking and safety, Reference period 2016, <https://www.abs.gov.au/statistics/people/crime-and-justice/personal-safety-australia/latest-release>, erişim tarihi: 17.09.2021

¹¹ Sen Amartya, *The Argumentative Indian: Writings on Indian History, Culture and Identity*, Picador; First edition, New York, 2006.

¹² Etienne G. Krug/Linda L. Dahlberg/James A. Mercy/Anthony B. Zwi/Rafael Lozano, *World report on violence and health*, WHO Library Cataloguing-in-Publication Data, 2002.

¹³ Jeffrey W. Swanson, *Mental disorder, substance abuse, and community violence: an epidemiological approach*, in *Violence and Mental Disorder: Developments in Risk Assessment*, edited by Monahan J, Steadman HJ. Chicago, University of Chicago Press, 1994, s.101 vd.

¹⁴ Markku Eronen/Panu Hakola/Jari Tiihonen, "Mental Disorders and Homicidal Behavior in Finland", *Arch Gen Psychiatry*, 1996; S. 53 (6), s. 498. doi:10.1001/archpsyc.1996.01830060039005.

nilecek olursa, topluluk ortamında meydana gelen şiddet eylemlerinin bir kısmının, şizofreni veya duyu durum bozuklukları gibi majör ruhsal bozukluk teşhisi konulmuş kişilerce gerçekleştirildiği görülmektedir. Ancak bu bozukluklar, şiddet içeren suç için bir risk taşısa da ABD’de elde edilen istatistiklere göre şiddet riskinin yalnızca yaklaşık %4’ü bu tür bozukluklara atfedilmektedir.¹⁵ Kısacası alkol ve madde kullanımı şiddet davranışını tetikleyen önemli bir faktörken psikolojik bozuklukların şiddet ile ilişkisi oldukça sınırlı düzeyde kalmaktadır.

Cinsiyet, şiddet içeren davranışların ve intiharin çok güçlü bir göstergesidir.¹⁶ Anketler ve raporlar, genellikle erkeklerin şiddet failleri arasındaki üstünlüğünü desteklemiştir. Ancak bu cinsiyet farkı, madde kullanım bozukluğu olanlar arasında azalmakta ve hastanede yatan psikiyatri hastalarında ise ortadan kalkmaktadır.¹⁷ Şiddet ile saldırganlıkta, cinsiyet farkı okul öncesi yıllarda gelişir ve ergenlik döneminde tamamen ifade edilmeye başlar. Bu fark, kısmen çocuk yetiştirme uygulamaları da dâhil olmak üzere toplumsal nedenlerden de kaynaklanmaktadır. Bunlara ek olarak çok sayıda kanıt, şiddetteki cinsiyet farklılığının biyolojik kökenini göstermektedir. Bilhassa TPH¹⁸, MAO-A¹⁹ ve COMT²⁰ genotipleri, büyük ölçüde er-

¹⁵ Swanson, s.101-136.

¹⁶ J. John Mann, “The Neurobiology of Suicide”, *Nature medicine*, 1998, 4 (1), s.28. <https://doi.org/10.1038/nm0198-025>.

¹⁷ Jan Volavka, *Neurobiology of Violence*, Washington, DC, American Psychiatric Press, 1995.

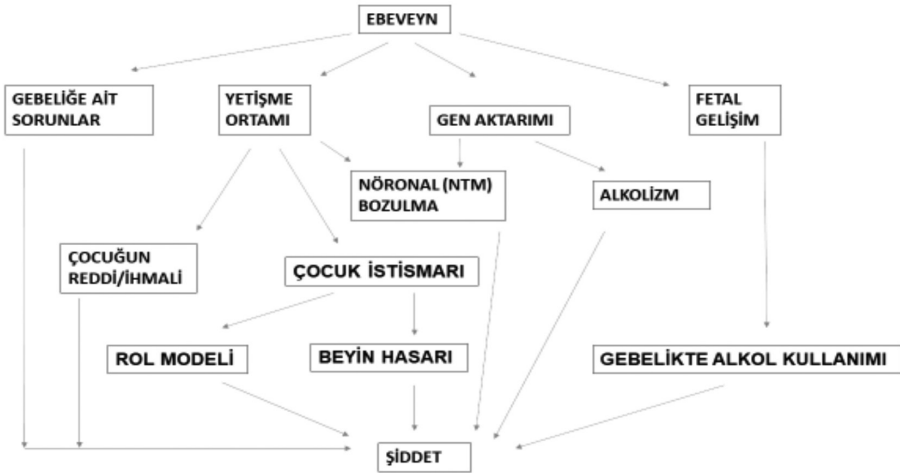
¹⁸ Triptofan hidroksilaz (TPH) geni, serotonin biyosentezinde hız sınırlayıcı enzimi kodlar. Psikiyatrik ve davranışsal bozukluklar için başlıca aday genlerden biridir (Kaynak: Ariane Paoloni-Giacobino/Dominique Mouthon/Carmen Lamercy/Monique Vessaz/Stefanie Coutant-Zimmerli/Waltraut Rudolph/Alain Malafosse/Catherine Buresi, “Identification and analysis of new sequence variants in the human tryptophan hydroxylase (TpH) gene”, *Molecular Psychiatry*, 2000, volume 5, s.49-55.

¹⁹ Monoamin oksidaz A (MAOA), dopamin, serotonin ve noradrenalin gibi amin nörotransmitterlerini katabolize etmekten sorumlu bir enzimi kodlayan bir gen (Kaynak: Salman Sohrabi, “The criminal gene: the link between MAOA and aggression” (Review), *BMC Proceedings*, 2015, 9 (Suppl 1), A49. <https://doi.org/10.1186/1753-6561-9-S1-A49>).

²⁰ Katekol-O-metiltransferaz (COMT) geni, dopamin, epinefrin ve norepinefrinin parçalanmasında rol oynar; bunların üçü de topluca katekolamin olarak bilinen nörotransmitterlerdir (Kaynak: Lee Ellis/David P. Farrington/Anthony W. Hoskin, Chapter 7- Biological Factors, Editor(s): Lee Ellis, David P. Farrington, Anthony W. Hoskin, *Handbook of Crime Correlates (Second Edition)*, Academic Press, 2019, Pages 307 vd.

keklerle sınırlı olan şiddet davranışıyla ilişkiler gösteren biyolojik göstergeler olarak ifade edilmektedir. Ayrıca, erkeklerin alkolizm ve bilhassa saldırganlıkla ilişkili alkolizm geliştirme olasılığı kadınlardan daha fazladır.²¹

Şiddet çok boyutlu ele alınması gereken bir konudur. Gün geçtikçe, şiddetin psikososyal, çevresel, ekonomik, nörobiyolojik çerçevesine ilişkin anlayışta önemli ilerlemeler sağlanmaktadır. Moleküler genetik ve beyin görüntüleme teknikleri ve çok sayıda bilimsel çalışma sonucunun katkısı ile önemli bilgiler elde edilmiştir. Bu çalışmalar, şiddet davranışının ortaya çıkmasını çok disiplinli bir temelde ele alınarak konunun daha iyi anlaşılmasına katkı sağlamaktadır. Ayrıca, suç ve şiddet döngüsünün kurulması ve şiddetin kuşaklararası aktarımı bağlamında düşünüldüğünde, şiddet önleme konusunun insan hayatında ne kadar önemli bir yerinin olduğu daha iyi anlaşılacaktır.



Şekil 1. Şiddet eğiliminin kuşaklar arası aktarımını etkileyen mekanizmalar (Whitzman'dan uyarlanmıştır).

²¹ Jan Volavka, "The Neurobiology of Violence An Update", *The Journal of Neuropsychiatry and Clinical Neurosciences*, 1999, 11:3, s. 308.

II. ŞİDDET İLE İLGİLİ BAZI PSİKOLOJİK VE NÖROBİLİMSSEL AÇIKLAMALAR

Şiddetin medyada yaygın bir biçimde var olduğuna hiç şüphe yoktur. Haber ve eğlence programlarında dahi şiddet içeriği bol miktarda bulunmaktadır. Gerek realist gerek kurgusal formatlarda, özellikle çocukların zihinlerine nüfuz ederken yetişkin programlarında da bol miktarda şiddet içerikli yayınlara rastlanmaktadır. Yapılan deneysel çalışmalarda şiddet içeren filmlerin, düşük düzey saldırgan özelliğe sahip bireylere göre yüksek düzeyde saldırgan özellikteki bireylerin çok daha fazla ilgilerini çektiği bulunmuştur.²² Aşırı şiddet içeren filmlere maruz kalmanın, üzerinden bir gün geçmiş olsa bile ve hatta açık bir şekilde kışkırtılma olup olmamasından bağımsız olarak, düşmanca ve cezalandırmaya yönelik davranışları artırdığı ifade edilmiştir.²³ Benzer şekilde, diğer görsel medya unsurlarının ve bilgisayar/video oyunlarındaki şiddet içeriklerinin, saldırgan davranışları artırdığına yönelik çok sayıda araştırma bulunmaktadır. Bu konudaki teori ve araştırmalar, bireylerde şiddet içerikli görsellere maruz kaldıktan hemen sonra saldırgan düşüncelerde, olumsuz duygulanımda ve uyarılmada bir artış olduğunu belirtmesiyle birlikte, bu olumsuz etkilerin medya türü, medyadaki şiddete maruz kalma süresi, medya kullanım sıklığı ve bireysel eğilimler gibi faktörlere bağlı olduğuna işaret etmektedir.

Gözlem yaparak ve model alma yoluyla öğrenme, bir öğrenme tipi olarak davranışların sergilenmesine açıklama getirmektedir. Çocuklar anne ve babayı izleyerek, gözlemleyerek kendi davranış repertuarını oluşturmakta ve ayrıca çevreden de görerek davranış öğrenmektedir.²⁴ Şiddet içerikli görüntüleri izleyen çocuklar daha sonra farklı bir ortamda gözlendiklerinde, izledikleri şiddet davranışlarını aynı şekilde kendi davranışlarında da sergilemeye başlamaktadırlar.²⁵ Görüldüğü üzere şiddete görsel olarak maruz kalmak, bir nevi kendi döngüsünü

²² Brad J. Bushman, "Moderating Role of Trait Aggressiveness in the Effects of Violent Media on Aggression", *Journal of Personality and Social Psychology*, 1995, 69(5), s.955, <https://doi.org/10.1037/0022-3514.69.5.950>.

²³ Russel G. Geen, Television and aggression: Recent developments in research and theory, In D. Zillmann, J. Bryant, & A. C. Huston (Eds.), LEA's communication series, Media, children, and the family: Social scientific, psychodynamic, and clinical perspectives, Lawrence Erlbaum Associates, Inc. 1994, s.151 vd.

²⁴ Alper Küçükay, "Suç önleme Stratejileri ve Güvenlik Politikalarına Psikolojik Bir Bakış", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2019, Yıl: 11, Sayı: 38, s.349.

²⁵ Gennaro F. Vito/Jeffrey R. Maahs/Ronald M. Holmes, *Criminology Theory, Research, and Policy*, Jones and Bartlett Publishers, Sudbury, Massachusetts, 2007, s.4.

oluşturup maruz kalan tarafından davranışa dönüştürülmesine sebep olmaktadır.

Bir diğer psikolojik değişken olarak güç kavramı, Dünya Sağlık Örgütü'nün şiddet tanımında da yer aldığı gibi insanın sosyal davranışları ve kişiler arası ilişkiler üzerinde etki gösteren bir unsurdur. İster aile bireyleri ve kuruluşlar ister ülkeler arasında olsun, güç farklılıkları pek çok yerde mevcuttur. Bu güç farklılıkları bireylerin nasıl düşündüğü, nasıl hissettiği ve nasıl davrandığı üzerinde derin bir etkiye sahip olabilir. Kişinin güç kullanması, sosyal algısı (sosyal dikkat, tutumlar ve diğerleri hakkında yargılar vb.) ile ilgili olarak ortaya çıkabilmektedir.²⁶ Burada önemli bir nokta ise gücün, mevcut durumun, yani statükonun korunmasıdır. Güç ve statü arayışı, temel bir insan güdüsü olarak tanımlanmıştır. Bu arayış özellikle bağımsız bireyler ve bireyci kültürlerde daha önemlidir. Güç elde edildiğinde ise onu koruma güdüsü devreye girer. Güç sahipleri için ve istikrarsız hiyerarşilerin güçlerini kaybetme olasılığıyla karşı karşıya kaldıklarında özellikle stresli oldukları gözlenmiştir. Bu kişilerin reaksiyonlarına stres hormonu olan kortizoldeki artış da eşlik eder. Güç ve sosyal statü bir yandan psikolojik sağlık üzerinde etkili olurken diğer yandan saldırgan davranışların sergilenmesine de etki etmektedir. Ayrıca aşırı düzeyde hâkimiyet gösterme çabasının zorbalık gibi davranışlara yol açtığı da ifade edilmektedir.²⁷

Aşağıda yer alan birtakım tanımlara göre şiddet ve saldırganlığın psikolojik yapısı daha net olarak anlaşılabilir:

- Dürtüsel saldırganlık ve şiddet; algılanan bir provokasyona yanıt olarak, düşmanca veya kızgın bir duyguyla, ancak yine de yüksek kontrollü ve amaçlı bir şekilde -açık ve somut bir amaç ile- (örneğin gözdağı vermek veya kişinin kendine saygısını yüksek hissettirmek) ortaya konmaktadır.
- Tepkisel saldırganlık,
- Her zaman öfke veya düşmanlıkla birlikte gelir.

²⁶ Ana Guinote/Alice Cai, The Social Developmental Construction of Violence and Intergroup Conflict, Chapter 1 Power and the Social Self, Editors: Jorge Vala, Sven Waldzus, Maria Manuela Calheiros, Springer International Publishing Switzerland, 2016, s.4.

²⁷ Jacqueline J. Rivers/Robert A. Josephs, Dominance and Health The Role of Social Rank in Physiology and Illness, The Social Psychology of Power, Edited by Ana Guinote and Theresa K. Vescio, Guilford Publications, 2010, s.87 vd.

- Hayal kırıklığına veya algılanan provokasyona tepki olarak ortaya çıkar (özellikle kişilerarası bağlamda).
 - Hoş olmayan duygulanım durumlarını bastırmak gibi daha ilkel bir amaç tarafından motive edilebilir.
- Öte yandan proaktif saldırganlık ise karakteristik olarak;
- Her zaman öfke veya öfke gibi olumsuz bir duygulanım durumunu içermez.
 - Genellikle herhangi bir kışkırtmadan ziyade, suçlu tarafından direkt başlatılır.
 - Örneğin bir nesne, ödül, güç, statü veya sosyal hâkimiyet gibi değerli bir şey elde etme beklentisiyle açıkça motive edilir.²⁸

Bu sınıflandırmaya göre önemli olan nokta; tepkisel saldırganlık, istismar, olumsuz duygusal durum ve dürtüsellik öyküsü ile ilişkiliken proaktif saldırganlık, psikopati²⁹, fiziksel saldırganlık ve şiddet içeren suçlarla birebir şekilde ilişkilidir.³⁰ Diğer yandan, şiddet ve saldırgan davranışın olumlu bir sonuca veya olumlu bir sonuç beklentisine yol açacağı inancı, özellikle proaktif saldırganlıkla ilişkilidir.³¹

Kategorik bazı tanuların rolü de şiddetin ve saldırgan davranışların nörobiyolojisinin incelenmesinde kritik bir konudur. Saldırganlık ve şiddet bir dizi büyük psikiyatrik bozukluğun bir işlevi olarak ortaya çıkabilir. Bunlara örnek olarak şunlar gösterilebilir:

- Travma sonrası stres bozukluğu (PTSD)
- Dikkat eksikliği / hiperaktivite bozukluğu (DEHB)
- Bipolar bozukluk, şizofreni (SCZ) ve ilgili psikotik hastalıklar

²⁸ Daniel R. Rosell/Larry J. Siever, "The neurobiology of aggression and violence", Published online by Cambridge University Press: 04 May 2015, CNS Spectrums, 20 (3), s.254 vd., doi:10.1017/S109285291500019X.

²⁹ Psikopati: Duygu yoksunluğu, dürtüsel anti-sosyal davranış ve suça yatkınlık gibi özellikler içeren bir kişilik bozukluğu türüdür.

³⁰ Maaïke Cim/Adrian Raine/Cor Meesters/Arne Popma, "Validation of the Dutch Reactive Proactive Questionnaire (RPQ): differential Correlates of Reactive and Proactive Aggression from childhood to adulthood", *Aggressive behavior*, vol. 39,2 (2013): 99-113. doi:10.1002/ab.21458.

³¹ , Catherine M. Smithmyer/Julie A. Hubbard/Robert F. Simons, "Proactive and Reactive Aggression in Delinquent Adolescents: Relations to Aggression Outcome Expectancies", *Journal Of Clinical Child Psychology*, 29 (1), s.86 vd. https://doi.org/10.1207/S15374424jccp2901_9.

- Alkol/madde bağımlılığı ve bazı nöropsikiyatrik durumlar (örneğin, demans, otoimmün ensefalit).

Bununla birlikte, saldırganlığı bu koşullar bağlamında incelemek, bu bozuklukların nörobiyolojisini saldırganlıktan ayırmayı zorlaştırabilir. Klinik olarak anlamlı saldırganlık, tipik olarak şiddetli kişilik patolojisi bağlamında da olsa, sıklıkla kronik ve yaygın bir şekilde ortaya çıkabilir.³² Aralıklı patlayıcı bozukluk sendromu (IED), saldırganlığın daha kronik tezahürünün, önemli bir sıkıntıya ve/veya fonksiyonel bozukluğa katkıda bulunacak şekilde bir sıklık ve yoğunlukta meydana geldiği zamanı açıklamak için karakterize edilmiştir.³³ IED sendromunun dikkate değer özellikleri şunlardır:

1. Saldırganlığın doğası gereği dürtüsel veya reaktif olması gerekliliği.
2. Yalnızca diğer insanlara karşı şiddetli fiziksel saldırganlık eylemlerinin veya tipik olarak nispeten düşük sıklıkta meydana gelen değerli eşyaların (kişinin kendi eşyası, örneğin cep telefonu) dâhil edilmesi değil, aynı zamanda yüksek sıklıkta sözlü saldırı ve / veya önemli hasara / zarara yol açmayan küçük fiziksel olaylar (kapının çarpması, eşyaların mülke zarar vermeden masadan itilmesi vb.).
3. Bir IED tanısının ayrı bir biyolojik profil ve tek başına kişilik bozukluğu teşhislerinden daha şiddetli saldırganlık.³⁴

Dürtüsel ve tepkisel saldırganlık/şiddet biçimleri için nörobiyolojik çalışmaların odağı olduğundan, şaşırtıcı olmayan bir şekilde, duygulanım işleme, dürtü kontrolü ve duygusal karar verme ile ilgili beyin bölgeleri en büyük ilgiyi çekmiştir. Yapısal beyin görüntüleme tekniklerinin nispeten tutarlı bir bulgusu, saldırganlık ve azalmış amigdala hacimleri arasındaki bir ilişki olmuştur. Bu durumun saldırganlık için özgülüğü, amigdala boyutu ile diğer klinik ölçütler, yani genel psikopatoloji, sürekli anksiyete ve durum depresyonu arasında korelasyon

³² Rosell ve Siever, s.255-256.

³³ Emil F. Coccaro/Richard J. Kavoussi/Mitchell E. Berman/Jennifer D. Lish, "Intermittent explosive disorder-revised: development, reliability, and validity of research criteria", *Comprehensive psychiatry*, 1998, 39 (6), s.368 vd., [https://doi.org/10.1016/s0010-440x\(98\)90050-5](https://doi.org/10.1016/s0010-440x(98)90050-5).

³⁴ Michael S. McCloskey/, Mitchell E. Berman/Kurtis L. Noblett/Emil F. Coccaro, "Intermittent Explosive Disorder-Integrated Research Diagnostic Criteria: Convergent And Discriminant Validity", *Journal of Psychiatric Research*, 2006, 40 (3), s.231 vd., <https://doi.org/10.1016/j.jpsychires.2005.07.004>.

olmamasıyla desteklenmiştir.³⁵ Saldırganlığın nöral temelini, ventromedial PFC ve amigdala arasındaki değişken bağlantı açısından karakterize etmek faydalı olmuştur. Saldırganlık ölçümleri ile amigdalo-frontal bağlantı arasında önemli bir negatif korelasyon bulunmuştur.³⁶ Striatum ise bu devrede yer alarak, çeşitli motor, bilişsel ve duygusal tepki dizilerinin uygun seçiminde ve engellenmesinde kritik bir rol oynar.³⁷ Bu beyin bölgeleri ve diğer alanlarının yapı ve fonksiyonlarını daha iyi anladıkça şiddet davranışının nörobilimsel temellerine dair elde edilen bilgiler de artış gösterecektir.

Bebeklik ve erken çocukluk dönemleri, çocuğun duygusal etkilene, başkalarına bağlılık ve öz-değer duygusu geliştirmesi için çok önemlidir. Çocuğun veya ebeveynlerinin, özellikle annenin ihmal edilmesi ve istismar edilmesi, bu temel psikolojik nitelikler üzerinde zararlı bir etkiye sahip olabilmektedir.³⁸ Çocukluk dönemlerinde yaşanan istismarların şiddet davranışlarına dair bir zemin oluşturduğuna ilişkin bazı çalışmalar mevcuttur. Şiddet suçu işleyenler arasında, psikopati test puanları proaktif saldırganlıkla pozitif olarak ilişkilendirilmekte ve proaktif saldırganlığın psikopatik özelliklerin davranışsal bir göstergesi olabileceğini düşündürmektedir. Çocuklukta fiziksel istismar, reaktif saldırganlıkla ilişkilendirilmiştir. Bu bulgu, çocukluk döneminde fiziksel istismarın, yaşam boyu devam eden reaktif saldırganlığın gelişimi üzerinde güçlü bir etkisi olduğunu göstermektedir.³⁹

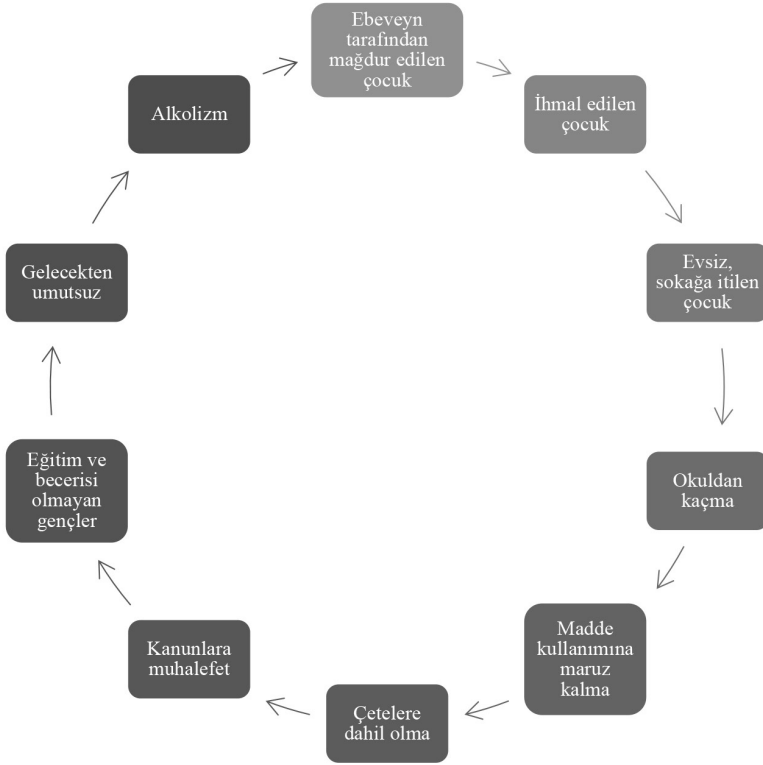
³⁵ Swantje Matthies/Nicolas Rusch/Matthias Weber/Klaus Lieb/Alexandra Philipsen/Oliver Tuescher/Dieter Ebert/Jürgen Hennig/Ludger Tebartz van Elst, "Small Amygdala-High Aggression? The Role of the Amygdala in Modulating Aggression in Healthy Subjects", *The World Journal of Biological Psychiatry the Official Journal of the World Federation of Societies of Biological Psychiatry*, 2012, 13 (1), s.75, <https://doi.org/10.3109/15622975.2010.541282>.

³⁶ Matthew J. Hoptman/Debra D'angelo/Dean Catalano/Cristina J. Mauro/Zarrar E. Shehzad/A. M. Clare Kelly/ Francisco X. Castellanos/Daniel C. Javitt/Michael P. Milham, "Amygdalofrontal Functional Disconnectivity and Aggression in Schizophrenia", *Schizophrenia Bulletin*, Volume 36, Issue 5, September 2010, s.1020-1028, <https://doi.org/10.1093/schbul/sbp012>.

³⁷ Suzanne N. Haber, "The Primate Basal Ganglia: Parallel and Integrative Networks", *Journal Of Chemical Neuroanatomy*, 2003, 26 (4), s.317 vd., <https://doi.org/10.1016/j.jchemneu.2003.10.003>.

³⁸ Whitzman, s.205.

³⁹ Nathan J. Kolla/Charlotte Malcolm/Stephen Attard/Tamara Arenovich/Nigel Blackwood/Sheilagh Hodgins, "Childhood Maltreatment And Aggressive Behaviour in Violent Offenders with Psychopathy", *Canadian Journal of Psychiatry, Revue Canadienne De Psychiatrie*, 2013, 58 (8), s.487-494. <https://doi.org/10.1177/070674371305800808>.



Şekil 2. Sağlıksız ve fonksiyonel olmayan ebeveyn ile çocuk ilişkileri ile ilerleyen şiddet ve çeşitli sorunlar oluşturan örnek bir sosyal gelişim döngüsü. (Whitzman'dan uyarlanmıştır).

Nörobiyolojik temel ve mizaç kırılganlıkları ile birlikte çocuklukta duygusal istismarın psikopatik özelliklerin gelişimini destekleyebileceğini gösteren çalışmalar da bulunmaktadır.⁴⁰ Buna ek olarak, literatür temelinde yapılan çalışmalara göre sorunlu gençler, onlarla temas kuran kişiler ve çocukken davranış sorunları gösteren mahkumlarla derinlemesine yapılan görüşmeler sonucunda, öfke nöbetleri, okul sorunları, okuldan kaçma ve kişilerarası ilişki zorlukları içeren dört ana semptomun şiddet içeren davranışla sonuçlanması muhtemel cid-

⁴⁰ Adriano Schimmenti/Giovanbattista Di Carlo/Alessia Passanisi/Vincenzo Carretti, "Abuse in Childhood and Psychopathic Traits in A Sample of Violent Offenders", *Psychological Trauma Theory, Research, Practice And Policy*, 2015, 7 (4), s.340, <https://doi.org/10.1037/tra0000023>.

di duygusal rahatsızlığa yol açtığı ve bu semptomların şiddetin erken uyarı işaretleri olarak görülebileceği ifade edilmiştir.⁴¹ Görüldüğü üzere çocukların maruz kaldıkları ailevi ve çevresel etkenler ile birlikte yetiştirme ortamı, şiddet dâhil tüm davranışlar üzerinde oldukça güçlü bir etkiye sahiptir.

Çocukların ilişki ağlarında doğal olarak meydana gelen bazı değişimler, biyolojik reaksiyonları normalleştirmek için onarıcı fırsatlar sağlar. Ebeveynlerle yapılandırılmış müdahaleler yoluyla bu fırsatların ortaya çıkarılması ve ilişkilerin şekillendirilmesi de sağlanabilir. Örneğin, ebeveynlerin korkutucu davranışlarını azaltmak, ebeveynlerin bakımını ve eşzamanlı etkileşimlerini artırmak gibi müdahaleler psikolojik olduğu kadar biyolojik olumlu bazı değişimlere yol açmaktadır. Aile içi saldırganlık, şiddet ile sağlıklı ilişkileri -doğal olarak meydana gelen olaylar ve planlı müdahaleler yoluyla- kesintiye uğratan faktörlerin belirlenmesi, psikolojik dayanıklılık anlayışımızı artırmanın bir yolu olarak görülmektedir.⁴²

Bu yaklaşımların yanı sıra son yıllarda şiddet davranışının beyindeki sinirsel bağlantılarını ortaya koyan çok sayıda beyin görüntüleme çalışması yapılmaktadır. Bu çalışmalardan elde edilen bulgular, şiddet içeren davranış ve saldırganlığın özellikle davranışsal kontrol, duygusal düzenleme ve ödül işleme ile ilgili birden fazla beyin bölgesindeki problemler sonucu ortaya çıkabileceğini göstermektedir.⁴³ Ayrıca, tüm bu çalışmalar neticesinde, çocukluk dönemlerinin psikolojik gelişim açısından ne kadar değerli olduğu; bu süreçte yaşanan olumsuzlukların, ihmal ve istismarların şiddet davranışının ortaya çıkmasına zemin hazırladığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle şiddet önleme politika ve çalışmalarının bu bağlamda ele alınarak değerlendirilmeler yapılmasının fayda sağlayacağı açıktır.

⁴¹ Blair Justice/Rita Justice/Irvin A. Kraft, "Early-Warning Signs of Violence: Is a Triad Enough?", *American Journal of Psychiatry*, 1974, 131:4, s.457.

⁴² Gayla Margolin/Michelle C. Ramos/Adela C. Timmons/Kelly F. Miller/Sohyun C. Han, "Intergenerational Transmission of Aggression: Physiological Regulatory Processes", *Child Dev Perspect*, 2016 Mar 1;10 (1): s.15, doi: 10.1111/cdep.12156. Epub 2015 Dec 11. PMID: 26929773; PMCID: PMC4767800.

⁴³ Yaling Yang, Neuroanatomy of Violence and Aggression, P. Sturmey (Ed.), In *The Wiley Handbook of Violence and Aggression*, 2017, <https://doi.org/10.1002/9781119057574.whbva018>.

III. ŞİDDET ÖNLEMEDE FAYDA SAĞLAYACAK PSİKOLOJİK YAKLAŞIMLAR

Şiddetin tanımı, boyutları ve sonuçları, şiddeti önlemenin ne kadar önemli olduğunu ortaya koymaktadır. Psikolojik yaklaşımların diğer bilimsel yaklaşımlara sağlayacağı faydalara ek olarak getirebileceği katkılar bireysel ve mikro bir anlayış çerçevesinde ele alınmalıdır. Buradaki en temel anlayış, insanın doğumundan ve hatta hamilelik sürecinden itibaren yaşantısının, biyolojik ve psikolojik gelişimi üzerindeki etkilerin; duygu, düşünce ve davranışlarını meydana getiren unsurların, şiddeti nasıl ortaya çıkarabileceği üzerinedir.

Legerstee'nin yaptığı çalışmalara göre, beş haftalık bebekler, karşı-sındaki kişilerin tutum ve davranışlarını tahmin edebilme stratejilerine sahip olabilmekteler. Üç aylık bebekler ise olumlu ve olumsuz bazı duyguları ayırt etmeyi becerebilmekteler.⁴⁴ Bebekler bu dönemlerde özellikle yüz ifadeleri ve mimiklerden duyguları tanımaya başlamaktadırlar. 13-15 aydan itibaren çocuklar diğer insanların durumlarına ilgi göstermeye başlar, durumları anlamaya çalışırlar; başkalarının sıkıntısını hafifletme amacına yönelik davranışlarda bulunurlar. Bu tarz pro-sosyal davranışlar yaşla birlikte artış gösterir. Bununla birlikte çocukların herhangi bir sıkıntıya sebep olmaları halinde daha az empatik oldukları kayda değer bir durumdur.⁴⁵ Daha ileriki yaşlarda ise çocuklar diğer insanların niyetlerini, duygularını ve davranışlarına sebep olan faktörleri daha iyi anlamaya başlarlar ki bu psikolojik gelişim, kişilerarası algıların da bir sonucu olarak "diğer insanlara nasıl davranacağımızın" görece bir temelini oluşturmaktadır. Bu gelişim sürecinde yaşanacak aksaklıklar ve empati sorunları ise karşımızdaki insanların duygularını ve durumlarını dikkate almadan hareket etmeyi ve hatta şiddet içeren davranışlar sergilemeyi kolaylaştıracağını düşündürmektedir. Bu bakımdan önce aile sonra sosyal çevre ve okul, duygusal ve bilişsel gelişimi etkileyen, diğer insanları tanımayı ve anlamayı sağlayan önemli yapılar olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁴⁴ Maria Legerstee, Mental and bodily awareness in infancy: Consciousness of self-existence. In S. Gallagher & J. Shear (Eds.), *Models of the self*, Imprint Academic, 1999.

⁴⁵ Dalila Xavier de França, Chapter 2 From a Sense of Self to Understanding Relations Between Social Groups, Editors: Jorge Vala, Sven Waldzus, Maria Manuela Calheiros, *The Social Developmental Construction of Violence and Intergroup Conflict*, Springer International Publishing Switzerland, 2016, s.40.

Öfke, tamamen normal ve genellikle sağlıklı bir insan duygusudur. Ancak kontrolden çıkıp yıkıcı hale geldiğinde, iş hayatında, kişisel ilişkilerde ve yaşamın genel kalitesinde birtakım sorunlara yol açıp şiddet davranışını tetikleyebilir. Diğer duygular gibi bu duyguya da fizyolojik ve biyolojik değişiklikler eşlik eder; sinirlenildiğinde, enerji hormonları, adrenalin ve noradrenalin seviyeleri gibi kalp atış hızı ve kan basıncı yükselir. Öfke, tehditlere karşı doğal ve uyarlanabilir bir tepkidir; öfkeyi ifade etmenin içgüdüsel ve doğal yolu kontrollü miktarda tepki vermektir. Öfke yönetiminin amacı, öfkenin yanı sıra diğer farklı olumsuz duyguların neden olduğu fizyolojik uyarılmayı azaltmaktır, zira tepkileri kontrol etmeyi öğrenebilmek mümkündür.⁴⁶ Öfke kontrol teknikleri ile öfkenin saldırganlık ve şiddet içeren davranışlara yol açmasının önüne geçilebilmektedir.

Şefkat; sevgi, muhabbet ve merhametin bir araya gelmesinden oluşur. Bu duygu en çok annelerde bulunur. Ebeveynlerin birçoğunda sevgi hissinin yanında şefkat duygusunun da gelişmesi mühim olmakla birlikte çocukları büyütürken şefkat duygusunun bulunması bilhassa gereklidir. Bu şekilde çocukta da şefkat duygusu gelişir ve şiddet eğilimleri önlenir.

Empati gelişimi ise bebeklikten itibaren duyguları tanımayla başlayan, "ben ve diğer kişiler" bilincinin oluşması, duyguların öğrenilmesi, ifade edilmesi ve karşısındaki kişinin duygularının farkına varıp anlaşılmasıyla ilerleyen önemli bir süreçtir. Yüksek düzeydeki empatinin hem kadın hem de erkek için şiddete karşı koruyucu bir işlevsellğe sahip olduğu bilinmektedir.⁴⁷ Düşük düzeydeki empatinin ise anti-sosyal faillerde daha yüksek oranda tekrar bir suç işleme riski ile de ilişkili olduğu anlaşılmıştır.⁴⁸

⁴⁶ Charles Spielberger, Controlling anger before it controls you, American Psychological Association, Psychology Topics / Anger, 2005.
<https://www.apa.org/topics/anger/control#:~:text=The%20goal%20of%20anger%20management,learn%20to%20control%20your%20reactions>, erişim tarihi: 18.09.2021

⁴⁷ Lisa Broidy/Elizabeth Cauffman/Dorothy L. Espelage/Paul Mazerolle/Alex Piquero, "Sex Differences in Empathy and its Relation to Juvenile Offending", *Violence and Victims*, Vol. 18 Issue 5, DOI: 10.1891/vivi.2003.18.5.503.

⁴⁸ Ángel Romero-Martínez/Marisol Lila/Luis Moya-Albiol, "Empathy Impairments in Intimate Partner Violence Perpetrators With Antisocial and Borderline Traits: A Key Factor in the Risk of Recidivism", *Violence and Victims*, Vol. 31 Issue 2, DOI: 10.1891/0886-6708.VV-D-14-00149.

Ahlaki duygular, toplumun yararı veya başka bir kişinin yararı ile ilişkili olan duygulardır. Gelişmiş ahlaki duygular, olumsuz sonuçları öngörerek saldırgan davranışları önlemeye yardımcı olur. Bu bağlamdaki literatür, ahlaki duyguları geliştirerek fiziksel saldırganlığın azaltılabileceğini öne sürmektedir.⁴⁹ Yapılan bir araştırma sonucuna göre çocuklukta aile içi şiddete tanık olmak, sosyal işlevselliğin bozulmasıyla ilgili duygusal düzensizliklerle ilişkili olduğunu ortaya koymuştur.⁵⁰ Buna karşın sosyal ve duygusal becerileri tanıma ve geliştirmeye yönelik müdahalelerin ise şiddet içeren davranışları azalttığı ifade edilmiştir.⁵¹ Bu bağlamda, özellikle ebeveynleri sosyal ve duygusal yeterlilikler konusunda eğitmek yararlı olabilir. Çünkü çocuklar problem çözme stratejilerini öncelikle evde ve ebeveynlerinden öğrenmektedirler.⁵² Özellikle ergenleri, hedeflerini ve şiddet içeren davranışlarının sonuçlarını yeniden değerlendirme konusunda eğitmek ve bilinçlendirmek yaşamın ilerleyen dönemlerinde şiddeti azaltmada etkili olabilir.⁵³ Şiddet davranışının öngörülebilen sonuçları hakkında fikir sahibi olma ya da olası sonuçları önceden idrak edebilme becerisinin geliştirilmesi, şiddet önleme adına kullanılabilecek en faydalı psikolojik metotlardan birisi olarak düşünülebilir.

Çocuklarla normal bir etkileşim sırasında, (istismarcı olmayan) ebeveynlerin, eğitim ve gelişim süreci boyunca değişen beklentileri vardır. Ebeveynler normal şartlarda, çocuklarının becerileri hakkında

⁴⁹ Marc Jambon/Judith G. Smetana, "Self-reported moral emotions and physical and relational aggression in early childhood: A social domain approach", *Child Development*, 91 (1), 2020, s.e92-e107, 10.1111/cdev.13174.

⁵⁰ Lynn Fainsilber Katz/Danielle M. Hessler/Amalia Annet, "Domestic Violence, Emotional Competence, and Child Adjustment", *Social Development*, 16 (3), 2007, s. 513-538, 10.1111/j.1467-9507.2007.00401.x.

⁵¹ Amy L. Gower/Rebecca J. Schlafer/Julie Polan/Annie-Laurie Mcree/Barbara J. Mcmorris/Sandra L. Pettingell/Renee E. Sieving, "Brief Report: Associations Between Adolescent Girls' social - Emotional Intelligence And Violence Perpetration", *Journal of Adolescence*, Volume 37, Issue 1, January 2014, s.67-71.

⁵² Izabela Zych/Olga Gómez-Ortiz/Lidia Fernández Touceda/Elena Nasaescu/Vicente J. Llorent, "Parental Moral Disengagement Induction as a Predictor of Bullying and Cyberbullying: Mediation by Children's Moral Disengagement, Moral Emotions, and Validation of a Questionnaire", *Child Indicators Research*, 2020, 13:1065-1083, 10.1007/s12187-019-09670-2.

⁵³ Raquel Espejo-Siles/Izabela Zycha/David P. Farrington/Vicente J. Llorent, "Moral Disengagement, Victimization, Empathy, Social and Emotional Competencies as Predictors of Violence in Children and Adolescents", *Children and Youth Services Review*, Volume 118, November 2020, 105337.

doğru algılara ve ayrıca çocuklarının gelişim sürecinde kendi rollerinin ne olması gerektiğine dair doğru algılara sahiptirler. Ancak tersine, istismarcı ebeveynler çocuklarla ilgili beklentilerini çarpıtarak bu şekilde kendi istismarcı davranış tarzlarına katkıda bulunabilir. İstismarcı ebeveynler çocuklarının davranışları hakkında daha az bilinç sergilemekte, bu da çocuğu hatalı bir şekilde anlamasına ve kendi ebeveyn davranışının yetersiz olmasına yol açmaktadır.⁵⁴ İstismarcı ebeveynler, genel ebeveynlerle karşılaştırıldığında gerçekçi olmayan beklentilere sahip olmakta, çocukların duygularını tanıma ve ayırt etmekte güçlük çekmekte ve çocuklarının gelişimiyle ilgili algılarını çarpıtmaktadır. Bu tip aile içinde çocuklar, yetişkinlerin tüm özelliklerine sahip olarak ve aynı zamanda yalnızca olumsuz olaylardan sorumlu olarak görülmekle birlikte, istismarcı ebeveynler çocuklarının kötü davranışlarına caydırıcı ve cezalandırıcı tepkilerle karşılık vermektedirler. Çocuk hakkındaki olumsuz algıların yanı sıra zorlayıcı disiplin teknikleri de ebeveyn-çocuk ilişkisi denkleminde psikolojik gelişimi baltalayan etmenler olarak görülmektedir. Davranış sorunları, gelişim güçlükleri ve çocukların olumsuz algıları, annenin kötü muamele uygulamalarının birer göstergesi niteliğinde önemli değişkenler olarak görünmektedir. Öte yandan, ailedeki çocuk sayısı, sorumluluklarla ilgili zorluklar ve çocuğun gelişim problemleri, ebeveyn ihmali daha iyi açıklayan değişkenlerdir.⁵⁵ Olumsuz çocukluk deneyimleri ergenlikteki şiddet için risk faktörü olarak değerlendirilmekte ve çocuğa kötü muamelenin şiddet uygulama ile ilişkili olduğu görülmektedir.⁵⁶ Bu alandaki araştırmalar, önleme müdahaleleri ile ilgili hâkim fikirlerin yeniden yönlendirilmesine yardımcı olabilir ve ebeveynlerin

⁵⁴ Joel S. Milner/Cynthia Dopke, Child physical abuse: review of offender characteristics. In D. A. Wolfe R. J. McMahon, & R. D. Peters (Eds.), Child abuse: New directions in prevention and treatment across the lifespan, SAGE Publications, Inc. 1997, s.27 vd., <https://www.doi.org/10.4135/9781452231938.n2>.

⁵⁵ Maria Manuela Calheiros/Leonor Rodrigues, Chapter 7 Parent-Child Interactions as a Source of Parent Cognition in the Context of Child Maltreatment, Editors: Jorge Vala, Sven Waldzus, Maria Manuela Calheiros, The Social Developmental Construction of Violence and Intergroup Conflict, Springer International Publishing Switzerland, 2016, s.154.

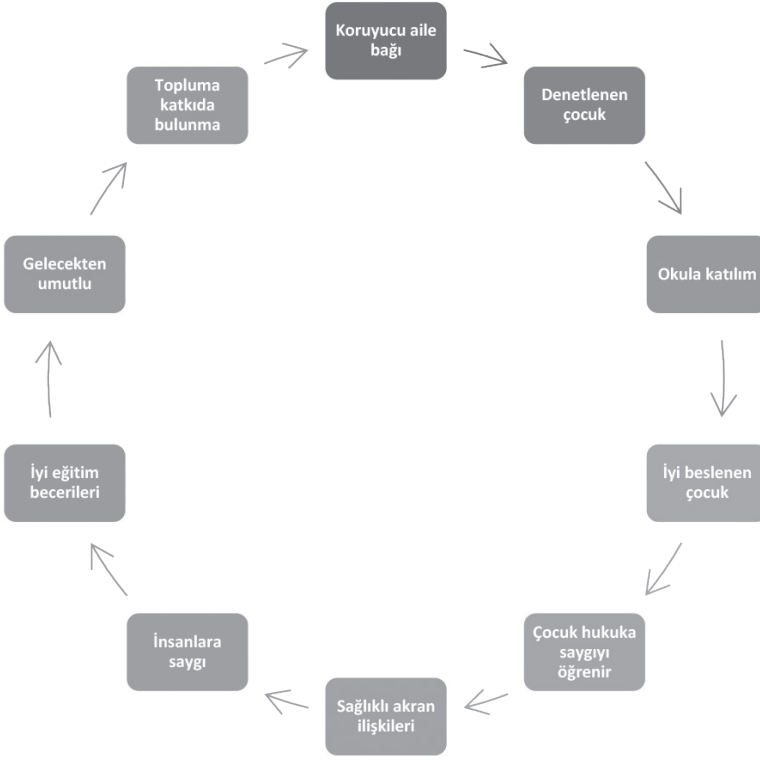
⁵⁶ Naomi N. Duke/Sandra L. Pettingell/Barbara J. McMorris/Iris W. Borowsky, "Adolescent Violence Perpetration: Associations With Multiple Types of Adverse Childhood Experiences", *Pediatrics*, April 2010, 125 (4), e778-e786; DOI: <https://doi.org/10.1542/peds.2009-0597>.

gerçek ihtiyaçlarını ve çocukların ilgisini daha iyi yansıtmaya katkıda bulunabileceği ve aile içi dinamikleri daha iyi kavrayarak ele almak, şiddet davranışlarının kökenleri ve ortaya çıkış sebeplerinin anlaşılması hakkında bir farkındalık oluşturacağı düşünülmektedir. Anne ile etkileşimler, bir bebek için neredeyse tüm dünyayı oluşturur. Bu oluşum sadece hayatta kalmayı sağlamakla kalmayıp aynı zamanda başarılı beyin gelişimi için gerekli beslemeyi sağlayan bir çerçeveyi temsil etmektedir.

Şiddet açısından ergenlik de çocukluk devresi kadar önemli bir dönem olarak görülmektedir. Bu süreçte bireylerde hormonal, fiziksel, psikolojik ve sosyal değişimler yaşanmakta ve kimlik gelişimi, sosyal ilişkiler ve duygusal gelişim gibi önemli psikolojik dönüşümler gözlenmektedir. Bu dönemde ergenin ebeveyn otoritesini sorgulamaya başlaması, kendi kararlarını almak istemesi ve akranların önem kazanmasıyla birlikte aileyle daha az zaman geçirmesi gibi değişimler de önemli rol oynamaktadır. Araştırmalara göre ebeveyn, ergenin yaşadığı gelişimsel değişimleri anlayıp buna imkân verdiğinde, aile içinde olağan tartışma ve çekişmeler olsa bile fırtınalı bir sürecin yaşanmadığını göstermektedir. Ayrıca ergenin hem kendini ifade etmesini hem de aile bağlarını korumasını kolaylaştıracak tutum, davranış ve uygulamalar, ergen için en olumlu gelişimsel sonuçları sağlamaktadır.⁵⁷ Ebeveynlerin ergenlik dönemindeki çocuklarına samimi ve destekleyici bir ortam sağlamaları, sınırlayıcı, müdahaleci ve aşırı koruyucu olmadan takip ve gözetimi sürdürmeleri, çocuklarının bireyselliğini tanımaları hem ergenin ebeveynle bağlarının korunmasına hem de psikososyal uyumuna önemli katkı sağlamaktadır.⁵⁸ Ergenlerde sağlıklı ve dengeli uyum mekanizmalarının işlenmesi, hem bireysel açıdan hem de sosyal ortamda suç ve şiddete sürüklenme ihtimalini azaltıcı bir etki olarak düşünülmektedir.

⁵⁷ Melike Sayıl/Yeliz Kındap/Yusuf Bayar/Fatih Bayraktar/Deniz Kurt/Arcan Tığrak/E. Helin Yaban, Ergenlik Döneminde Ebeveynlik ve Ergenin Psikososyal Uyumunu, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, 2012, Ankara, s.3.

⁵⁸ W. Andrew Collins/Laurence Steinberg, Adolescent Development in Interpersonal Context, In Handbook of Child Psychology (eds W. Damon, R.M. Lerner and N. Eisenberg) Volume III. Social, Emotional, and Personality Development, 2007, <https://doi.org/10.1002/9780470147658.chpsy0316>.



Şekil 3. Sağlıklı ve fonksiyonel ebeveyn- çocuk ilişkilerine dayalı şiddetsiz, huzur ve güven oluşturan örnek bir sosyal gelişim döngüsü. (Whitzman'dan uyarlanmıştır).

Ayrıca, psikolojik ve fiziksel güvenliğin sağlanması şiddet eylemlerini azaltıcı bir etki oluşturmaktadır. Güvenli ve emin bir ortam, iyi barınma ve çalışma koşulları, olumlu eğitim deneyimleri, istihdam ve destekleyici bir politik altyapı çatışma ve şiddeti en aza indirmekte, güvensizlik ve umutsuzluk, hızlı sosyal değişimler, şiddet ve fiziksel sağlık riskleri gibi faktörler ise insanların ruhsal hastalıklara karşı daha savunmasız olmalarını açıklayabilmektedir. Çeşitli şiddet biçimlerinin sonucu olarak ortaya çıkan ruhsal hastalıkların toplum sağlığı üzerindeki yükünün önlenmesi amacıyla bir araştırma gündemi, yenilikçi politikalar ve programların geliştirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Bu çerçevede toplumsal kapsayıcılık, ayrımcılık ve şiddetin olmaması psikolojik sağlık için belirleyici unsurlar arasında gös-

terilmektedir.⁵⁹ Özet olarak şiddetin önlenmesi toplumsal olarak ruh sağlığı ve iyilik hali üzerinde olumlu etki göstermekteyken aynı şekilde toplum ruh sağlığı ve psikolojik iyilik halindeki düzelmelerin de şiddetin azalmasına neden olduğu düşünülmektedir.

Şiddetin ortaya çıkmasında psikolojik, nörobiyolojik ve çevresel (örn. Sosyal, ekonomik) faktörler sürekli olarak etkileşimde bulunmakta ve birbirini tetiklemektedir. Bu nedenle bu makalede, şiddeti ortaya çıkaran mekanizmaları daha iyi anlamak için, psikobiyososyal etkileşimleri inceleyerek şiddetin yapısını çok boyutlu olarak ele alarak önleme mekanizmalarını ortaya koymanın daha etkili olacağı düşünülmektedir.

IV. ŞİDDET ÖNLEMENE YÖNELİK BAZI ETKİN UYGULAMA ÖRNEKLERİ

Şiddet, temel olarak önlenemez olarak görülmektedir. Yapılan çalışmalar şiddetin altında yatan nedenleri önlemeye yönelik bir halk sağlığı yaklaşımının da işe yaradığını göstermektedir. Şiddet sonucu görülen ölüm ve diğer sağlık sorunlarının önlenmesi için ihtiyaç duyulan mali giderin oranı, şu anda dünya çapında emniyet, yargı, özel güvenlik ve suçluların hapsedilmesi gibi çeşitli hizmetler için harcanan yüz milyarlarca dolardan çok daha az maliyetlidir.⁶⁰ Bu bağlamda şiddeti önlemeye yönelik halk sağlığı ve hukuksal çalışmaların bir süre sonra sosyal ve ekonomik açıdan da olumlu etkileri olacağını düşünmek mümkündür. Ayrıca adalet sisteminde atılacak bazı stratejik adımların gene adalet sisteminin yükünü azaltabileceğini düşünmek de yanlış olmayacaktır.

Dünya Sağlık Örgütü şiddet önlemeye yönelik çalışmalarını yedi adet strateji belirleyerek sürdürmektedir:

1. Çocuklar ile ebeveynleri ve bakıcıları arasında güvenli, istikrarlı ve eğitici ilişkiler geliştirmek.
2. Çocuklarda ve ergenlerde yaşam becerilerini geliştirmek.

⁵⁹ Okan Taycan/Bülent Coşkun (Çeviri Editörleri), Ruh Sağlığını Güçlendirme Kavramlar, Kanıtlar, Uygulamalar, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayınları, 2020, Ankara, s.6.

⁶⁰ Whitzman, s.13.

3. Alkol ulaşılabilirliğini ve zararlı kullanımını azaltmak.
4. Silahlara, bıçaklara ve zirai ilaçlara erişimi azaltmak.
5. Kadına yönelik şiddeti önlemek için cinsiyet eşitliğini teşvik etmek.
6. Şiddeti destekleyen kültürel ve sosyal normları değiştirmek.
7. Mağduru tespit etme, bakım ve destek programları oluşturmak.

Bu stratejileri gerçekleştirmek amacıyla birçok uygulamalı yöntem de belirtilmiştir.⁶¹

- Ev ziyaretleri de içeren ebeveyn eğitimleri
- Ebeveyn – çocuk programları
- Okul öncesi zenginleştirme ve sosyal gelişim programları
- Alkol fiyatlarını artırma, satışlarını düzenleme, alkol içilen ortamları düzenleme
- Ateşli silah lisanslama ve satın alma politikalarını kısıtlama
- Halka açık yerlerde ateşli silah taşımayı yasaklama
- Cinsiyet eşitliğine yönelik eğitimler
- Yaşam becerilerine yönelik programlar
- Mağdur destek programları, psiko-sosyal müdahaleler, koruma yöntemleri

Bu strateji ve yöntemlerle birlikte makro seviyede yapılması gereken adımlardan birisi de hükümetlerin bütçelerini şiddet mağdurlarıyla ilgilenmek ve faillerini tespit etmek, kovuşturmak ve cezalandırmanın yanı sıra şiddeti önlemeye kaydırmak olarak önerilmektedir. Nitekim karar vericilerin şiddet önleme bilincinin yoğunlaşması ve yaygınlaşması, bu stratejilerin hayata geçirilmesi açısından çok önemlidir. Bu düşüncelerden yola çıkarak atılacak adımlar aslında tüm insanların güvenliği, emniyeti ve iyiliğini ilerletmeye yardımcı olmaktadır. Psikolojik sağlık ve güvenlik ihtiyacının sağlanması ile hukukun işlevselliği arasındaki ilişki bu bağlamda önem taşımaktadır.

⁶¹ WHO Library Cataloguing-in-Publication Data: Violence prevention: the evidence, WHO Press, 2010, https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/77936/9789241500845_eng.pdf, erişim tarihi: 19.09.2021

V. ŞİDDET SUÇLARI VE BU SUÇLARLA MÜCADELEDE CEZA HUKUKUNUN ROLÜ

Şiddet, failin, bir başka kişinin (mağdurun) fiziki ve manevi bütünlüğüne zarar verme amacıyla hareket ettiği duygusal dışa vurma fiilidir. Şiddetin yol açtığı zararlar kişisel veya toplumsal olabilir. Şiddet bazı durumlarda belirli bir amaca yönelik bir vasıta konumundayken bazen de rastgele oluşan ve failin bireysel tatmin sağlaması dışında bir özellik göstermeyen fiiller olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu açıdan bakıldığında şiddet fiilleri, aniden (tehevvüren) gerçekleşebileceği gibi bir hazırlık sonucu da (taammüden) ortaya çıkabilmektedir.⁶²

Bir başka tanıma göreyse şiddet, kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı ifade eder.

Ülkemizde şiddet denildiğinde genellikle bireylerin birbirlerine karşı fiziksel anlamda zarar vermesi anlaşılrsa da şiddetin yukarıda verilen tanımından hareket edildiğinde yalnızca mağdurun fiziksel bütünlüğüne yönelmiş bir saldırı olarak değil aynı zamanda manevi varlığına yönelmiş ve bunlara zarar verme amacı taşıyan fiiller olarak tanımlanması gerekmektedir. Bu kapsamda literatürde şiddetin dört başlık altında incelendiği görülmektedir:

1. Fiziksel şiddet: Mağdurun beden bütünlüğüne yönelmiş olan ve ona fiziksel olarak zarar vermeyi amaçlayan şiddet türüdür. Bu şiddet, tekme-tokat atmak, el-kol bükme, yumruk atmak, bedende sigara söndürmek, saç çekmek, ısırma, işkence yapmak, bir cisimle vücuda vurma, sağlıksız koşullarda yaşamaya zorlama gibi çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Fiziksel şiddetle mücadelede Türk Ceza Kanunu'nun birçok maddesinde çeşitli suç tiplerine yer verildiği görülmektedir: Kasten öldürme (TCK m.81), kasten yaralama (TCK m.86), insan üzerinde deney (TCK m.90), işkence (TCK m.94), eziyet (TCK m.96) gibi.

⁶² Mustafa Tören Yücel, Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi, Ankara (tarihsiz), s. 21 (Akt. Timur Demirbaş, Şiddet Suçlarına Genel Bir Bakış", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 65, Sayı 4, s.3345.

2. Psikolojik şiddet: Kişilerin bedensel veya kişilik özellikleri kullanılarak, bunlar üzerinde baskı kurmak suretiyle duygular aracı kılınarak kişinin istenmediği muameleye maruz bırakılması bu şiddet türünü oluşturmaktadır. Bu şiddet türü, aşağılama, küçük düşürme, hakaret etme, serbest iradesiyle karar alma hakkına engel olma, istediği kişilerle görüşmesini engelleme gibi çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Psikolojik şiddetle mücadelede de Türk Ceza Kanunu'nun birçok maddesinde çeşitli suç tiplerine yer verildiği görülmektedir: Tehdit (TCK m.106), şantaj (TCK m.107), cebir (TCK m.108), kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak (TCK m.109), iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (TCK m.117), hakaret (TCK m.125) gibi.
3. Cinsel şiddet: Kişilerin istekleri dışında veya istemedikleri biçimde veya istismar edilmek suretiyle cinsel dokunulmazlıklarına müdahale niteliğindeki fiillere maruz bırakılmaları cinsel şiddet olarak ifade edilmektedir. Cinsel şiddet suçlarının mağdurlarının genellikle kadınlar ve çocuklar olduğu da bilinmektedir. Bu şiddet türü, tecavüz, ensest, zorla evlendirme, cinsel taciz gibi şekillerde görülmekte olup bu şiddet türüyle mücadelede de Türk Ceza Kanunu'nun birçok maddesinde değişik suç tiplerine yer verildiği görülmektedir: Cinsel saldırı (TCK m.102), çocuğun cinsel istismarı (TCK m.103), reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m.104), cinsel taciz (TCK m.105), müstehcenlik (TCK m.226), fuhuş (TCK m.227) gibi.
4. Ekonomik şiddet: Ekonomik güç kullanılarak kişilerin yaşamını devam ettirebilecek maddi gücün ellerinden alınması şeklindeki şiddet türüne ekonomik şiddet denilmektedir. Bu şiddet türü, zorla çalıştırılma, çalışmaktan alıkonulma, kişisel mal varlığının izinsiz kullanımı, dilendirilme, kötü muamele gibi çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Ekonomik şiddetle mücadelede Türk Ceza Kanunu'nun birçok maddesinde çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir: Fuhuş (TCK m.227), dilencilik (TCK m.229), kötü muamele (TCK m.232), aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali (TCK m.233) gibi.

Şiddet suçları denildiği zaman 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun üzerinde de kısaca durmakta fayda görmekteyiz. Kanunun 1. maddesine göre bu Kanu-

nun amacı; şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. Tanımlar başlıklı 2. maddede ise şiddet ve kadına yönelik şiddetten ne anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre şiddet, kişinin fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı ifade etmektedir. Kadına yönelik şiddet ise, kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan ve şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranışı ifade etmektedir. 6284 sayılı Kanun kapsamında şiddet mağduru olan kişilerle ilgili olarak koruyucu ve önleyici tedbirler alınması da mümkündür. Bu Kanun ile kanun koyucu özellikle toplumda sıklıkla şiddet mağduru olan kişiler konumundaki kadınlara yönelik gerçekleştirilen her türlü şiddete sıfır tolerans mantığıyla yaklaşmaktadır ki bu da gayet yerinde bir tercihtir.

Şiddetin bir suç oluşturup oluşturmadığı yukarıda da ifade edildiği üzere kanunlar ile düzenlemekte olup, kanunlar, şiddetin davranışsal bir sapma olarak kişiye verdiği zarar noktasında devreye girmektedir. Psikolojik olarak bir davranışın engellenmesinde de ceza mevzuatının rolü büyüktür. Ancak ceza, doğru uygulandığı takdirde istenmeyen davranış üzerinde kalıcı bir baskı oluşturabilmektedir.⁶³ Şiddet davranışının önlenmesi için de ceza adaleti, caydırıcı bir unsur olarak görülmelidir.

Psikolojik, sosyal, fizyolojik, ekonomik ve diğer farklı pek çok etkenler tarafından beslenen karmaşık bir kavram olan şiddetin, katı hükümler ve tedbirler içeren düzenlemelerle birdenbire yok edilmesi mümkün görünmemektedir. Bu yüzden, şiddeti önlemek adına gerekli kanunî düzenlemeleri yapmak kadar şiddeti besleyen veya körükleyen diğer etkenleri de yok etmeyi ihmal etmemek gerekmektedir. Özellikle bireyleri daha aile içindeyken şiddeti önlemek adına eğitmek

⁶³ Küçükay, s.366-367.

için gerekli tedbirleri almak, ebeveyn eğitimi ile çocuk eğitimini birleştirerek topyekûn şiddetin tüm toplum düzeylerinde yok edilmesine karşı mücadeleye başlamanın bu anlamda ilk adım olabileceği ileri sürülmüştür.⁶⁴

Şiddet suçlarıyla mücadelede yalnızca ceza hukuku enstrümanları yeterli olmayıp aynı zamanda infaz hukukuna ilişkin müesseselerden de yararlanılmasında zorunluluk bulunmaktadır. İnfaz hukukunun şiddet ve suç denklemindeki yerinin ceza bakımından işlevselliğinin önem taşıdığı görülmektedir. Bu kapsamda infazın kanuna uygun, huktan ayrılmadan, ayrıcalık tanımadan, insan haklarına saygılı, insan onuruna yakışan, eşit, adaletli ve hakkaniyete uygun yapılması gerekmektedir.⁶⁵ Cezanın caydırıcılık ve önleme işlevlerinin bulunmasının yanı sıra infazın hassas bir şekilde planlanması da suç işlenmesinin önlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır.⁶⁶ Bu kapsamda şiddet suçlarından bazıları bakımından 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik tedbiri süreleri bakımından hükümlünün aleyhine sonuç doğuracak bazı düzenlemelere yer verilmiştir ki bu durum da kanun koyucunun izlemiş olduğu infaz politikasının doğal bir sonucu olarak görülebilir.

Şiddet suçunun mağduru olan bireylere yönelik gerçekleştirilecek fiiller aynı zamanda özel hukuk açısından haksız fiil olarak nitelendirileceğinden, bu fiili gerçekleştiren kişiye karşı, mağdurun uğramış olduğu zararların tazmini amacıyla maddi ve manevi tazminat davası açma hakkının bulunduğu da vurgu yapmak gerekmektedir.

SONUÇ

Şiddeti önleme konusunda birçok temel dinamiğin yer alması ve sürecin karmaşıklığı sebebiyle basit nedensel ve epidemiyolojik açıklamaların yetersiz kaldığı düşünülmekle birlikte psikolojik yaklaşımların şiddet önleme açısından katkı sağladığı düşünülmektedir. Şiddet

⁶⁴ Alper Uyumaz/İdris Akdağ, "Türk Özel Hukukunda Şiddet ve Israrlı Takip Kavramı ile Israrlı Takip Mağdurunun Korunması", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 19, Sayı 2, s.45 vd.

⁶⁵ Osman Atalay, "7242 sayılı Yeni İnfaz Yasasının Getirdikleri", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 15, Sayı:166, Haziran 2020, s.1234 vd.

⁶⁶ Erdal Yerdelen, "Alman Ceza İnfaz Hukukunun Esasları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 8, Sayı 16, Aralık 2020, s.460.

dediğimiz nihai sonucun gerçekleşmesi için, tüm bu faktörlerin eşzamanlılık içinde birlikte ortaya çıktığı görülmektedir.⁶⁷ Bu nedenle, çok yönlü ele alınması gereken bir konu olarak şiddet, sosyolojik, ekonomik, politik boyutları olmakla birlikte, bu makalede daha çok psikolojik ve hukuki temelde ele alınmıştır. Şiddeti ortaya çıkaran birtakım mekanizmaların yanı sıra genel olarak şiddet ile mevzuatımızdaki düzenlemelere de değinilmiştir.

Günümüzde şiddet sonucu birçok insan maddi ve manevi zarar görmektedir. Şiddete maruz kalan, fiziksel ve ruhsal zarara uğrayıp mağduriyet yaşarken şiddet uygulayanlar ise çeşitli hukuki ve cezai yaptırımlarla karşı karşıya kalmaktadır. Oluşan zararların etkileri ise kimi zaman yıllar sürmekte, kimi zaman ise şiddet döngüsü devam ederek zararların giderilemeyeceği sonuçları doğurmaktadır. Bu nedenle esas olarak, şiddetin önlenmesi adına oluşturulacak stratejiler hakkında etraflıca yapılacak olan değerlendirmelerin çok kıymetli olduğu düşünülmektedir. Öncelikle şiddetin önlenbilir olduğu fikrinin üzerinde durulması gerekmektedir. Şiddeti önleme ile ilgili mevzuat her ne kadar yeterli olsa da uygulamada karşılaşılan bazı yanlış uygulamalar vatandaşların adalete olan güvenlerinin de sarsılması sonucunu doğurmaktadır. Bu kapsamda mevcut kanunların daha işlevsel ve etkin bir şekilde uygulanabilmesi için meslek içi eğitimler dahil olmak üzere bazı düzenlemelerin hayata geçirilmesinin faydalı olacağı düşünülmektedir. Bunlara ek olarak şiddeti ortaya çıkarmada etkili olan parametrelerin hem bireysel hem de toplumsal güvenlik algısını sarsmasını önleyecek stratejileri ortaya koymak da gereklidir. Sonuç olarak, şiddetin nasıl önleneceğinin daha çok tartışılıp ele alınması gereken bir konu olduğu kanaatine varılmıştır. Bu konuda psikoloji ve hukuk alanlarında çalışan profesyonellere de büyük bir rol düşmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Amartya Sen: *The Argumentative Indian: Writings on Indian History, Culture and Identity*, Picador; First edition, New York, 2006.
- Calheiros Maria Manuela/Rodrigues Leonor, Chapter 7 Parent-Child Interactions as a Source of Parent Cognition in the Context of Child Maltreatment, Editors:

⁶⁷ Bandy X. Lee, "Causes and Cures III: the Psychology Of Violence", *Aggression and Violent Behavior*; Volume 25, Part B, November-December 2015, s.210.

- Jorge Vala, Sven Waldzus, Maria Manuela Calheiros, *The Social Developmental Construction of Violence and Intergroup Conflict*, Springer International Publishing Switzerland, 2016.
- Collins W. Andrew/Steinberg Laurence, *Adolescent Development in Interpersonal Context*, In *Handbook of Child Psychology* (eds. W. Damon, R.M. Lerner and N. Eisenberg) Volume III. Social, Emotional, and Personality Development, 2007, <https://doi.org/10.1002/9780470147658.chpsy0316>.
- Ellis Lee/Farrington David P./Hoskin Anthony W., Chapter 7- Biological Factors, Editor(s): Lee Ellis, David P. Farrington, Anthony W. Hoskin, *Handbook of Crime Correlates (Second Edition)*, Academic Press, 2019.
- França Dalila Xavier de Chapter 2 From a Sense of Self to Understanding Relations Between Social Groups, Editors: Jorge Vala, Sven Waldzus, Maria Manuela Calheiros, *The Social Developmental Construction of Violence and Intergroup Conflict*, Springer International Publishing Switzerland, 2016.
- Geen Russel G., *Television and aggression: Recent developments in research and theory*, In D. Zillmann, J. Bryant, & A. C. Huston (Eds.), *LEA's communication series, Media, children, and the family: Social scientific, psychodynamic, and clinical perspectives*, Lawrence Erlbaum Associates Inc., 1994.
- Guinote Ana/Cai Alice, *The Social Developmental Construction of Violence and Intergroup Conflict*, Chapter 1 Power and the Social Self, Editors: Jorge Vala, Sven Waldzus, Maria Manuela Calheiros, Springer International Publishing Switzerland, 2016.
- Legerstee Maria, *Mental and bodily awareness in infancy: Consciousness of self-existence*. In S. Gallagher & J. Shear (Eds.), *Models of the self*, Imprint Academic, 1999.
- Milner Joel S./Dopke Cynthia, *Child physical abuse: review of offender characteristics*, In D. A. WolfeR. J. McMahon, & R. D. Peters (Eds.), *Child abuse: New directions in prevention and treatment across the lifespan*, SAGE Publications Inc., 1997, ss.27-54, <https://www.doi.org/10.4135/9781452231938.n2>.
- Rachel E. Morgan, Jennifer L. Truman, 2019 Criminal Victimization Report, September 2020, NCJ 255113, U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics, <https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/cv19.pdf>.
- Rivers Jacqueline J./Josephs Robert A., *Dominance and Health The Role of Social Rank in Physiology and Illness*, *The Social Psychology of Power*, Edited by Ana Guinote and Theresa K. Vescio, Guilford Publications, 2010.
- Rosell Daniel R./Siever Larry J., *The neurobiology of aggression and violence*, Published online by Cambridge University Press: 04 May 2015, *CNS Spectrums*, 20 (3), ss.254-279, doi:10.1017/S109285291500019X.
- Sayı Melike/Kindap Yeliz/Bayar Yusuf/Bayraktar Fatih/Kurt Deniz/Tığrak Arcan/Yaban E. Helin, *Ergenlik Döneminde Ebeveynlik ve Ergenin Psikososyal Uyumu*, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, 2012, Ankara.
- Swanson Jeffrey W., *Mental disorder, substance abuse, and community violence: an epidemiological approach*, in *Violence and Mental Disorder: Developments in Risk Assessment*, edited by Monahan J, Steadman HJ. Chicago, University of Chicago Press, 1994.

- Taycan Okan/Coşkun Bülent (Çeviri Editörleri), Ruh Sağlığını Güçlendirme Kavramlar, Kanutlar, Uygulamalar, Türkiye Psikiyatri Derneği Yayınları, 2020, Ankara, ss.6-21.
- Whitzman Carolyn, *The Handbook of Community Safety, Gender and Violence Prevention: Practical Planning Tools*, Earthscan Publishing, London, 2008.
- Vito Gennaro F./Maahs Jeffrey R./Holmes Ronald M., *Criminology Theory, Research, and Policy*, Jones and Bartlett Publishers, Sudbury, Massachusetts, 2007.
- Volavka Jan, *Neurobiology of Violence*, Washington DC, American Psychiatric Press, 1995.

Makaleler

- Atalay, Osman: "7242 sayılı Yeni İnfaz Yasasının Getirdikleri", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 15, Sayı:166, Haziran 2020, ss.1234-1248.
- Broidy Lisa/Cauffman Elizabeth/Espelage Dorothy L./Mazerolle Paul/Piquero Alex, "Sex Differences in Empathy and its Relation to Juvenile Offending", *Violence and Victims*, Vol 18 Issue 5, DOI: 10.1891/vivi.2003.18.5.503.
- Bushman Brad J., "Moderating Role of Trait Aggressiveness in the Effects of Violent Media on Aggression", *Journal of Personality and Social Psychology*, 1995, 69 (5), s.950-960, <https://doi.org/10.1037/0022-3514.69.5.950>.
- Cima Maaike/Raine Adrian/Meesters Cor/Popma Arne: "Validation of the Dutch Reactive Proactive Questionnaire (RPQ): Differential Correlates of Reactive and Proactive Aggression from Childhood to Adulthood", *Aggressive Behavior*, vol. 39, 2 (2013): 99-113. doi:10.1002/ab.21458.
- Coccaro Emil F./Kavoussi Richard J./Berman Mitchell E./Lish Jennifer D., "Intermittent Explosive Disorder-Revised: Development, Reliability, and Validity Of Research Criteria", *Comprehensive Psychiatry*, 1998, 39 (6), ss.368-376, [https://doi.org/10.1016/s0010-440x\(98\)90050-5](https://doi.org/10.1016/s0010-440x(98)90050-5).
- Demirbaş Timur, Şiddet Suçlarına Genel Bir Bakış, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 65, Sayı 4, ss.3345 - 3353.
- Duke Naomi N./Pettingell Sandra L./Mcmorris Barbara J./Borowsky Iris W., "Adolescent Violence Perpetration: Associations With Multiple Types of Adverse Childhood Experiences", *Pediatrics*, April 2010, 125 (4) e778-e786; DOI: <https://doi.org/10.1542/peds.2009-0597>
- Eronen Markku/Hakola Panu/Tiihonen Jari, "Mental Disorders and Homicidal Behavior in Finland", *Arch Gen Psychiatry*, 1996; S. 53 (6), ss.497-501. doi:10.1001/archpsyc.1996.01830060039005.
- Espejo-Siles Raquel/Zycha Izabela/Farrington David P./Llorent Vicente J., "Moral Disengagement, Victimization, Empathy, Social and Emotional Competencies as Predictors of Violence in Children and Adolescents", *Children and Youth Services Review*, Volume 118, November 2020, 105337.
- Gower Amy L./Shlafer Rebecca J./Polan Julie/Mcree Annie-Laurie/Mcmorris Barbara J. Pettingell Sandra L./Sieving Renee E., "Brief Report: Associations Between Adolescent Girls'social - Emotional Intelligence and Violence Perpetration", *Journal of Adolescence*, Volume 37, Issue 1, January 2014, ss.67-71.

- Haber Suzanne N., "The Primate Basal Ganglia: Parallel and Integrative Networks", *Journal of Chemical Neuroanatomy*, 2003, 26 (4), ss.317-330, <https://doi.org/10.1016/j.jchemneu.2003.10.003>.
- Hamby Sherry, "On Defining Violence, and Why It Matters", *Psychology of Violence*, American Psychological Association, 2017, Vol. 7, No. 2, ss.167-180.
- Hafızoğulları Zeki/Güngör Devrim, "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 69, 2007, ss.21-50.
- Hoptman Matthew J./D'angelo Debra/Catalano Dean/Mauro Cristina J./Shehzad Zarrar E./Kelly A. M. Clare/Castellanos Francisco X./Javitt, Daniel C./Milham Michael P., "Amygdalofrontal Functional Disconnectivity and Aggression in Schizophrenia", *Schizophrenia Bulletin*, Volume 36, Issue 5, September 2010, ss.1020-1028, <https://doi.org/10.1093/schbul/sbp012>.
- Jambon Marc/Smetan, Judith G., "Self-Reported Moral Emotions And Physical and Relational Aggression in Early Childhood: a Social Domain Approach", *Child development*, 91 (1), 2020, s. e92-e107, 10.1111/cdev.13174.
- Justice Blair/Justice Rita/Kraft Irvin A., "Early-Warning Signs of Violence: Is a Triad Enough?", *American Journal of Psychiatry*, 1974, 131:4, ss.457-459.
- Katz Lynn Fainsilber/Hessler Danielle M./Annest Amalia, "Domestic Violence, Emotional Competence, and Child Adjustment", *Social Development*, 16 (3), 2007, ss.513-538, 10.1111/j.1467-9507.2007.00401.x.
- Kolla Nathan J./Malcolm Charlotte/Attard Stephen/Arenovich Tamara/Blackwood Nigel/Hodgins Sheilagh, "Childhood Maltreatment and Aggressive Behaviour in Violent Offenders with Psychopathy", *Canadian Journal of Psychiatry*, Revue Canadienne De Psychiatrie, 2013, 58 (8), s. 487-494, <https://doi.org/10.1177/070674371305800808>.
- Küçükay Alper, "Suç önleme Stratejileri ve Güvenlik Politikalarına Psikolojik Bir Bakış", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2019, Yıl: 11, Sayı: 38, ss.343-392.
- Lee Bandy X., "Causes and Cures III: The Psychology of Violence", *Aggression and Violent Behavior*, Volume 25, Part B, November-December 2015, ss.210-214.
- Mann J. John, "The Neurobiology of Suicide", *Nature Medicine*, 1998, 4 (1), ss.25-30. <https://doi.org/10.1038/nm0198-025>.
- Margolin Gayla/Ramos Michelle C./Timmons Adela C./Miller Kelly F./Han Sohyun C., "Intergenerational Transmission of Aggression: Physiological Regulatory Processes", *Child Dev Perspect*, 2016 Mar 1;10 (1): ss.15-21, doi: 10.1111/cdep.12156. Epub 2015 Dec 11. PMID: 26929773; PMCID: PMC4767800.
- Matthies Swantje/Rusch Nicolas/Weber Matthias/Lieb Klaus/Philipsen Alexandra/Tuescher Oliver/Ebert Dieter/Hennig Jürgen/Van Elst Ludger Tebartz, "Small Amygdala-High Aggression? The Role of The Amygdala in Modulating Aggression in Healthy Subjects", *The World Journal of Biological Psychiatry: the Official Journal of the World Federation of Societies of Biological Psychiatry*, 2012, 13 (1), ss.75-81, <https://doi.org/10.3109/15622975.2010.541282>.
- Mccloskey Michael S./Berman Mitchell E./Noblett Kurtis L./Coccaro Emil F., "Intermittent Explosive Disorder-Integrated Research Diagnostic Criteria: Convergent And Discriminant Validity", *Journal of Psychiatric Research*, 2006, 40 (3), ss.231-242, <https://doi.org/10.1016/j.jpsychires.2005.07.004>.

- Paoloni-Giacobino Ariane/Mouthon Dominique/Lambercy Carmen/Vessaz Monique/Coutant-Zimmerli Stefanie/Rudolph Waltraut/Malafosse Alain/Buresi Catherine, "Identification and Analysis of New Sequence Variants in the Human Tryptophan Hydroxylase (Tph) Gene", *Molecular Psychiatry*, 2000, volume 5, ss.49-55.
- Romero-Martínez Ángel/Lila, Marisol/Moya-Albiol, Luis, "Empathy Impairments in Intimate Partner Violence Perpetrators With Antisocial and Borderline Traits: A Key Factor in the Risk of Recidivism", *Violence and Victims*, Vol 31 Issue 2, DOI: 10.1891/0886-6708.VV-D-14-00149.
- Schimmenti Adriano/Di Carlo Giovanbattista/Passanisi Alessia/Caretti Vincenzo, "Abuse in Childhood and Psychopathic Traits in a Sample of Violent Offenders", *Psychological Trauma: Theory, Research, Practice and Policy*, 2015, 7 (4), ss.340-347, <https://doi.org/10.1037/tra0000023>.
- Smithmyer Catherine M./Hubbard Julie A./Simons Robert F., "Proactive and Reactive Aggression in Delinquent Adolescents: Relations to Aggression Outcome Expectancies", *Journal of Clinical Child Psychology*, 29 (1), ss.86-93, https://doi.org/10.1207/S15374424jccp2901_9.
- Sohrabi Salman, "The Criminal Gene: the Link Between MAOA and Aggression (Review)", *BMC Proceedings*, 2015, 9 (Suppl 1), A49. <https://doi.org/10.1186/1753-6561-9-S1-A49>.
- Uyumaz Alper/Akdağ İdris, "Türk Özel Hukukunda Şiddet ve Israrlı Takip Kavramı ile Israrlı Takip Mağdurunun Korunması", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 19, Sayı 2, ss.45-94.
- Volavka Jan, "The Neurobiology of Violence An Update", *The Journal of Neuropsychiatry and Clinical Neurosciences*, 1999, 11:3, ss.307-314.
- Yang Yaling, "Neuroanatomy of Violence and Aggression", P. Sturmey (Ed.), *In The Wiley Handbook of Violence and Aggression*, 2017, <https://doi.org/10.1002/9781119057574.whbva018>.
- Yerdelen Erdal, "Alman Ceza İnfaz Hukukunun Esasları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 8, Sayı 16, Aralık 2020, ss.449-485.
- Zych Izabela/Gómez-Ortiz Olga/Touceda Lidia Fernández/Nasaescu Elena/Llorent Vicente J., "Parental Moral Disengagement Induction as a Predictor of Bullying and Cyberbullying: Mediation by Children's Moral Disengagement, Moral Emotions, and Validation of a Questionnaire", *Child Indicators Research*, 2020, 13, ss.1065-1083, 10.1007/s12187-019-09670-2.

Raporlar

- Krug Etienne G./Dahlberg Linda L./Mercy James A./Zwi Anthony B./Lozano Rafael, World report on violence and health, WHO Library Cataloguing-in-Publication Data, 2002.
- Spielberger Charles, Controlling anger before it controls you, American Psychological Association, Psychology Topics / Anger, 2005, <https://www.apa.org/topics/anger/control#:~:text=The%20goal%20of%20anger%20management,learn%20to%20control%20your%20reactions>, erişim tarihi: 18.09.2021.

İnternet Kaynakları

<https://www.who.int/violenceprevention/approach/definition/en/> erişim tarihi: 16.09.2021

Australian Bureau of Statistics, Personal Safety Survey (Reissue), Australian Bureau of Statistics, Canberra, 2006, <https://www.abs.gov.au/AUSSTATS/abs@.nsf/allprimarymainfeatures/47CFB28DF1A634C9CA257C3D000DB727?opendocument>, erişim tarihi: 17.09.2021

Australian Bureau of Statistics, Personal Safety, Australia, Statistics for family, domestic, sexual violence, physical assault, partner emotional abuse, child abuse, sexual harassment, stalking and safety, Reference period 2016, <https://www.abs.gov.au/statistics/people/crime-and-justice/personal-safety-australia/latest-release>, erişim tarihi: 17.09.2021

WHO Library Cataloguing-in-Publication Data: Violence prevention: the evidence, WHO Press, 2010, https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/77936/9789241500845_eng.pdf, erişim tarihi: 19.09.2021

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/15.2709.pdf>

HUKUKÇULARIN ETİK SORUMLULUKLARI VE İLKELERİN ROLÜ

ETHICAL RESPONSIBILITIES OF LAWYERS AND THE ROLE OF PRINCIPLES

Olca KARACAN*

Özet: Günümüzde çeşitli meslekler bakımından yaşanan etik sorunlardan duyulan kaygılar artmaya başlamıştır. Bu nedenle her meslekle ilgili meslek etiği oluşturulmaya çalışılmaktadır. Mesleklerle özgü oluşturulmaya çalışılan meslek etikleriyle mesleklerini icra eden kişilerin belirli durumlarda nasıl eylemde bulunmaları gerektiğine ilişkin ilkeler belirlenmekte, kişilerin meslek ilkelerine uygun davranmasını sağlamak amaçlanmaktadır. Bu çalışmada İoanna Kuçuradi'nin değerlendirme etkinliği hakkındaki görüşleri çerçevesinde durum değerlendirmesi ve meslek etiği ilişkisi ele alınacaktır. Böylelikle her durumun kendi teklifinde değerlendirilmesinin, hukukçuların mesleklerini etiğe uygun biçimde yapmalarında olmazsa olmaz bir koşul olduğu açıklanmaya çalışılacaktır. Sonrasında hukukçuların ilkeleri, harfiyen uyulması gereken meslek kodları olarak benimsemeleri yerine, ilkelerin her tek durumun kendi koşulları içinde değerlendirilmesindeki yerini kavramasını ve bu hususun onların işlerini etiğe uygun biçimde yapmalarına nasıl katkı sağlayabileceği tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Etik, Etik İlkeler, Meslek Etiği, Durum Değerlendirmesi, Doğru Değerlendirme

Abstract: Today, the concerns about the ethical problems experienced in terms of various professions have started to increase. For this reason, it is tried to establish professional ethics for every profession. With the professional ethics that are tried to be formed specific to the professions, the principles regarding how professionals should act in certain situations are determined. It is aimed to ensure that people behave in accordance with professional principles. In this study, the relationship between situational evaluation and professional ethics will be discussed within the framework of İoanna Kuçuradi's views on evaluation. Thus, it will be tried to explain that the evaluation of each situation in its own uniqueness is an indispensable condition for lawyers to practice their profession in an ethical manner. Afterwards, it will be discussed how lawyers' understanding of the role of principles in evaluating each situation in their own uniqueness, rather than adopting the principles as professional codes that must be strictly followed, can contribute to their ethical conduct.

Keywords: Ethics, Ethical Principles, Professional Codes, Evaluation of Unique Situation, Correct Evaluation

* Arş. Gör. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, olcaykrn@yahoo.com, ORCID: 0000-0003-0066-8097, Makalenin Gönderim Tarihi: 12.01.2022, Kabul Tarihi: 21.04.2022

I. Giriş

Günümüzde doğrudan doğruya insanla ilgili meslekler başta olmak üzere çeşitli mesleklerle ilgili yaşanan etik sorunlardan duyulan kaygılar artmaktadır. Bu kaygılarla başa çıkabilmek için ise neredeyse her mesleğin sonuna etik kelimesi eklenerek meslek etikleri oluşturulmaya çalışılmaktadır.¹ Bu doğrultuda pek çok meslekle ilgili oluşturulmaya çalışılan meslek etikleriyle ilk önce mesleklerini icra eden kişilerin belirli durumlarda nasıl eylemde bulunmaları gerektiğine ilişkin ilkeler belirlenmektedir. Sonrasında teşvik edilmekten zor kullanmaya kadar çeşitli yöntemlerle bu kişilerin meslek ilkelerine uygun davranmasına yönelik çaba harcanmaktadır.²

Elbette çeşitli meslekleri icra eden kişilerin kendi mesleklerine yönelik meslek ilkeleri geliştirmesi çeşitli mesleklerde karşılaşılan etik sorunların çözümüne yönelik önemli bir adımdır. Ancak meslek etiklerinin meslek ilkelerine indirgenmesi diğer bir ifadeyle meslekleri icra eden kişilerin ister teşvik edilerek ister zorlanılarak bu kişilerden meslek ilkelerine uygun davranmasının sağlanmaya çalışılması, etiğin olmazsa olmazı olan değerlendirme sorumluluğundan kaçınılmasını beraberinde getirmektedir. Oysa değerlendirme sorumluluğu hukukçuların işlerini etiğe uygun biçimde yapabilmesi için elzemdir.

İhtimam etiğinden anlatı etiğine kadar pek çok etik görüşten hareketle etik sorunların değerlendirilmesi için hakların ve ilkelerin her zaman yeterli olmadığı, bağlamın hesaba katılması yani içinde bulunan her tek durumun değerlendirilmesi gerekliliği sıklıkla dile getirilmektedir. Ancak Kuçuradi'nin etik görüşünde değerlendirme etkinliğinin kendisi ele alınmış olduğu için bu çalışmada ilk önce onun değerlendirme etkinliği hakkındaki görüşleri çerçevesinde durum değerlendirmesi ve meslek etiği ilişkisi ele alınacaktır.

II. Durum Değerlendirmesi ve Meslek Etiği

Değerlendirme etkinliğinin Kuçuradi'nin etik görüşündeki yeri önemlidir. Zira Kuçuradi kişilerin olayları, durumları, hatta bizzat kendilerini değerlendirmesini insanın bir yapı özelliği, bir var olma

¹ Harun Tepe, "Giriş: Bir Felsefe Disiplini Olarak Etik ve Etikler", Etik ve Meslek Etikleri, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2009, s.11-20.

² Harun Tepe, "Bilim ve Etik: Bir 'Bilim Etiği'nden Beklenenler", Pratik Etik Etiğin Pratik Sorunları, Ankara 2016, Bilgesu Yayınları, s.80.

şartı olarak ele almaktadır. Bu noktadan hareketle Kuçuradi değerlendirme etkinliğini, değerlendirilen ister bir sanat eseri ister bir norm, isterse insana özgü herhangi başka bir etkinlik olsun, değerlendirilenin değerinin bilgisine gitmeye yönelik ve sadece insana özgü bilgisel bir etkinlik olarak tanımlamaktadır.³

Kuçuradi değerlendirme etkinliğiyle değerlendirilen her ne ise onun kendi alanı içindeki özel yerini görme ve göstermeyi amaçladığını belirtmektedir. Bu doğrultuda değerlendirilenin kendi alanı içindeki özel yerini gören veya gösteren insandan başkası olamayacağı için değerlendirme etkinliğini hem değerlendirileni hem de değerlendirme yapan kişileri hesaba katacak biçimde ele almaktadır. Bu nedenle değerlendirme yapmayı sadece değerlendirilen ile ilgili bilgi sorunu olarak görmekle yetinmeyip, değerlendiren kişi bakımından da bir insan problemi olarak nitelendirmektedir.⁴

Kuçuradi değerlendirme etkinliğini değer atfetme, değer biçme ve doğru değerlendirme olarak üç ayrı değerlendirme tarzı olarak ele almaktadır. Ancak her üç değerlendirme tarzını ele alırken hem değerlendiren kişinin hem de değerlendirilenin özelliklerini hesaba katmaktadır.

Kuçuradi'ye göre değer atfetme, değerlendirilen şey her ne olursa olsun değerlendiren kişinin değerlendirdiği şeyle kendisi arasında özel ilgi kurarak onu önemli kabul etmesidir. Örneğin kişiye sevdiği bir insan tarafından hediye edilen tarağı kendisine hediye edilmiş olduğu için çok değerli sayması veya kişinin kendisi hukukçu olduğu için avukatlık, hâkimlik, savcılık gibi meslekleri çok önemli görmesi değer atfetmedir.⁵

Değer atfetme kişinin değerlendirdiği şeyle kendi arasında özel ilgi kurmasına dayalı olduğu için bazı hallerde kişilerin kendi çıkarlarına göre değerlendirme yapmalarına da zemin hazırlayabilir. Örneğin bir avukatın çoklu baro sistemini avukatlıkların bağımsızlığı başta olmak üzere yaratacağı etik sorunlar yerine çoklu baro sisteminin kendisinin kazancını artıracığını düşünüp desteklemesi bu kapsamda düşünülebilir.

³ İoanna Kuçuradi, İnsan ve Değerleri, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2013, s. 7-15.

⁴ Kuçuradi, 2013, s. 7-15.

⁵ Kuçuradi, 2013, s. 26.

Elbette doktorluk, gazetecilik, avukatlık gibi çeşitli meslekleri icra eden kişilerin mesleklerinde karşılaştıkları etik sorunları sadece kendileriyle özel ilgi kurarak değerlendirmeleri bu kişilerin her zaman kendi çıkarlarını düşünecekleri anlamına gelmemektedir. Ancak değer atfetme, kişilerin karşılaştıkları etik sorunları kendilerini merkeze alarak değerlendirmelerine dayalıdır. Bu nedenle değer atfetme değerlendirilen her ne ise onun kendi alanı içindeki özel yerini görmeye veya göstermeye elverişli bir değerlendirme tarzı değildir.

Kuçuradi'ye göre değer biçme ise değerlendirilen şeyi çeşitli toplumsal ahlak kuralları, ilkeler, standartlar hatta modalardan hareketle ezbere değerlendirmektir. Bu değerlendirme tarzında değerlendirilen her ne ise onun kendi değerini görmek veya bu değeri göstermek yerine onu kurallar, ilkeler gibi hazır ölçütlerden yola çıkarak değerlendirme yapılmaktadır.⁶ Ancak değer biçme her ne kadar ezbere değerlendirmeye dayalı olsa da Kuçuradi'nin bu değerlendirme tarzında ilkelere yine de yer verilebildiği göz ardı edilmemelidir.

Her şeyden önce Kuçuradi ilkeleri bir norm türü olarak ele almaktadır. O, ilkeleri insanın değerinin bilgisinden hareketle türetilen "işkence yapmamak gerekir", "sözünde durmak gerekir" gibi doğrudan doğruya veya dolaylı olarak yapılan çıkarımlardan oluşturulan yapılması gerekene ilişkin gereklilik önermeleri olarak tanımlamaktadır.⁷

Kuçuradi'ye göre ilkeler "*belirli bir durumda bir insan doğru değerlendirme yapamıyorsa ve elinden geldiği kadar insanın değerine zarar vermemek istiyorsa; ilgili ilkenin dile getirdiği gibi davranırsa, bu değere zarar vermemesini*" sağlayabilmektedir.⁸ Bu nedenle kişilerin mesleklerini icra ederken karşılaştıkları etik sorunlara çözüm ararken onların meslek ilkeleri ile sınırlı kalarak değerlendirme yapmalarını etik bakımdan uygun bulmamaktadır.

Meslek ilkeleri değer koruma amacıyla oluşturulmuş oldukları için avukatlık, hâkimlik, doktorluk gibi çeşitli meslekleri icra eden kişilerin kendi mesleklerine yönelik meslek ilkeleri oluşturmaları, bu

⁶ Kuçuradi, 2013 s. 28.

⁷ İoanna Kuçuradi, "Normların Bilimsel Temellendirilebilirliği", Çağın Olayları Arasında, Ayraç Yayınları, Ankara 1997, s. 166-167.

⁸ İoanna Kuçuradi, Üludağ Konuşmaları: Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2014, s. 33-34.

meslekleri icra ederken karşılaşılan etik sorunların çözümüne yönelik önemli bir adımdır. Ancak bu sorunlara sadece etik ilkelere harfiyen uyararak çözüm arayışının Kuçuradi'ye göre değer biçme olduğu ileri sürülebilir. Zira Kuçuradi'ye göre *“İnsan yaşamının bütün ifadelerinde görülen bir etkinlik olan değerlendirme, bir şeyi değeri bakımından seyirci olarak yargılamak, onu hazır bir ölçüye veya değerlendirenin dışında olan başka bir şeye göre değer biçmek ya da bir nitelik yüklemek değildir. Değerlendirmek değerlendirilenin kendi alanı içinde özel durumunu görmek ve göstermektir.”*⁹ Bu doğrultuda O, hem değer atfetmeye hem de değer biçmeye dayalı değerlendirme tarzlarını değerlendirilenin değerini görmeye ve göstermeye elverişli bulmadığı için ezbere dayalı değerlendirme olarak nitelemektedir. Bu noktadan hareketle ezbere değerlendirme yapmanın insanın değerini harcayıcı davranışlara yol açabileceğini ileri sürmektedir.¹⁰

Elbette ezbere dayalı değerlendirme tarzları her zaman değer harcayıcı sonuçlara yol açmasa da bu değerlendirme tarzlarının değer harcayıcı sonuçlara yol açma ihtimali göz ardı edilemez. Bu nedenle Kuçuradi değer atfetme veya değer biçmeye dayalı değerlendirme tarzlarının dışında kendi değer felsefesi görüşünde *“doğru değerlendirme”* olarak nitelendirdiği üçüncü bir değerlendirme tarzına yer vermektedir. Bu değerlendirme tarzını, değerlendirilen ister bir insan ister bir sanat eseri, ister bir durum olsun değerlendirilenin kendi alanı veya benzerleri arasındaki yerini, değerlendirilenden hareketle bulmak olarak tanımlamaktadır.¹¹ Bu nedenle onun doğru değerlendirme olarak adlandırdığı değerlendirme tarzı hem değerlendirilenin koşullarını iyi bilmeye hem de değerlendiren kişinin özelliklerine bağlıdır.

Kuçuradi doğru değerlendirme etkinliğini olayların ve durumların değerlendirilmesi, insan başarıların değerlendirilmesi, tek tek eserlerin değerlendirilmesi, bir insanın değerlendirilmesi gibi değerlendirilenin nesnesine göre ele almaktadır.¹² Ancak bu çalışmanın konusu hukukçuların karşılaştıkları etik sorunları nasıl değerlendirmeleri gerektiğiyle ilgilidir. Bu noktadan hareketle doğru değerlendirme Kuçuradi'nin etik görüşünde önemli bir yer tutan durum değerlendirilmesiyle sınırlı kalınarak ele alınacaktır.

⁹ İKuçuradi, 2013, s. 14.

¹⁰ Kuçuradi, 2013, s. 26.

¹¹ Kuçuradi, 2013, s. 26.

¹² Kuçuradi, 2013 s. 45-56.

Kuçuradi durumların doğru değerlendirilmesinin nasıl yapılması gerektiğini açıklamadan önce durumdan ne anladığını şöyle ifade etmektedir:

*“...durum derken dile getirmek istediğim, bir insanın ya da bir grubun, bir “an”daki koşullarının bütünüdür. Kendi dışındaki koşullarla (yani ortaya çıkmalarında söz konusu kişinin ya da grubun ancak payı olduğu ya da hiç payı olmadığı koşullarla) ilgisinde kendi koşulları ve bu koşullarda kendi tutumudur. Bu “an” ise yıllar da olabilir.”*¹³

Kuçuradi durumdan bir insanın ya da grubun bir “an”daki hem kendi koşulları dışındaki hem de kendi koşulları içindeki insanların tutumunu kast ettiğini söylerken olayları ve durumları insanı soyutlayarak değil insanı içine katarak değerlendirmektedir.¹⁴ Bu doğrultuda Kuçuradi durumların ezbere değerlendirilmemesi için atılması gereken ilk adımın durumun saptanması olduğunu, yani bir insan veya grupla olan ilgisinde olanı biteni durumaştırmak olduğunu söylemektedir. Durumaştırmadan da bir insanın veya grubun içinde bulunduğu koşulları kavramak ve koşullar bütününe, bir insansal durum olarak ad takmayı kastettiğini belirtmektedir.¹⁵

Betül Çotuksöken’e göre merkezinde insanın bulunduğu olanı biteni durumaştırarak değerlendirme ediminin konusu haline getirilmesi, yani durumun bilgi nesnesi yapılması insanın bilen bir varlık olarak işe karışmasıyla mümkün olmaktadır.¹⁶ Bu doğrultuda Kuçuradi’nin insanı içinde bulunduğu durumdan bağımsız ele alamadığını hem insanı hem de insanın içinde bulunduğu durumu bilgiye dayalı ortaya koymak istediği rahatlıkla söylenebilir.

Kuçuradi’ye göre durum değerlendirmesinin ikinci adımı ise durumu tarihselliğinde ortaya koymaktır. Kuçuradi bir durumu tarihselliğinde ortaya koymaktan bir durumun olgusallığında aynı olan durumlara göre özelliğini ortaya koymakla ilgili ele almaktadır. Yani durumu açıklamayı veya biliniyorsa, olgusalıklarında aynı olsa dahi,

¹³ İoanna Kuçuradi, Etik, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2015, s. 90.

¹⁴ Betül Çotuksöken, “Etiğe Antropolojik Yaklaşım ve İoanna Kuçuradi’de Durum Etiği”, İoanna Kuçuradi Çağın Olayları Arasında, (Editörler, Betül Çotuksöken/ Gülriz Uygur/ Hülya Şimşak), Tarihçi Kitabevi Yayınları, İstanbul 2014 a, s. 57.

¹⁵ Kuçuradi, 2015, s. 90-92.

¹⁶ Çotuksöken, 2014 a, s.58.

bir defalık olan başka açıklanmış durumlarla karşılaştırmayı kastettiğini belirtmektedir. Ancak bu aşamada Kuçuradi'nin her durumun tekliliğinin gözden kaçırılmaması gerektiğini vurguladığı gözden kaçmamalıdır.¹⁷ Bu doğrultuda Çotuksöken, Kuçuradi'nin sadece her tek durumu kendine özgü koşullarını anlamaya çalışarak durumları bilgi nesnesi yapmakla yetinmediğini, ayrıca durumları bilgi nesnesi yapma biçiminde hesabını da vermeye çalıştığını ifade etmektedir.¹⁸

Kuçuradi bir insanın ya da grubun içinde bulunduğu durumun saptanıp açıklandıktan sonra; bu durumun onlarda ne etki yarattığı bir durumun değerlendirmesinde üçüncü adım olarak nitelendirmektedir. Ve bu aşamada o anda nelerin harcanmasına yol açıldığı veya nelerin korunduğu açığa çıkartıldığını belirtmektedir.¹⁹

Kuçuradi'nin durum değerlendirmesi hususundaki görüşleri kişilere mesleklerini icra ederken karşılaştıkları etik sorunları değerlendirmek için ne kadar yol gösterici olursa olsun bu sorunların olabildiğince doğru değerlendirilebilmesi için icra etikleri mesleklerle ilişki kurma biçimlerinin de önemli olduğu ileri sürülebilir. Bu ilişki kurma biçimlerini anlamak için İsmail Demirdöven'in mesleklerin yapısına ilişkin tespitinden faydalanılabilir.

Demirdöven kişilerin meslekleriyle ilişki kurma biçiminin kişiler hangi mesleği icra ederse etsin o mesleğin meslek olmasını sağlayan mesleğin amacı, mesleki bilgi ve mesleğin uygulaması olarak nitelendirdiği üç unsurlardan bağımsız olarak ele alınamayacağını ifade etmektedir. Demirdöven hâkimlikte adalet, doktorlukta sağlık, öğretmenlikte eğitim gibi mesleklerin amacının pek değişikliğe açık olmadığını, ancak meslekleri icra edebilmek için gerekli bilgilerin sürekli değiştiğini ifade etmektedir. Mesleğin uygulamasının ise meslekleri icra eden kişilere bağlı olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle herhangi bir meslekle ilgili etik bir sorun çıktığında ilk bakılması gereken ye-

¹⁷ Kuçuradi, 2015, s. 94-96.

Çotuksöken'e göre Kuçuradi olgusallaştırmaktan olanı biteni belirgin kılmayı, onun olgu olarak yakalanmasını ve bilgi nesnesi yapılmasını kastetmektedir.

Bkz. Betül Çotuksöken, "Felsefe-Ebediyat İlişkisinde Felsefi Söylem", İoanna Kuçuradi Çağın Olayları Arasında (Editörler, Betül Çotuksöken/ Gülriz Uygur/ Hülya Şimşir), Tarihçi Kitabevi Yayınları, İstanbul 2014b, s. 45.

¹⁸ Çotuksöken, 2014b, s. 46

¹⁹ Kuçuradi, 2015, s.95

rin bu unsurlar arasındaki ilişki olduğunu ancak bu ilişkiye bakarken odaklanılması gerekenin, söz konusu uygulamayı gerçekleştirenin kişiler olduğunu vurgulamaktadır.²⁰ Bu noktadan hareketle herhangi bir meslekte karşılaşılan etik sorunların doğru değerlendirilmesi o meslekle ilgili bilgi birikimi gerektirdiği kadar o mesleği icra eden kişilerin dürüstlük, cesaret ve benzeri karakter erdemlerine sahip olmalarını da gerektirdiği ileri sürülebilir. Bu bağlamda Demirdöven, kişilere mesleği yapma gücü veren şeyin o mesleğin arkasındaki bilgiler bütünü olsa da, mesleklerin kişilerin anlamlar ve değerler dünyasıyla her zaman ve her yerde belirli biçimde iç içe olduğunu söylemektedir.²¹ Ayrıca etiğin bir araştırma alanı olarak kabul edilmesinin en önemli sebeplerinden biri de insanların kendilerine değerlerden hareketle anlam dünyası oluşturarak hem kendilerinin hem de başkalarının yapıp ettiklerini değerlendirmek olduğunu ileri sürmektedir.²² Zaten Kuçuradı de doğru değerlendirme olarak adlandırdığı değerlendirme tarzının sadece değerlendirilenin koşullarına değil değerlendirenin koşullarına da bağlı olduğunu belirtmektedir. Ayrıca, kişilerin durumları olabildiğince doğru değerlendirebilmesinin “çeşitli yalın ya da karmaşık yaşantı olanaklarını bilmesi”, “ana değer sorunlarıyla hesaplaşmış olması” ve “bu donanımıyla karşı karşıya olduğu eyleme bakması” gibi bazı koşullara bağlı olduğuna dikkat çekmektedir.²³

Kuçuradı'nın görüşlerinden yola çıkıldığında her tek durumun etik bakımdan değerlendirilmesi oldukça çetrefilli bir iştir. Ancak bu çetrefilli işi üstlenmek çok zor olduğu için günümüzde ilkelerin durumun özelliklerini değerlendirirken nelerin dikkate değer kabul edileceğine ilişkin referans noktaları olduğu unutulabilmektedir. Kişilerden mesleklerini icra ederken karşılaştıkları etik sorunların değerlendirilmesi için ilkelere hazır reçete muamele yapmaları beklenilmektedir. Bu beklentiden hukukçular da nasibini almaktadırlar. Ancak hukukçular bu beklentiyi karşıladıklarında etik sorunları değerlendirme sorumluluğunu yerine getirmekte sıkıntı yaşayabilirler.

²⁰ İsmail Demirdöven, “Meslek Etiklerindeki Sorunların Kaynağı Üzerine”, *Kayıt: Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi*, S. 16, 2011, s. 48-52.

²¹ İsmail Demirdöven, “Meslek Etikleri ve Meslek Kimliği Sorunu”, I. Uygulamalı Etik Kongresi, Ortadoğu Teknik Üniversitesi, Ankara, 18-20 Ekim 2006.

²² İsmail Demirdöven, “Meslek Olarak Hukuk ve Etik”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi* 16, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 306.

²³ Kuçuradı, 2015, s. 23.

III. Durumların Kendi Tekliğinde Değerlendirilmesi ve İlkeler

İlkeler, adalet başta olmak üzere hukukun temelindeki değerlerin ifade edilmesinde rol oynadıkları için hukuk-etik ilişkisinin kurulmasında çok önemlidir.²⁴ Ancak ilkelerin hukuk etik ilişkisinin kurulmasındaki rolünün anlaşılabilmesi için ilkelerin özelliklerin anlaşılması gereklidir. Bu doğrultuda ilkelerin norm türü olarak ele alınması ilkelerin özelliklerinin anlaşılmasını sağlayabilir. Ayrıca ilkelerin bir norm türü olarak kabul edilmesi, ilkelerin anlaşılmasında çok önemli bir işlevi olan ilkelerin kurallardan farkının ortaya koyulmasını kolaylaştırmaktadır. Bu doğrultuda ilkelerin kurallardan farklı yönlerinden hareketle ele alınması bu çalışma için yol gösterici olabilir.

Robert Alexy'e göre kurallar kesin bir şekilde yapılması gerekeni belirleyen, bir şeyi kesin olarak emreden, yasaklayan veya bir şeye kesin olarak yetki veya izin veren normlardır. İlkeler ise bir şeyin kesin olarak değil ancak fiili ve hukuki imkânlar çerçevesinde olabildiğince en yüksek derecede gerçekleşmesini emreden normlardır. Bu nedenle kurallar gibi kesin olarak değil ancak ağırlık ve önemlerine göre gerekli görüldüklerinde uygulanırlar.²⁵ Bu doğrultuda Ronald Dworkin de kurallar ve ilkeler arasında mantıksal bir fark olduğunu ileri sürerek bir ayırım yapmaktadır. Dworkin'e göre kurallar ya hep ya hiç olarak uygulanırken, ilkeler bir kararı destekleyici neden bildirdiğinden, mutlaka belirli bir kararı almaya zorlayıcı değildirler. Ancak ilkeler ağırlık ve önem boyutunu haiz oldukları için kurallar gibi ya hep ya hiç olarak, yani kuralın öngördüğü unsur gerçekleşirse uygulanır gerçekleşmezse uygulanmaz gibi bir anlayışa dayalı değildir ve hukukçulara bir nedenin hesaba katılması hususunda yol göstericidir.²⁶ Bu doğrultuda ilke ve kural ayırımı net olarak yapıldığında ilkelere kural muamelesi yapılmasının önüne geçilebileceğinden ilkelerin ilgilenilen durumun özelliklerini değerlendirirken nelere odaklanılacağı hususunda yol gösterici olduğu ileri sürülebilir. Zira ilkeler "kuraldan farklı olarak, belirli bir kararı zorunlu kılmamaktadır. İlke daha çok belirli bir yönde

²⁴ Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", Ratio Juris, Vol. 13, No.3, 2000, s. 294-301; Gülriz Uygur, Hukuk Etik ve İlkeler, Ronald Dworkin ve Robert Alexy'nin Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme, Siyasal Kitabevi, Ankara 2006, s. 81.

²⁵ Uygur, 2006, s. 15-25.

²⁶ Ronald Dworkin, Hakları Ciddiye Almak, Dost Kitabevi Yayınları (Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ), 2007, s. 49-55.

tartışmaya dair neden sağlamakta veya belirli bir sonuca işaret etmektedir. Bununla ilgili olarak ilkelerini uyguladıkları bütün davalarda hukuki sonucunu belirlemedikleri, sadece bir sonuçtansa diğer sonuca normatif bir önem vererek, sonucun belirlenmesine yardımcı oldukları söylenebilir.”²⁷

Yukarıda anlatılanları Dworkin’in verdiği; kazanılmış hakların korunması ilkesi ile hiç kimse kendi hatasından yarar sağlayamayacağı ilkesinin bir davada çatıştığı örnek üzerinden somutlaştıracak olursak; olayı değerlendirirken her iki ilke de nelere odaklanılacağı hususunda yol göstermekte olup, durumun özelliğine göre her ikisi de hâkime sonucun belirlenmesinde referans noktası olacaktır.²⁸ Bu doğrultuda somut olaydaki başka unsurlarla birlikte değerlendirme yaparken durumun özelliklerine göre ilkelerden birinin hâkimin kararına daha fazla etki edeceği ileri sürülebilir.

Kuçuradi de ilkeleri bir norm türü olarak ele almaktadır. Ancak o normları sadece kurallardan ve ilkelerden ibaret görmemektedir. Kuçuradi normları bir sanat eserini, bir düşünceyi, bir davranışı, bir kavramı değerlendirmek için değer ölçütü sağlayan genel geçer olma iddiasında olan önermeler olarak tanımlamaktadır. Bu doğrultuda insan davranışlarını değerlendirmek içinde olduğu kadar bu davranışların değerini belirleyebilmek iddiasıyla norm oluşturmanın mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Bu nedenle normlardan eylemleri- davranışları olduğu kadar eylemlerin ve davranışların değerlerini belirleme iddiasında olan her türlü önermeyi kastettiğini söylemektedir.²⁹ O, normların kişilerin toplumda üstlendikleri rollere göre davranmasını belirlemeye yönelik olduğundan aynı zamanda kişilerin başka kişilerin yaptıklarını değerlendirme aracı olduğunu belirtmektedir.³⁰

Kuçuradi, ilkeleri işkence yapmamak gerekir, sözünde durmak gerekir gibi doğrudan doğruya veya dolaylı olarak insanını değerinin bilgisinden hareketle yapılan çıkarımlardan oluşan yapılması veya yapılmaması gerekene ilişkin gereklilik önermeleri olarak tanımlamaktadır.³¹ Dolayısıyla Kuçuradi’ye göre tek durumu değerlendirmeden,

²⁷ Uygur, 2006, s. 15-16.

²⁸ Dworkin, 2007, s. 50

²⁹ Kuçuradi, 1997, s. 166-167.

³⁰ İoanna Kuçuradi, “Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları”, Felsefe Söyleşileri III-IV, Maltepe Üniversitesi, 2006, s.103

³¹ Kuçuradi, 2014, s. 33-34.

sadece ilkelere harfiyen uyulduğunda dahi insanın değerinin harcanmasına neden olunabilir. Somut bir örnek vermek gerekirse avukat müvekkilinin sırrını saklamalıdır ilkesi, avukatın giz alanının korunup savunmaya iyi hazırlanarak müvekkilinin haklarını korunması için getirilmiştir. Bu ilke, avukat ile müvekkil arasındaki güven değerinin korunmasını amaçlamaktadır.³² Ancak bu ilkeye dahi tek durumu değerlendirmeden harfiyen uyulduğunda insanın değerinin harcanması mümkündür. Bu bağlamda Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'na yansımış somut bir olayda müvekkilin işlediği suçla ilgili karakoldaki kimlik tespitinde avukatına suçu kendisi işlediği halde kardeşinin ismini vereceğini söylemiştir. Sonrasında kimlik tespiti yapılırken avukatın bilgisi dâhilince müvekkilin kardeşinin kimliğini verdiği açığa çıkmıştır. Bu olay Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'na yansımınca avukat sır saklama yükümlülüğü ilkesinin gereğini yerine getirdiğini söylemiştir.³³

TBB Disiplin Kurulu'na yansıyan bu durumun değerlendirilmesinde Demirdöven'in kişilerin meslekleriyle ilişki kurma biçimine yönelik tespiti yol gösterici olabilir. Daha önce de belirtildiği gibi Demirdöven kişilerin meslekleriyle ilişki kurma biçiminin kişiler hangi mesleği icra ederse etsin o mesleğin meslek olmasını sağlayan mesleğin amacı, mesleki bilgi ve mesleğin uygulaması olarak nitelendirdiği üç unsurlardan bağımsız ele alınamayacağını ifade etmektedir. Bu nedenle herhangi bir meslekle ilgili etik bir sorun çıktığında ilk bakılması gereken yerin bu unsurlar arasındaki ilişki olduğunu ancak bu ilişkiye bakarken uygulamayı gerçekleştirenin kişiler olduğunu vurgulamaktadır.³⁴ Keza Kuçuradi de doğru değerlendirme olarak adlandırdığı değerlendirme tarzının sadece değerlendirilenin koşullarına değil, değerlendirenin koşullarına da bağlı olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle Kuçuradi kişilerin durumları olabildiğince doğru değerlendirebilmesi için kişilerin *"çeşitli yalın ya da karmaşık yaşantı olanaklarını bilmesi"*, *"ana değer sorunlarıyla hesaplaşmış olması"* ve *"bu donanımıyla karşı karşıya olduğu eyleme bakması"* gibi bazı koşullara da bağlı

³² Nadire Özdemir, Türkiye Barolar Birliği Kararları Işığında Ahlaki Aktivist Bir Avukat Yaklaşımı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.130, 2017, s. 335-336.

³³ 18.09. 2005 tarihli 2015/514 Esas ve 2015 /760 Karar nolu TBB Disiplin Kurulu Kararı (Bu olayın ayrıntılı değerlendirilmesi için bkz. Özdemir, 2017).

³⁴ Demirdöven, 2011, s. 48-52.

olduğunu dile getirmektedir.³⁵ Bu noktadan yola çıkıldığında Gülriz Uygur'un "*İlkeler kendi kendine uygulanan normlar değildir. İlkeleri uygulayan kişilerdir. Bu kişilerinde belirli bir karakteri vardır. Karakterleri yapıp etmelerini etkilediği gibi, ilkeleri uygulamalarını da etkiler.*"³⁶ tespiti de bu hususun değerlendirilmesinde yol göstericidir.

Yukarıda söylenenlerden yola çıkıldığında, yukarıda bahsedilen sır saklama yükümlülüğü ilkesi de kendi kendine uygulanan bir ilke değildir. Bu ilkeye harfiyen uyulduğunda suçsuz bir insana zarar verme ihtimaline rağmen, avukatın bu ilkeye uymakta sakınca görmemesinde avukatın mesleğinin amacı ile uygulaması arasında ilişki kurmakta sıkıntı yaşadığı söylenilebilir. Zaten söz konusu olayla ilgili olarak TBB Disiplin Kurulu "*...Avukatlar özen ve doğruluk kurallarına göre hareket etmek, kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde sadakatle davranmak, koşullar ne olursa olsun gerçekçi olmak, müvekkil ısrarcı ise işi reddetmek zorundadır...*" şeklinde verdiği kararın gerekçesinde avukatın sır saklama yükümlülüğünün gereğini yerine getirdiğine ilişkin savunmasını uygun bulmamıştır.

Ancak TBB Disiplin Kurulu'nun avukatın özen ilkesine ve avukatlık mesleğinin adaletin gereklerine uygun yapılmasına vurgu yapması çok önemlidir. Yine de karara dikkatli bakılınca kurulun avukatın beklentisi, gerektiği takdirde avukatın işi reddetmesiyle sınırlıdır. Avukatın üçüncü bir kişi yani suçsuz yere kimliği verilen kişi zarar görse dahi müvekkilin sırrını saklamasına yönelik değildir. Buna rağmen kurulun avukattan gerektiği takdirde işi reddetmesine yönelik karar vermesi avukattan etik bakımdan değerlendirme yapmasını beklediğini göstermekte ve bu bakımdan söz konusu karar önem arz etmektedir.³⁷

Tüm bu söylenenlerden yola çıkıldığında kişiler profesyonel sorumluluklarını karakterlerini dışlamadan yerine getirdiklerinde etiğe uygun davranmış olurlar. Ancak kişilerin karakterlerini yaptıkları işte ortaya koyabilmesi için profesyonellikle insan olmayı birbirinden

³⁵ Kuçuradi, 2015, s. 23.

³⁶ Gülriz Uygur, Hukukta Adaletsizliği Görmek, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2013, s.16.

³⁷ Özdemir, 2017, s. 327

farklı iki şey olarak ele almamaları gerekmektedir.³⁸ Bu doğrultuda hukukçuların yaptıkları işe karakterlerini koyabilmeleri için mesleki sorumluluklarını meslek kodlarına harfiyen uymakla sınırlı olarak görmemeleri gerektiği ileri sürülebilir.³⁹

IV. Sonuç

Yukarıda da belirtildiği üzere ilkeler, hukukçuların karşılaştıkları etik sorunların çözümü için sadece harfiyen uyulması gereken meslek kodları olmamalarına rağmen onların hukuk-etik ilişkisinin kurulmasında önemli bir role sahip olduğu söylenebilir. Özellikle, ilkelerin adalet başta olmak üzere hukukun temelindeki değerlerin korunmasındaki rolü bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak Uygur'un da belirttiği gibi ilkeler kendi kendine uygulanmayıp kişiler tarafından ve kişilerin karakterlerine uygun biçimde uygulanmaktadır. Dolayısıyla hukukçular ilkeleri harfiyen uyulması gereken meslek kodları olarak benimsemeleri etik bakımdan eksikleri beraberinde getirebilecektir. Zira her tek durumun kendi koşulları içinde değerlendirilmesi ve ilkelerin bu kapsamda uygulanması gerekmektedir. İlkeler bu şekilde anlaşıldığı ölçüde, ilkelerin hukukun temelindeki değerlerin korunmasında fayda sağlayabileceği ileri sürülebilir.

Kaynakça

Kitaplar

- Dworkin Ronald, Hakları Ciddiye Almak, Dost Kitabevi Yayınları (Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ), 2007.
- Kuçuradi İoanna, Etik, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2015.
- Kuçuradi İoanna, Uludağ Konuşmaları: Özgürlük, Ahlak ve Kültür Kavramları, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2014.
- Kuçuradi İoanna, İnsan ve Değerleri, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2013.
- Uygur Gülriz, Hukuk Etik ve İlkeler: Ronald Dworkin ve Robert Alexy'nin Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme, Siyasal Kitabevi, Ankara 2006.
- Uygur Gülriz, Hukukta Adaletsizliği Görmek, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2013.

³⁸ Gerald J.Postema, "Moral Responsibility in Professional Ethics", *New York University Law Review* Vol. 55, 1980, s. 82-86.

³⁹ Özdemir, 2017, s.337-339.

Kitap Bölümleri

- Çotuksöken Betül, "Etiğe Antropolojik Yaklaşım ve İoanna Kuçuradi'de Durum Etiği", İoanna Kuçuradi Çağın Olayları Arasında, (Editörler, Betül Çotuksöken/Gülriiz Uygur/Hülya Şimğa), Tarihçi Kitabevi Yayınları, İstanbul 2014 a, ss. 49-63.
- Çotuksöken Betül, "Felsefe-Edebiyat İlişkisinde Felsefi Söylem", İoanna Kuçuradi Çağın Olayları Arasında (Editörler, Betül Çotuksöken/Gülriiz Uygur/Hülya Şimğa), Tarihçi Kitabevi Yayınları, İstanbul 2014b, ss. 44-48.
- Demirdöven İsmail, "Meslek Olarak Hukuk ve Etik", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi 16, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, ss. 303-307.
- Kuçuradi İoanna, "Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları", Felsefe Söyleşileri III-IV Maltepe Üniversitesi, 2006, ss. 99-106.
- Kuçuradi İoanna, "Normların Bilimsel Temellendirilebilirliği", Çağın Olayları Arasında, Ayraç Yayınları, Ankara 1997, ss. 175-182.
- Tepe Harun, "Bilim ve Etik: Bir 'Bilim Etiği'nden Beklenenler", Pratik Etik Etiğin Pratik Sorunları, Ankara 2016, Bilgesu Yayınları, ss. 69-80.
- Tepe Harun, "Giriş: Bir Felsefe Disiplini Olarak Etik ve Etikler", Etik ve Meslek Etikleri, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2009, ss. 9-26.

Makaleler

- Alexy Robert, "On the Structure of Legal Principles", Ratio Juris, Vol. 13, No.3, 2000, ss. 294-304.
- Demirdöven İsmail, "Meslek Etiklerindeki Sorunların Kaynağı Üzerine", Kaygı: Ulu-dağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi, S. 16, 2011, ss. 47-52.
- Özdemir Nadire, "Türkiye Barolar Birliği Kararları Işığında Ahlaki Aktivist Bir Avukat Yaklaşımı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.130, 2017, ss. 327-340.
- Postema Gerald J., "Moral Responsibility in Professional Ethics", New York University Law Review, Vol. 55, 1980, ss. 63-89.

Diğer Kaynaklar

- 18.09. 2005 tarihli 2015/514 Esas ve 2015 /760 Karar nolu TBB Disiplin Kurulu Kararı.
- Demirdöven İsmail: "Meslek Etikleri ve Meslek Kimliği Sorunu", I. Uygulamalı Etik Kongresi, Ortadoğu Teknik Üniversitesi, Ankara, 18-20 Ekim 2006.

7343 SAYILI KANUNLA İCRA VE İFLÂS KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

Hakan PEKCANİTEZ*

Mine AKKAN**

Özet: 7343 sayılı “İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile İcra ve İflâs Kanunu’nun 1, 4, 13, 36, 87, 88, 97/a, 106, 110, 111, 114, 115, 118, 124, 126, 127, 128/a, 129, 130, 134, 135, 142/a, 242, 244. maddelerinde değişiklik yapılmış; 3/a, 111/a ve 111/b maddeleri Kanun’a eklenmiş ve 25, 25/a, 25/b, 133 ve 341. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Bunlar yanında, 7343 sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu’nda ilâmların icrası kısmında yer alan çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hükümler yürürlükten kaldırıldığı için ayrıntılı şekilde Çocuk Koruma Kanunu kapsamına alındığı görülmektedir. 7343 sayılı Kanun’un 57. maddesine göre, Kanun’un Resmî Gazete’de yayımı tarihinde tüm hükümler yürürlüğe girmiştir. Buna karşılık, 7343 sayılı Kanun’da, zaman bakımından uygulamaya ilişkin iki önemli düzenleme göze çarpmaktadır. 7343 sayılı Kanun’la İcra ve İflâs Kanunu’na eklenen geçici madde 18 ve Çocuk Koruma Kanunu’na eklenen geçici madde 2 ile zaman bakımından bu düzenleme kapsamında kalan hükümlerin uygulanması düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İcra ve İflâs Kanunu, Çocuk Koruma Kanunu, Zaman Bakımından Uygulama, Elektronik Satış, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlâmlar

* Prof. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, hpeccanitez@gsu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7809-4535

** Prof. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, mine.akkan@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8759-5593

GİRİŞ

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu, son olarak 2021 yılında 7343 sayılı “İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”¹ ile değişikliğe uğramıştır. 7343 sayılı Kanun kapsamında, İcra ve İflâs Kanunu’ndaki bazı hükümler değiştirilmiş, yeni hükümler eklenmiş ve bazı hükümler yürürlükten kaldırılmıştır. Genel itibarıyla bakılacak olursa İcra ve İflâs Kanunu’nun 1, 4, 13, 36, 87, 88, 97/a, 106, 110, 111, 114, 115, 118, 124, 126, 127, 128/a, 129, 130, 134, 135, 142/a, 242, 244. maddelerinde değişiklik yapıldığı; 3/a, 111/a ve 111/b maddelerinin Kanun’a eklendiği, 25, 25/a, 25/b, 133 ve 341. maddelerinin yürürlükten kaldırıldığı görülmektedir.

7343 sayılı Kanun’la yapılan önemli bir diğer değişiklik ise İcra ve İflâs Kanunu’nda ilâmların icrası kısmında yer alan çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik hükümlerin yürürlükten kaldırılarak artık Çocuk Koruma Kanunu kapsamına alınması ve bu çerçevede Çocuk Koruma Kanunu’nda ayrıntılı düzenlemeler yapılmasıdır.

İcra ve İflâs Kanunu’nda yapılan değişiklik, ek veya yürürlükten kaldırılan hükümlerin zaman bakımından uygulanmasında önemli olan, ülke genelinde yeknesak bir uygulama sağlanması ve yoğun bir şekilde başvuru icra organları bakımından hükümlerin uygulanmasında herhangi bir tereddütle karşılaşılmasıdır.

7343 sayılı Kanun’un 57. maddesine göre Kanunun Resmî Gazete’de yayımı tarihinde tüm hükümler yürürlüğe girmiştir. Buna karşılık, 7343 sayılı Kanun’da, zaman bakımından uygulamaya ilişkin “geçici madde” başlıklarını taşıyan iki önemli düzenleme söz konusudur. Bu çerçevede, 7343 sayılı Kanun’la İcra ve İflâs Kanunu’na eklenen geçici madde 18² ve Çocuk Koruma Kanunu’na eklenen geçici

¹ RG 30.11.2021, S. 31675.

² İcra ve İflâs Kanunu Geçici madde 18/2. fıkrası, Kanun teklifinde, TBMM tarafından kabul edilen halinden farklı şekilde düzenlenmişti. Söz konusu 2. fıkra, TBMM’de Genel Kurul görüşmeleri sırasında verilen önerenin kabul edilmesi üzerine, kanunlaşan son halini almıştır. Kanun teklifinde geçici madde 18/2. fıkrada madde numaraları belirtilmeden “Bu maddeyi ihdas eden Kanunun haczedilen malların elektronik ortamda satışına ilişkin hükümlerinin uygulanmasına” şeklinde genel bir ifadeye yer verilmişti. Kanımızca, bu ifade uygulama açısından büyük sorunlar oluşturabilecek bir ifadeydi. TBMM’de Genel Kurul görüşmeleri sırasında verilen önerenin kabul edilmesiyle birlikte söz konusu 2. fıkrada mad-

madde 2 ile zaman bakımından bu düzenleme kapsamında kalan hükümlerin uygulanmasına açıklık getirilmeye çalışılmıştır.

I. 7343 sayılı Kanun'la Yapılan Düzenlemelerin Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi

A. Genel Olarak

7343 sayılı Kanun'da, bu Kanun'la getirilen değişikliklerin zaman bakımından uygulanmasına yönelik olarak üç düzenleme karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, ilk düzenleme genel olarak yürürlük maddesi diyebileceğimiz 7343 sayılı Kanun'un 57. maddesi olup Kanun'un Resmî Gazete'de yayımı tarihi, yürürlük tarihi olarak belirlenmiştir. Buna karşılık, 7343 sayılı Kanun'da, 57. maddedeki genel yürürlük maddesi yanında, zaman bakımından uygulamaya ilişkin iki ayrı önemli düzenleme mevcuttur. Bu çerçevede, 7343 sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'na (İİK) eklenen geçici madde 18 ve Çocuk Koruma Kanunu'na (ÇKK) eklenen geçici madde 2'de, 7343 sayılı Kanun'un 57. maddesine nazaran, bazı hükümler için zaman bakımından uygulamaya ilişkin farklı tarihler belirlenmiştir.³

7343 sayılı Kanun 30.11.2021 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmış olup kural olarak bu Kanun'la yapılan tüm değişiklikler bu tarihte yürürlüğe girmiştir. Genel olarak yürürlüğe giriş tarihi ile birlikte söz konusu hükümlerin derhal uygulanması gündeme gelmiştir. Bunun yanında, özellikle İcra ve İflâs Kanunu ile Çocuk Koruma Kanunu'nda yapılan bazı ek ve değişikliklerle ilgili olarak söz konusu hükümlerin uygulanması için, İcra ve İflâs Kanunu geçici madde 18 ve Çocuk Koruma Kanunu geçici madde 2'de yer alan bazı koşulların yerine getirilmesi beklenmelidir.

de numaraları ayrı ayrı belirtilmek ve daha ayrıntılı açıklamalar yapılmak suretiyle bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu konuda bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak?BirlesimSiraNo=23648&BaslangicSayfa=70&BitisSayfa=70&Tur=H> (E.T. 30.03.2022).

³ İcra ve İflâs Kanunu'nda zaman içinde yapılan değişiklikler açısından, bu değişikliklerin yürürlüğe girişi veya zaman bakımından uygulanması ile ilgili olarak kanun koyucunun çeşitli yöntemler tercih ettiği görülmektedir. Bu konuda genel bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez/Evrin Erişir, "6352 sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman İtibariyle Uygulanması", *İstanbul Barosu Dergisi* Kasım-Aralık 2012, C. 86, S. 2012/6, s. 17-18.

7343 sayılı Kanun'un uygulanması ile ilgili olarak özetle şu üç tarihe dikkat edilmesi gerekmektedir:

- Kanunun yayımı tarihinde derhal uygulanması
- İcra ve İflâs Kanunu geçici madde 18 kapsamında uygulamanın başlaması
- Çocuk Koruma Kanunu geçici madde 2 kapsamında uygulamanın başlaması.

Yukarıda belirtilen üç farklı tarihe göre iki hususa değinmek önem arz etmektedir:

- 7343 sayılı Kanun'la değiştirilen veya eklenen hangi hükümlerin hangi tarihe tâbi olarak uygulamaya gireceğinin belirlenmesi
- Özellikle geçici maddeler çerçevesinde uygulanma tarihlerinin hangi koşullar çerçevesinde değerlendirileceği ve belirleneceği.

Yukarıda sözü edilen geçici maddelerde belirtilen şekilde, bazı yeni kanuni düzenlemelerin uygulanma tarihleri bakımından kanun koyucu tüm ülke genelinde geçerli belli bir tarih tespit etmemiştir. Söz konusu geçici maddeler kapsamında kalan hükümlerin uygulama tarihi, Adalet Bakanlığı'nın resmî internet sitesinde yapılacak duyurusu ile belirlenecektir. Bu durumun, ülke genelinde hangi hükümlerin uygulanacağına yönelik belirsizlik yaratacağı ve uygulamada çeşitli sorunlara yol açabileceği belirtilmelidir. Esasen yürürlükte olan kanun hükümlerinin uygulanması yetkisinin Adalet Bakanlığı'nın duyurusuna bırakılması, kişilerin hangi zamanda hangi kanuna tâbi olacağı noktasında belirsizliğe sebep olacağı gibi, yasama ve yürütme yetkisinin de sınırı ve kullanılması açısından sorun teşkil edebilecek niteliktedir. Bunun yanında, 7343 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılan hükümlerin (İİK m. 25, 25/a, 25/b ve 133) yürürlükten kaldırılmasına rağmen uygulanmaya devam edilecek olması da yine belirsizliğe sebep olmaktadır. Özellikle kişinin hürriyetinden mahrum olması sonucunu doğuran ve farklı sürelerle yaptırıma bağlanan (İİK mülga m. 341: 6 aya kadar tazyik hapsi; ÇKK m. 41/F: İşlenen fiile göre, 3 günden 10 güne kadar disiplin hapsi veya 3 aya kadar disiplin hapsi) çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine muhalefet fiillerinde, İcra ve İflâs Kanunu'nun mülga 341. maddesi ile Çocuk Koruma Kanunu'nun

41/F maddesi arasında zaman bakımından uygulama ile ilgili olarak bir karşılaştırma ve yorum yapılması da gündeme gelebilecektir.

Yürürlüğe girmiş kanun hükümlerinin özellikle icra hukukunda elektronik satışa ilişkin olarak, gerek ne zaman çıkarılacağı belirsizlik taşıyan ilgili Yönetmeliğin çıkarılmasına bağlanmış olması gerekse uygulamaya hangi il ve ilçelerde başlanacağına ilişkin Adalet Bakanlığı'nın duyurusuna tâbi kılınması, Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturabilecektir. Yürürlükte olan kanun hükümlerinin tüm ülke genelinde aynı anda uygulanmaya başlanması bu yönden eleştirilebilir.

7343 sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişikliklerde elektronik satışa ilişkin değişikliklerin kanunun yayımı tarihinden itibaren 6 ay içinde çıkarılacak Yönetmeliğe bağlı olarak uygulanmaya başlanması (İİK geçici m. 18/1) ile yine İcra ve İflâs Kanunu'nda satışa ilişkin olarak yapılan önemli değişikliklerden biri olan rızai satış açısından (borçluya satış yetkisi verilmesi-İİK m. 111/a) kanunen Yönetmelik çıkarılması zorunlu olmasına rağmen, rızai satış hakkında Yönetmelik beklenmeden, 30.11.2021 tarihinden itibaren uygulamaya derhal geçilmesi arasında da neden fark gözetildiğine dikkat çekilmelidir. Burada da kanunun uygulanması açısından aynı kanunda getirilen satışa ilişkin düzenlemeler arasında bir yeknesaklığın olmadığı görülmektedir.

Yürürlükte olan kanun hükümlerinin aynı anda ülke genelinde uygulanamayacak olması, özellikle istinabe suretiyle yapılan işlemler bakımından da icra uygulamasında sorunlara yol açabilir. Bu anlamda, Adalet Bakanlığı'nın henüz yeni değişikliklerin uygulanmasına ilişkin karar vermediği (duyuru yapmadığı) yerler bakımından burada bulunan bir icra dosyası için istinabe yoluyla yapılacak bir işlemde, istinabe edilen icra dairesi uygulamaya başlanan bir il veya ilçede ise yeni kanun hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilecek, aynı icra dosyasında aynı zamanda hem önceki hem de yeni kanun hükümlerinin uygulanması karışıklığa da neden olabilecektir.

7343 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin uygulanması bakımından getirilen düzenlemelerin (özellikle İİK geçici m. 18 ve ÇKK geçici m. 2) ne zaman uygulanmaya başlanacağı hususundaki belirsizlik yanında, aynı dosya içinde veya aynı icra dairesinde, aynı zaman

diliminde önceki ve yeni hükümlerin bir arada uygulanmasına sebep olunacağı ve özellikle devam eden takipler uzun bir süreci kapsayabileceğinden hangi kanun hükümlerinin hangi işlemler bakımından uygulanacağına da karar vermenin ya da bunu değerlendirmenin de zorluk yaratacağı şüphesizdir.

7343 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerde getirilen kanuni düzenlemelerin ayrıntılı olduğu göze çarpmaktadır, bunun yanında bazı hükümlerde yapılan değişikliklere ilişkin olarak kanun gereği birçok Yönetmelik ve bir Tarife çıkarılması veya Yönetmelikle düzenleme yapılması da zorunludur. Bunlar sırasıyla aşağıdaki gibidir:

- İcra ve İflâs Kanunu'nun 1. maddesine 7343 sayılı Kanun'la eklenen 3. fıkrasında düzenlenen icra başmüdürüne ilişkin olarak Yönetmelikle düzenleme yapılması (İİK m. 1/3)
- İcra ve İflâs Kanunu'na 7343 sayılı Kanun'la eklenen 3/a maddesinde düzenlenen icra daireleri başkanlığına ilişkin olarak Yönetmelikle düzenleme yapılması (İİK m. 3/a, son fıkra)
- İcra ve İflâs Kanunu'nun 7343 sayılı Kanun'la değişik 87. maddesinin uygulanmasına ilişkin olarak Yönetmelikle düzenleme yapılması (İİK m. 87/son).
- İcra ve İflâs Kanunu'na 7343 sayılı Kanun'la eklenen 111/a maddesinde düzenlenen borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin olarak Yönetmelikle düzenleme yapılması (İİK m. 111/a, son fıkra)
- İcra ve İflâs Kanunu'na 7343 sayılı Kanun'la eklenen 111/b maddesinde düzenlenen elektronik ortamda açık artırma suretiyle satışa ilişkin olarak Yönetmelikle düzenleme yapılması (İİK m. 111/b, son fıkra)⁴
- İcra ve İflâs Kanunu'nun 106. maddesinde yapılan değişiklik üzerine Tarife çıkarılması (İİK m. 106/son)⁵

⁴ Bu kapsamda, "İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yönetmelik" 08.03.2022 tarihli Resmî Gazete'de (S. 31772) yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğin geçiş hükmü için bkz. geçici madde 1.

⁵ Bu kapsamda, "Satış Giderleri Tarifesi" 08.03.2022 tarihli Resmî Gazete'de (S. 31772) yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Tarife'nin geçiş hükmü için bkz. geçici madde 1.

- Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin olarak Çocuk Koruma Kanunu'na eklenen Dördüncü Kısımın uygulanmasına ilişkin olarak Yönetmelikle düzenleme yapılması (ÇKK m. 41/İ).

Görüldüğü üzere, 7343 sayılı Kanun ayrıntılı düzenlemeler içermesine rağmen, bu değişiklikler çerçevesinde pek çok Yönetmelik (ve Tarife) çıkarılması veya Yönetmelikle düzenleme yapılması da söz konusu olacaktır.

7343 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin uygulanmasına ilişkin geçici maddelerde de pek çok ayrıntıya yer verilmiş olmasına rağmen, somut olaylar bakımından mevzuat çerçevesinde düzenlenmeyen farklı ihtimaller olabileceği gibi bunlar yanında, henüz ilgili Yönetmelikler çıkarılmadan bazı kanuni düzenlemeler bakımından uygulamaya derhal başlanması da sorunları beraberinde getirecektir.

Sonuç olarak, 7343 sayılı Kanun'la getirilen değişikliklerin uygulanması bakımından oldukça karışık ve hukuk tekniğine uygun olmayan bir yöntem izlendiği belirtilmelidir.

B. İcra ve İflâs Kanunu Geçici Madde 18 ve Zaman Bakımından Uygulamaya İlişkin Durum

7343 sayılı Kanun, çoğunlukla İcra ve İflâs Kanun'nda yapılan değişiklikleri içermektedir, bunun yanında Çocuk Koruma Kanunu'na⁶ yapılan eklemeler de icra uygulamasını yakından ilgilendirmektedir. 7343 sayılı Kanun'un yaklaşık ilk 30 maddesinde, İcra ve İflâs Kanunu'na ilişkin değişik, ek veya kaldırılan hükümlere yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Nihayet 7343 sayılı Kanun'un 33. maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu'na geçici madde 18 eklenmiştir. İcra ve İflâs Kanunu geçici madde 18'de derhal uygulanacak hükümler yanında Kanunun yürürlüğe giriş tarihinden sonra uygulamasına başlanacak hükümler hakkında da ayrıntılı açıklamalar yapılmıştır.

⁶ Çocuk Koruma Kanunu ve bu çerçevede çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasını ilgilendiren İcra ve İflâs Kanunu'nun mülga maddelerinin (İİK m. 25, 25/a, 25/b ve 341) zaman bakımından uygulaması aşağıda ayrı başlık altında değerlendirilecektir.

İcra ve İflâs Kanunu geçici madde 18'i önemi nedeniyle aşağıda aynen aktarıyoruz:

“GEÇİCİ MADDE 18 – 111/b maddesinin uygulanmasına ilişkin yönetmelik ile 106 ncı madde uyarınca çıkarılması gereken tarife, bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde çıkarılır.

87, 88, 106, 110, 111/b, 114, 115, 118, 124, 126, 127, 129, 130, 133, 242 ve 244'üncü maddeler ile 134'üncü maddenin dokuz ve onuncu fıkralarında bu maddeyi ihdas eden Kanun'la yapılan değişikliklerin uygulanmasına Adalet Bakanlığınca belirlenen il veya ilçelerde, 111/b maddesinin uygulanmasına ilişkin yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlanır ve bu değişiklikler en geç bir yılın sonunda ülke genelinde uygulanır. Değişikliklerin hangi il veya ilçede ne zaman uygulanacağı Adalet Bakanlığı'nın resmi internet sitesinde duyurulur. Bu değişikliklerin uygulanmasında aşağıdaki esaslar dikkate alınır:

1. Uygulamaya geçilen il ve ilçelerde, geçiş tarihinden sonra haczedilen mallar hakkında, bu maddeyi ihdas eden Kanun'la değiştirilen 87, 106 ve 110 uncu madde hükümleri uygulanır. Geçiş tarihinden önce haczedilen mallar hakkında ise değişikliklerden önceki hükümler ile ilga edilen hükümlerin uygulanmasına devam olunur.

2. Uygulamaya geçilen il ve ilçelerde, geçiş tarihinden sonra ilanı yapılacak açık artırmalar hakkında, bu maddeyi ihdas eden Kanun'la değiştirilen 88, 114, 115, 118, 124, 126, 127, 129 ve 13' uncu maddeler, 134'üncü maddenin dokuz ve onuncu fıkraları ile ihdas edilen 111/b maddesi uygulanır. Geçiş tarihinden önce ilanı yapılmış açık artırmalar hakkında ise değişikliklerden önceki hükümler ile ilga edilen hükümlerin uygulanmasına devam olunur.

3. Uygulamaya geçilen il ve ilçelerde, taşınır rehninin veya ipotegin paraya çevrilmesi, İflâs tasfiyesi ve ortaklığın giderilmesine ilişkin satışlar bakımından, geçiş tarihinden sonra ilanı yapılacak açık artırmalar hakkında bu maddeyi ihdas eden Kanun'la değiştirilen ve ihdas edilen hükümler uygulanır. Geçiş tarihinden önce ilanı yapılmış açık artırmalar hakkında ise değişikliklerden önceki hükümler ile ilga edilen hükümlerin uygulanmasına devam olunur.

4. Geçiş tarihinden önce yapılan ilan üzerine ihalesi gerçekleştirilemeyen ve yeniden satışı talep edilen açık artırmalar hakkında da bu maddeyi ihdas eden Kanun'la değiştirilen ve ihdas edilen hükümler uygulanır.

106'ncı madde uyarınca çıkarılacak tarifenin yürürlüğe girdiği tarihten önce satış talep edilmiş olmasına rağmen kıymet takdiri ile muhafaza ve satış giderlerinin tamamının yatırılmadığı hâllerde bu tarifenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde tarifede belirlenen giderlerin yatırılması zorunludur. Bu süre içinde giderler peşin olarak yatırılmazsa satış talebi vaki olmamış sayılır.

134'üncü maddede bu maddeyi ihdas eden Kanun'la yapılan değişiklikler, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay'da görülmekte olan ihalenin feshi talepleri hakkında uygulanmaz. Ancak, ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına mahkûmiyete ilişkin hüküm görülmekte olan ihalenin feshi talepleri hakkında da uygulanır. Temyiz kanun yolu incelemesi aşamasında bulunan dosyalar bakımından para cezasının oranına ilişkin olarak yapılan değişiklik tek başına bozma nedeni yapılamaz. Yargıtay değişikliği uygulamak suretiyle hükmü düzeltebilir."

Yukarıda görüldüğü üzere, İcra ve İflâs Kanunu geçici madde 18'de, 7343 sayılı Kanun'un Resmî Gazete'de yayımı tarihinden sonra belli koşulların gerçekleşmesi üzerine uygulamaya başlanacak hükümler ayrıca belirtilmiş ve bu hükümlere ilişkin bazı esaslar belirlenmiştir. Ayrıca genel yürürlük maddesi ile geçici madde 18'den yola çıkılarak Kanunun Resmî Gazete'de yayımı tarihinden itibaren derhal uygulanacak hükümler de tespit edilebilmektedir.

7343 sayılı Kanun'un geneli ve özellikle geçici madde 18 dikkate alınırca genel olarak İcra ve İflâs Kanunu ile ilgili (çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasını ilgilendiren 7343 sayılı Kanun'la mülga hükümler hariç)⁷ zaman bakımından uygulamaya ilişkin aşağıdaki hususlar tespit edilebilir:

⁷ Çocuk Koruma Kanunu ve bu çerçevede çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasını ilgilendiren İcra ve İflâs Kanunu'nun mülga maddelerinin (İİK m. 25, 25/a, 25/b ve 341) zaman bakımından uygulaması aşağıda ayrı başlık altında değerlendirilecektir. Zira bu maddeler için, uygulama bakımından Çocuk Koruma Kanunu'na 7343 sayılı Kanun'la eklenen geçici madde 2'nin dikkate alınması gerekmektedir.

1. İcra ve İflâs Kanunu'nda haciz ve elektronik ortamda satışa ilişkin ek veya değişiklik getiren hükümlerin derhal uygulanmaya başlanmayacağı
2. 7343 sayılı Kanun'la 134. maddede yapılan değişikliklerin zaman bakımından uygulanmasında birbirinden ayrılması gereken durumların bulunması
 - a. 7343 sayılı Kanun'la 134. maddede yapılan değişikliklerin görülmekte olan ihalenin feshi talepleri bakımından uygulanmaması (ihalenin feshi taleplerini ilgilendiren değişiklikler)
 - b. İcra ve İflâs Kanunu'nun 134/9. ve 10. fıkralarının derhal uygulanmaya başlanmayacağı
 - c. İhalenin feshinde uygulanacak para cezası oranının⁸ görülmekte olan ihalenin feshi taleplerini de kapsayacak şekilde derhal uygulanmaya başlandığı
 - d. 134/1. fıkrada yapılan ihalenin neticesine ilişkin değişikliğin derhal uygulanmaya başlandığı
3. Geçici madde 18 kapsamında değinilmeyen ve İcra ve İflâs Kanunu'nda ek veya değişiklik getiren diğer hükümlerin derhal uygulanmaya başlandığı.

Yukarıda tespit ettiğimiz üç hâle ilişkin ayrıntılı açıklamalara aşağıda ayrı başlıklar altında yer verilmiştir.

1. İcra ve İflâs Kanunu'nda haciz ve elektronik ortamda satışa ilişkin ek veya değişiklik getiren hükümlerin (kural olarak) derhal uygulanmaya başlanmayacağı

a. Genel Olarak

Belirttiğimiz bu birinci hâlde, 7343 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinde derhal uygulanmaya başlanamayacak olan hükümler açısından, İcra ve İflâs Kanunu'nda, genel olarak haciz ve elektronik ortamda

⁸ 134. maddede yer alan "yüzde onu oranında" ibaresi, 7343 sayılı Kanun'la "yüzde onuna kadar" şeklinde değiştirilmiştir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Hakan Pekcanitez/Mine Akkan/Evrin Erişir, İcra ve İflâs Kanunu ve İlgili Mevzuat, 22. Bası, İstanbul 2021, m. 134, s. 156, dn. 206.

satışa⁹ ilişkin ek veya değişiklik getiren hükümlerin ne zamandan itibaren uygulanacağına yönelik düzenleme (geçici madde 18/1. ve 2. fıkra) çerçevesinde uygulamaya başlanabilmesi ve tüm ülkede uygulanması için aşağıdaki adımların gerçekleşmesi gerekmektedir:

- İcra ve İflâs Kanunu'nun 111/b maddesinin uygulanmasına ilişkin Yönetmelik çıkarılması¹⁰
- Söz konusu Yönetmeliğin, 7343 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 30.11.2021 tarihinden itibaren altı ay içinde çıkarılması
- İcra ve İflâs Kanunu'nun 111/b maddesinin uygulanmasına ilişkin Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Adalet Bakanlığı'nca belirlenen il veya ilçelerde, geçici madde 18'de belirtilen hükümlere¹¹ ilişkin değişikliklerin uygulanmaya başlanması
- İcra ve İflâs Kanunu'nun 111/b maddesinin uygulanmasına ilişkin Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geçici madde 18'de belirtilen hükümlere ilişkin değişikliklerin en geç bir yılın sonunda ülke genelinde uygulanması
- İcra ve İflâs Kanunu geçici madde 18'de belirtilen hükümlere ilişkin değişikliklerin, hangi il veya ilçede ne zaman uygulanacağına Adalet Bakanlığı'nın resmî internet sitesinde duyurulması.¹²

Bu başlık altında, geçici madde 18/1. ve 2. fıkra çerçevesinde yer alan hükümler, İcra ve İflâs Kanunu'na 7343 sayılı Kanun'la eklenen veya değiştirilen, 87., 88., 106., 110., 111/b, 114., 115., 118., 124., 126., 127., 129., 130., 133., 242. ve 244. maddeleri ile 134. maddenin 9 ve 10. fıkralarıdır.

⁹ Elektronik ortamda satışa ilişkin açıklamalar için bkz. Serdar Kale, "İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış", (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>).

¹⁰ Yönetmelik için bkz. RG 08.03.2022, S. 31772.

¹¹ Söz konusu hükümlerdeki değişiklikler, 7343 sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'nun 87, 88, 106, 110, 111/b, 114, 115, 118, 124, 126, 127, 129, 130, 133, 242 ve 244'üncü maddeler ile 134. maddenin dokuz ve onuncu fıkralarında yapılan değişikliklerdir (İİK geçici m. 18/2).

¹² İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yönetmeliğin Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra, 10.03.2022 tarihinde, Adalet Bakanlığı'nın resmî internet sitesinde Yönetmeliğin uygulanmasına Ankara Batı Adliyesi (mülhakatlar hariç) yargı çevresinde 15.03.2022 tarihi itibarıyla ilân yapılacak arttırmalar hakkında başlanacağı duyurulmuştur. Bkz. <https://iadb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/elektronik-ortamda-yapilacak-satislara-iliskin-duyuru10032022104700> (E.T. 30.03.2022).

Yukarıdaki paragrafta belirtilen kanun maddelerinin uygulanması açısından, Adalet Bakanlığı'nun İcra ve İflâs Kanunu geçici madde 18/2. fıkra çerçevesinde yapacağı **duyuru tarihi** birinci belirleyicidir. Bu duyuru tarihinin yanında aşağıda açıklayacağımız üzere, hacze ve satış talebine ilişkin değişikliklerde **haciz tarihi**; satışa ilişkin değişikliklerde **açık artırmanın ilânı tarihi** de 7343 sayılı Kanun'la değiştirilen yeni maddelerin uygulanması açısından ikinci belirleyici tarihler olarak karşımıza çıkmaktadır (İİK geçici m. 18).

Elektronik ortamda satışa ilişkin olarak, İcra ve İflâs Kanunu'nun 111/b maddesine dayanılarak hazırlanan, "İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yönetmelik" 08.03.2022 tarihli Resmî Gazete'de¹³ yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Yönetmelikte "Geçiş Hükümü" başlığını taşıyan geçici madde 1 düzenlemesi ile elektronik ortamda satışa ilişkin olarak söz konusu Yönetmelik hükümlerinin ne zaman uygulanacağı belirtilmiştir.

"Geçiş hükmü

GEÇİCİ MADDE 1- (1) Bu Yönetmelik hükümleri;

a) Bakanlıkça resmî internet sitesinden elektronik satış uygulamasına geçileceği duyurulan il veya ilçelerde belirlenen tarih itibarıyla ilanı yapılacak artırmalar hakkında,

b) Ülke genelinde ise yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç bir yılın sonunda ilanı yapılacak artırmalar hakkında,

uygulanır."

İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yönetmelik çerçevesinde, Kanun'un 111/b maddesinde de belirtildiği üzere, duyuru tarihine dikkat edilmek suretiyle satışlar için **ilân tarihi**, elektronik ortamda satış hükümlerinin uygulanmaya başlayacağı tarih olacaktır. Buna karşılık, henüz uygulamaya geçilmeyen il ve ilçelerde ise değişiklikten önceki hükümlerin uygulanmasına devam edilecektir.

¹³ RG 08.03.2022, S. 31772.

Elektronik ortamda satışa ilişkin olarak, İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nde de değişiklikler yapılmıştır. İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik¹⁴ ile İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nde yer alan, taşınırın açık artırma şartnamesi ve tutanağı (m. 47); taşınırın açık artırma ilânı (m. 48); taşınırın ihale usûlü (m. 48/A); taşınmazın açık artırma şartnamesi ve tutanağı (m. 49); taşınmazın açık artırma ilânı (m. 50); taşınmazın ihale usûlü (m. 50/A) başlıklarını taşıyan maddeler yürürlükten kaldırılmıştır. Bu konuda gerekli düzenlemeler, İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yönetmelik'te yer almaktadır. Ancak bunun yanında, İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'ne eklenen geçici madde 3 gereğince, elektronik ortamda satışla bağlantılı olarak İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nin yürürlükten kaldırılan hükümleri (m. 47 ilâ m. 50/A), elektronik satış uygulamasına geçilmeyen il ve ilçelerde elektronik satış uygulamasına geçilinceye kadar uygulanmaya devam edecektir. Bu çerçevede, kullanılması zorunlu olan basılı kağıtlarda yapılan değişikliklerin de elektronik ortamda satışa ilişkin yeni hükümlerin uygulandığı yerlerde kullanılması gerekmektedir (Bkz. Yön. m. 4 ve ekleri).¹⁵ Buna karşılık, mülga hükümlerin uygulandığı yerlerde yine önceki basılı örnekler kullanılacaktır (Bkz. İİK Yön. m. 19/1, bb, cc, dd, ee ve Yönetmelik ekleri 24 ilâ 27).¹⁶

¹⁴ RG 08.03.2022, S. 31772.

¹⁵ İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yönetmelik gereğince:

“Kullanılması zorunlu olan basılı kâğıtlar

Madde 4- (1) Elektronik satış işlemlerinde aşağıda belirtilen ve bu Yönetmelik ekinde yer alan basılı kâğıtların kullanılması zorunludur:

- a) Taşınırın açık artırma şartnamesi (Örnek no.50).
- b) Taşınırın elektronik satış ortamında açık artırma ilanı (Örnek no.51).
- c) Taşınmazın açık artırma şartnamesi (Örnek no.52).
- ç) Taşınmazın elektronik satış ortamında açık artırma ilanı (Örnek no.53).
- d) Taşınırın gazete ilanı (Örnek no.54).
- e) Taşınmazın gazete ilanı (Örnek no.55).
- f) Artırma sonuç tutanağı (Örnek no.56).

(2) Örneklerdeki esaslar bozulmamak şartıyla icra ve iflâs dairelerince bu örneklerle gerekli ilaveler yapılabilir”.

¹⁶ İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nin ekinde yer alan örnek 24, örnek 25, örnek 26 ve örnek 27, İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmış olup elektronik ortamda satışın henüz uygulanmadığı yerlerde bu örnekler kullanılmaya devam edecektir (İİK Yön. geçici m. 3).

Nihayetinde, İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yönetmeliğin Resmî Gazete'de yayımı ve yürürlüğe giriş tarihinden itibaren *en geç bir yılın sonunda (08.03.2023) ilâm* yapılacak artırımlar hakkında tüm ülke genelinde elektronik ortamda satış uygulamasına geçilecek ve İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yönetmelik uygulanacaktır.

Elektronik ortamda satışa ilişkin yapılan değişiklikler haricinde, satışla ilgili olarak İcra ve İflâs Kanunu'nun 111/a maddesinde, borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin yeni bir düzenleme yapılmıştır.¹⁷ Elektronik satışa ilişkin hükümlerden farklı olarak, borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin hüküm (İİK m. 111/a), Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren (30.11.2021) derhal uygulanacak hükümler arasındadır. Bu anlamda, kanunen borçluya satış yetkisi verilmesi için prosedür, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren başlayacak olup 30.11.2021 tarihinden önce, söz konusu mahcuz mala ilişkin olarak kıymet takdiri işlemleri (kıymet takdirinin tebliği ve sonrasında kıymet takdirinin kesinleşmesi) tamamlanmışsa¹⁸ derhal yürürlüğe giren 111/a maddesinden, prosedür olarak 30.11.2021 tarihinden itibaren faydalanmanın mümkün olmayacağı söylenebilir. Zira rızai satışa ilişkin sürecin başlangıcı kanunen kıymet takdirinin tebliği olup tebliğden itibaren 7 gün içinde borçlunun kendisine yetki verilmesini talep etmesi gerekmektedir. Ancak eğer mahcuz mala ilişkin olarak 30.11.2021 tarihinden sonra ilk defa veya yeniden bir kıymet takdiri yapılmış ve tebliğ edilmişse Kanun'un 111/a maddesi bu mahcuz mallar hakkında prosedüre başlanmak üzere uygulanabilecektir. Borçluya satış yetkisi verilmesinde asgari bedel, malın muhammen kıymetine göre belirleneceğinden, kanun koyucunun esasen kıymet takdirinin

¹⁷ Borçluya satış yetkisi verilmesi konusunda bkz. Serdar Kale, "İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış", (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>).

¹⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 448. maddesinde yer almasına rağmen, İcra ve İflâs Kanunu'nda zaman bakımından uygulamayla ilgili genel bir hüküm olarak, kanun değişikliklerinin, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır (Bu konuda bkz. Pekcניתez/Erişir, s. 17-18). Ancak gerek yargılama prosedürü gerekse icra prosedürü, birbirini takip eden ve sürecin ilerlemesini sağlayan sırasıyla gerçekleştirilen pek çok işlemden oluşmaktadır. Bu anlamda, medeni usûl hukuku açısından geçerli olan bu durum, kural olarak icra hukuku açısından da kabul edilmelidir.

hemen ardından (uzun süre beklenmeden) bu satış usûlüne imkân tanıdığı görülmektedir. Bunun yanında, cevaplanması gereken bir diğer soru, borçluya rızai satış yetkisi verilmesi üzerine bu satışın çeşitli sebeplerle yapılamaması ve sonrasında da malın açık artırma suretiyle satışının gerçekleşmemesi durumunda, yeni bir kıymet takdiri beklenmeksizin, borçluya tekrar rızai satış yetkisi verilip verilemeyeceğidir. Kanun'da bu yönde açık bir düzenleme olmamakla beraber, alacaklı ve borçlunun menfaatleri gereği, borçluya daha sonra tekrar rızai satış yetkisi verilmesi düşünülebilir, bu konuda uygulama ve özellikle yargı içtihatlarının gelişimi takip edilmelidir. Ancak enflasyonunu yüksek olarak devam etmesi iki yıl için geçerli olan kıymet takdirinin, bir yıl sonra çok düşük bir bedel haline gelmesine neden olacaktır. Şu an için resmi olarak yıllık yüzde altmışın üzerinde seyreden bir enflasyon, bir yıl sonra kıymeti takdir edilen malın değerinin kendiliğinden yüzde altmış oranında değer kaybetmesine neden olacaktır. Bu ise borçlunun kendisine kontrolsüz satış yetkisi verilmesi nedeniyle kötü niyetle kullanmasına neden olabilecektir. Daha açık ifade ile borçlu bu satıştan haksız bir kazanç elde edebilecektir.

b. İcra ve İflâs Kanunu'nun 106. maddesinin Uygulanması

İcra ve İflâs Kanunu'nun 7343 sayılı Kanun'la değişik 106. maddesi, satış talebi için uyulacak sürelerde değişiklik getirmekte ve maddede aynı zamanda satış talebiyle birlikte giderlerin yatırılması konusunda düzenlemeler yapılmaktadır. Bu anlamda 106. maddenin yeni hâli, iki ayrı konuyu (satış talep süresi ve satış giderleri) düzenlerken zaman bakımından bu hükümlerin uygulanmasında Adalet Bakanlığı'nın duyuru tarihi yanında, hangi işlem tarihinin esas alınacağına ilişkin dikkatli değerlendirme yapmak gerekir. Hemen ifade etmek gerekir ki, 106. maddenin yeni hâlinin uygulanması için, öncelikle o yerde elektronik satış uygulamasının başlamış olması gerekmektedir.

Öncelikle satış talep süresine ilişkin olmak üzere, 106. maddede ki değişiklik bakımından bir değerlendirme yapılırsa söz konusu 106. maddenin uygulanması bakımından yukarıda açıkladığımız şekilde Adalet Bakanlığı'nın hangi il ve ilçelerde uygulamaya başlanacağına ilişkin duyurusunun¹⁹ (İİK geçici m. 18/2) beklenmesi gerekmektedir.

¹⁹ İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü

Bu duyurunun yapılması kanunen geçiş tarihi olarak belirtilmektedir. 106. maddenin uygulanması açısından, uygulamaya geçilen il ve ilçelerde, **geçiş tarihinden sonra haczedilen mallar hakkında**, 7343 sayılı Kanun'la değiştirilen 106. madde hükümleri uygulanır. Geçiş tarihinden önce haczedilen mallar hakkında ise değişikliklerden önceki hükümler ile yürürlükten kaldırılan hükümlerin uygulanmasına devam olunur (İİK geçici m. 18/2, 1. bent).

Satış talebinin hangi sürede yapılacağına ilişkin olarak haciz tarihi esas alınacağından, henüz uygulamaya geçilmemiş olan il veya ilçelerde taşınır mallara ilişkin satış isteme süresinde, önceki hükümler çerçevesinde hacizden itibaren altı aylık süreye dikkat edilmelidir.

Burada 106. maddenin sürelerle ilişkin yeni hâlinin uygulanması için (elektronik satışa) geçiş tarihinin belli olması ve bu tarihten sonra haczedilmiş bir malın olması gerekmektedir. Satış giderleri hakkında ise haciz tarihi, Tarife ve buna ilişkin özel düzenleme geçici madde 18/3. fıkra dikkate alınmalıdır.

Satış giderleri bakımından değerlendirme yapmak gerekirse İcra ve İflâs Kanunu'nun 7343 sayılı Kanun'la değişik 106. maddesinin son fıkrasında, bu maddede belirtilen giderlere ilişkin olarak, Adalet Bakanlığı'nca her yıl bir Tarife'nin yürürlüğe konulacağı düzenlenmektedir. Bu Tarife'nin, 7343 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde çıkarılacağı kanunen hüküm altına alınmıştır (İİK geçici m. 18/1).²⁰

İcra ve İflâs Kanunu'nun 106. maddesine dayanılarak hazırlanan, "Satış Giderleri Tarifesi" 08.03.2022 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Tarife'de "Geçiş Hükümü" başlığını taşıyan geçici madde 1 düzenlemesi ile söz konusu Tarife hükümlerinin ne zaman uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre, Tarife hükümlerinin uygulanmasına öncelikle Adalet Bakanlığı'nca resmî

Hakkında Yönetmeliğin Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra, 10.03.2022 tarihinde, Adalet Bakanlığı'nın resmî internet sitesinde Yönetmeliğin uygulanmasına Ankara Batı Adliyesi (mülhakatlar hariç) yargı çevresinde 15.03.2022 tarihi itibarıyla ilânı yapılacak artırımlar hakkında başlanacağı duyurulmuştur. Bkz. <https://iidb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/elektronik-ortamda-yapilacak-satislara-iliskin-duyuru10032022104700> (E.T. 30.03.2022).

²⁰ Bu kapsamda, "Satış Giderleri Tarifesi" 08.03.2022 tarihli Resmî Gazete'de (S. 31772) yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

internet sitesinden elektronik satış uygulamasına geçileceği duyuru-
lan²¹ il veya ilçelerde **belirlenen tarihten sonra haczedilecek mallar**
hakkında başlanacaktır; ülke genelinde ise İcra ve İflâs Kanunu Uya-
rınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yö-
netmeliğin yürürlüğe girdiği 08.03.2022 tarihinden itibaren en geç bir
yılın sonunda (08.03.2023) haczedilecek mallar hakkında Tarife'nin
uygulanmasına geçilecektir.

Buna karşılık, söz konusu Tarife hükümleri elektronik satış uy-
gulanmasına henüz geçilmeyen il veya ilçelerde uygulanmayacak olup
bu kapsamda bulunan mahallerdeki haczedilen mallarla ilgili tahsil
edilmesi gereken giderler hakkında, 7343 sayılı Kanun değişikliğinden
önceki hükümler ile mülga hükümler uygulanmaya devam edecektir
(Tarife geçici m. 1/2).

Giderlere ilişkin olarak geçici madde 18/3. fıkra önemli bir dü-
zenleme getirmektedir. Buna göre, İcra ve İflâs Kanunu'nun 7343 sa-
yıılı Kanun'la değişik 106. maddesinin son fıkrası gereğince çıkarılacak
Tarife'nin yürürlüğe girdiği tarihten önce satış talep edilmiş olmasına rağmen
kıymet takdiri ile muhafaza ve satış giderlerinin tamamının
yatırılmadığı hâllerde bu Tarife'nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren
(08.03.2022) bir yıl içinde Tarife'de belirlenen giderlerin yatırılması zo-
runludur. Bu süre içinde giderler peşin olarak yatırılmazsa satış talebi
vaki olmamış sayılır (İİK geçici m. 18/3).

Nihayet, Tarife'nin zaman bakımından uygulanması ile ilgili ola-
rak, Satış Gideri Tarifesi'nin uygulanmasına başlandıktan sonra, bu
Tarife'de her yıl değişiklik yapılması söz konusu olduğundan (7343
s. Kanun'la değişik İİK m. 106/son), satış giderinin belirlenmesinde,
Tarife'nin 3. maddesinin 2. fıkrası hükmü saklı kalmak üzere, **satış ta-
lebinin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan tarifenin esas alınacağı**
düzenlenmiştir (Tarife m. 9).

²¹ Satış Giderleri Tarifesi'nin Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra, 10.03.2022
tarihinde, Adalet Bakanlığı'nın resmî internet sitesinde Tarife'nin uygulanma-
sına Ankara Batı Adliyesi (mülhakatlar hariç) yargı çevresinde 15.03.2022 tarihi
itibarıyla ilân yapılacak artırmalar hakkında başlanacağı duyurulmuştur. Bkz.
<https://iadb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/elektronik-ortamda-yapilacak-satislara-iliskin-duyuru10032022104700> (E.T. 30.03.2022).

Sonuç olarak, İcra ve İflâs Kanunu'nun 7343 sayılı Kanun'la değişik 106. maddesinde düzenlenen satış giderlerinin uygulanmaya başlanması açısından, o yerde elektronik satış uygulanmasına başlanmış olması ve malın haczedildiği tarihin tespit edilmesi gerekir (İİK geçici m. 18/2, 1. bent), ancak satış giderleri esas olarak satış talebiyle birlikte yatırılmak zorunda olup Tarife'nin yürürlüğe girdiği tarihten önce satış talep edilmiş olmasına rağmen kıymet takdiri ile muhafaza ve satış giderlerinin tamamının yatırılmadığı hâllerde bu Tarife'nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren (08.03.2022) bir yıl içinde Tarife'de belirlenen giderlerin yatırılması zorunluluğuna dikkat edilmelidir. Zira bu süre içinde giderler peşin olarak yatırılmazsa satış talebi vaki olmamış sayılır (İİK geçici m. 18/3). Adalet Bakanlığı'nın 10.03.2022 tarihli duyurusunda, "7343 sayılı Kanun ile değişik 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'na eklenen Geçici 18'inci madde hükmüne istinaden, mezkûr Yönetmelik ve Tarife'nin uygulanmasına Ankara Batı Adliyesi (mülhakatlar hariç) yargı çevresinde 15.03.2022 tarihi itibarıyla ilanı yapılacak artırmalar hakkında başlanacaktır" denilmek suretiyle açık artırmanın ilânı tarihi esas alınmış olup bu durum elektronik ortamda satışa ilişkin olarak dikkate alınmalı, buna karşılık 106. madde ve Tarife'nin uygulanmasına ilişkin kanunen haciz tarihi ve geçici madde 18/3. fıkrâ özel olarak değerlendirilmelidir.

c. Geçiş Tarihinden Önce Haczedilen Mallar Hakkında Uygulama (İİK m. 87 ve m. 110 Açısından)

7343 sayılı Kanun'la kıymet takdiri başlığını taşıyan 87. madde ile haczin kalkması başlığını taşıyan 110. maddede değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu 87. ve 110. maddedeki değişikliklerin uygulanması bakımından yukarıda açıkladığımız şekilde Adalet Bakanlığı'nın hangi il ve ilçelerde uygulamaya başlanacağına ilişkin duyurusunun (İİK geçici m. 18/2) beklenmesi gerekmektedir. Bu duyurunun yapılması kanunen geçiş tarihi olarak belirtilmektedir. 87 ve 110. maddedeki değişikliklerin uygulanması açısından, uygulamaya geçilen il ve ilçelerde, geçiş tarihinden sonra haczedilen mallar hakkında, 7343 sayılı Kanun'la değiştirilen 87. ve 110. madde hükümleri uygulanır. Geçiş tarihinden önce haczedilen mallar hakkında ise değişikliklerden önceki hükümler ile yürürlükten kaldırılan hükümlerin uygulanmasına devam olunur (İİK geçici m. 18/2, 1. bent). Bu maddelerin yeni hâllerinin uygulanması açısından haciz tarihi önem arz etmektedir.

d. Geçiş Tarihinden Önce İlân Edilen Açık Artırmalar Hakkında Uygulama

7343 sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'na elektronik ortamda satış ve bununla bağlantılı hükümler açısından getirilen değişikliklerin uygulanması bakımından, kanun koyucu açık artırmanın ilânı tarihine önem vermiştir. Genel olarak, bu değişikliklerin uygulanması bakımından yukarıda açıkladığımız şekilde Adalet Bakanlığı'nun hangi il ve ilçelerde uygulamaya başlanacağına ilişkin duyurusunun (İİK geçici m. 18/2) beklenmesi gerekmektedir. Bu duyurunun yapılması kanunen geçiş tarihi olarak belirtilmektedir. Bu geçiş tarihi belirli hâle geldikten sonra satış aşamasına geçilmiş dosyalar bakımından açık artırmanın ilân tarihi esas alınarak hangi kanuni düzenlemelerin uygulanacağı belirlenecektir. İcra ve İflâs Kanunu geçici madde 18/2. fıkrasının 2. bendinde, uygulamaya geçilen il ve ilçelerde, geçiş tarihinden sonra ilânı yapılacak açık artırmalar hakkında, 7343 sayılı Kanun'la değiştirilen 88., 114., 115., 118., 124., 126., 127., 129. ve 130. maddeler, 134. maddenin dokuz ve onuncu fıkraları ile eklenen 111/b maddesinin uygulanacağı; buna karşılık, geçiş tarihinden önce ilânı yapılmış açık artırmalar hakkında ise değişikliklerden önceki hükümler ile yürürlükten kaldırılan hükümlerin uygulanmasına devam olunacağı düzenlenmiştir. Bu anlamda açık artırmanın ilânı tarihi belirleyici olmakta, açık artırma ilânı henüz yapılmamışsa satışa ilişkin yeni düzenlemelerin uygulanması gerekmektedir. Bu anlamda satış aşamasının başlangıcı olarak nitelendirebileceğimiz satış talebi²² esas alınmamıştır, 7343 sayılı Kanun'la değişik yeni kanun hükümlerinin uygulanması açısından açık artırmanın ilân tarihi belirleyicidir.

Elektronik ortamda satışla ilgili olarak, burada İcra ve İflâs Kanunu geçici madde 18/2. fıkra 4. bende de değinmek gerekmektedir. Buna göre, geçiş tarihinden önce yapılan ilân üzerine **ihalesi gerçekleştirilemeyen ve yeniden satışı talep edilen** açık artırmalar hakkında da 7343 sayılı Kanun'la değiştirilen ve eklenen hükümler uygulanır. Bu anlamda, daha önce satış aşamasına geçilmiş ve fakat satış gerçekleşmemişse artık bundan sonra o mallar için yeni satış aşaması baki-

²² Satış talebine ilişkin değişiklikleri de içeren 106. maddenin uygulanmasında ise yeni hükümlerin uygulanması bakımından haciz tarihi önemlidir (İİK geçici m. 18/2. fıkra, 1. bent ve 3. fıkra).

mından kanundaki yeni elektronik satış hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Esasen bu durum, tamamlanmamış işlemler bakımından yeni kanun hükümlerinin uygulanması anlamında doğru bir düzenlemedir, zira satış işlemi tamamlanmadığından, eğer o il veya ilçede yeni kanuni düzenlemeler uygulamaya geçirilmişse artık yeniden başlayan satış aşamasında eski kanuni düzenlemeye tâbi olunması söz konusu olmayacaktır.

2. 7343 sayılı Kanun'la 134. maddede yapılan değişikliklerin zaman bakımından uygulanmasında birbirinden ayrılması gereken durumların bulunması

Yukarıda belirttiğimiz ikinci hâl, 134. maddeye ilişkin değişikliklerin uygulanmasıdır. Buna göre, ihalenin feshine ilişkin olarak 134. maddede 7343 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler²³, açısından birkaç

²³ 7343 sayılı Kanun'un 27. maddesi şu şekildedir: "2004 sayılı Kanun'un 134'üncü maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümleler eklenmiş, ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, maddeye ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiş, mevcut üçüncü fıkrasında yer alan "ikinci fıkrada" ibaresi "beşinci fıkrada" şeklinde değiştirilmiş, mevcut dördüncü fıkrasına "kararı verir" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve masrafını gider avansından karşılamak suretiyle dosyayı resen görevli veya yetkili icra mahkemesine gönderir" ibaresi eklenmiş, mevcut altıncı fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, mevcut yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "ihaleden" ibaresi "ihalenin yapıldığına ilişkin kararın elektronik satış portalında ilan edildiği tarihten" şeklinde değiştirilmiştir. "İhale alıcısının talebi üzerine icra dairesi, satışı yapılan taşınmazda kira sözleşmesine bağlı olarak oturan kişiye kira bedelini, diğer hâllerde ise taşınmazı kullanan kişiye bilirkişi marifetiyle tespit edilen aylık kullanım bedelini icra dairesine yatırmasını emreder. İlgili, ihtara rağmen kirayı veya belirlenen bedeli icra dairesine yatırmazsa hakkında 356'ncı madde hükmü kıyasen uygulanır. Bu şekilde depo edilen bedel, ihalenin sonucuna göre hak sahibine ödenir."

"İhalenin feshini, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 281 inci maddesinde yazılı sebepler de dâhil olmak üzere yalnız satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı ayni hak sahipleri ile pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler yurt içinde bir adres göstermek koşuluyla icra mahkemesinden şikâyet yolu ile ihale tarihinden itibaren yedi gün içinde isteyebilirler. İlgililerin ihale yapıldığı ana kadar cereyan eden muamelelerdeki yolsuzluklara en geç ihale günü ittula peyda ettiği kabul edilir."

"Satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı ayni hak sahipleri dışında kalan kişilerce yapılan ihalenin feshi talebi, ihale bedeli üzerinden nispi harca tabidir. Bu harcın yarısı talepte bulunulurken peşin olarak yatırılmak zorundadır. Talebin kabulü hâlinde bu harç başka bir kimseye yüklenmez ve istem hâlinde iade edilir. Talebin reddi hâlinde ise alınan bu harç iade edilmez ve harcın kalan kısmı ihalenin feshini isteyenden tahsil edilir.

Satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı ayni hak sahip-

farklı durumda zaman bakımından uygulama karşımıza çıkmaktadır. İcra ve İflâs Kanunu geçici madde 18/2. ve 4. fıkralarında 134. maddeye ilişkin açık düzenlemeler mevcuttur. Bu durumu da aşağıda açıklayacağımız üzere, üçe ayırarak inceleyebiliriz.

a. 7343 sayılı Kanun'la 134. maddede yapılan değişikliklerin görülmekte olan ihalenin feshi talepleri bakımından uygulanmaması (İhalenin feshi taleplerini ilgilendiren değişiklikler)

7343 sayılı Kanun'un 27. maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 134. maddesinde yapılan ve ihalenin feshini doğrudan ilgilendiren değişikliklerde, geçici madde 18/4. fıkra gereği, 30.11.2021 tarihinden önce ihalenin feshi talebiyle icra mahkemesine başvurulmuş ve yargılama devam ediyor ise (aşağıda belirttiğimiz para cezasının oranına ilişkin değişiklik hariç, çünkü bu değişiklik derdest ihalenin feshi yargılamalarında da uygulanır, İİK geçici m. 18/4) hangi derecede olursa olsun söz konusu 134. maddeye ilişkin değişiklikler derdest ihalenin feshi yargılamalarında uygulanmayacaktır. İcra ve İflâs Kanunu geçici

leri dışında kalan kişilerce yapılan ihalenin feshi talebinde, talepte bulunulurken, ilgili kişilerin muhtemel zararına karşılık olmak üzere ihale bedelinin yüzde beşi oranında teminat gösterilmesi şarttır. Talebin reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren bir ay içinde genel hükümlere göre tazminat davasının açılmaması hâlinde hükmedilen para cezasının 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tahsili için durum mahkemece tahsil dairesine bildirilir. Tahsil dairesi alınan teminattan, bildirim yapıldığı tarihten itibaren üç ay içinde para cezasını tahsil etmezse talep hâlinde teminat ilgisine iade edilir.

İhalenin feshi talebi üzerine icra mahkemesi talep tarihinden itibaren yirmi gün içinde duruşma yapar ve taraflar gelmeseler bile icap eden kararı verir. Ancak ihalenin feshi talebinin usulden reddi gereken hâllerde duruşma yapılmadan da karar verilebilir. İcra mahkemesi;

1. Satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı aynı hak sahipleri ile pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler dışında kalan kişilerce talep edilmesi nedeniyle,
2. Satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı aynı hak sahipleri dışında kalan kişiler bakımından feragat nedeniyle,
3. İşin esasına girerek,

talebin reddine karar verirse ihalenin feshini talep edeni feshi istenen ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına mahkûm eder."

"İhale kesinleşmedikçe ve ihale konusu mal alıcıya teslim edilmedikçe veya teslim hazır hâle getirilmedikçe ihale bedeli alacaklılara ödenmez. İhale konusu malın teslim edilemeyeceği veya teslim hazır hale getirilemeyeceği durumlarda ihale icra müdürü tarafından iptal olunarak ihale bedeli alıcısına ödenir."

madde 18'in yürürlüğe girdiği tarihte, ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay'da görülmekte olan ihalenin feshi talepleri hakkında bu değişikliklerin uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır.

b. İcra ve İflâs Kanunu'nun 134/9. ve 10. fıkralarının derhal uygulanmaya başlanmayacağı

Burada söz konusu olan zaman bakımından uygulamaya ilişkin durum sadece, 134. maddenin 7343 sayılı Kanun'la değiştirilen yeni 9. fıkrası²⁴ ve 10. fıkrasına²⁵ ilişkindir. Söz konusu 9. ve 10. fıkra, yukarıda değindiğimiz 111/b maddesinin uygulanmasına ilişkin Yönetmelik çıkarılması ve sonrasında Adalet Bakanlığı'nın duyurusu ile uygulanmaya başlayacak hükümler arasında sayılmıştır (İİK geçici m. 18/2). Zira bu fıkralarda yapılan değişiklikler mahcuzun teslimine hazır hâle getirilmesine (7343 s. Kanun'la değişik m. 88) ve elektronik satışa ilişkin olup söz konusu hükümlerdeki değişikliklerin uygulanması da geçici madde 18/2. fıkrasına tâbidir.

c. İhalenin feshinde uygulanacak para cezası oranının²⁶ görülmekte olan ihalenin feshi taleplerini de kapsayacak şekilde derhal uygulanmaya başlandığı

Yukarıda belirttiğimiz üçüncü hâlde, İcra ve İflâs Kanunu geçici madde 18/4. fıkrası çerçevesinde, ihalenin feshinde uygulanacak para cezası oranının derhal uygulanmaya başlaması kabul edilmiştir. Buna göre, kural olarak, 134. maddede 7343 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin,²⁷ bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte ilk derece

²⁴ 134. maddenin 7343 sayılı Kanun'la değişik 9. fıkrası: "(Değişik: 7343 s. K. m. 27) İhale kesinleşmedikçe ve ihale konusu mal alıcıya teslim edilmedikçe veya teslimine hazır hâle getirilmedikçe ihale bedeli alıcılara ödenmez. İhale konusu malın teslim edilemeyeceği veya teslimine hazır hale getirilemeyeceği durumlarda ihale iptal olunarak ihale bedeli alıcısına ödenir".

²⁵ 134. maddenin 7343 sayılı Kanun'la değişik 10. fıkrası: "Satış ilânı tebliğ edilmemiş veya satılan malın esaslı vasıflarındaki hataya veya ihalede fesada bilâhare vakıf olunmuşsa şikâyet müddeti ittila tarihinden başlar. Şu kadar ki, bu müddet (Değişik ibare: 7343 s. K. m. 27) ihalenin yapıldığına ilişkin kararın elektronik satış portalında ilan edildiği tarihten itibaren bir seneyi geçemez".

²⁶ 134. maddede yer alan "yüzde onu oranında" ibaresi, 7343 sayılı Kanun'la "yüzde onuna kadar" şeklinde değiştirilmiştir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Pekcanutez/Akkan/Erişir, m. 134, s. 156, dn. 206.

²⁷ 7343 sayılı Kanun'un 27. maddesi ile 134. maddede çok sayıda değişiklik yapılmış

mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay'da görülmekte olan ihalenin feshi talepleri hakkında uygulanmayacağı kabul edilmişse de, ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına mahkûmiyete ilişkin hüküm görülmekte olan ihalenin feshi talepleri hakkında uygulanacaktır. Temyiz kanun yolu incelemesi aşamasında bulunan dosyalar bakımından, para cezasının oranına ilişkin olarak yapılan değişiklik tek başına bozma nedeni yapılamaz. Yargıtay değişikliği uygulamak suretiyle hükmü düzeltebilir. Özet bir ifadeyle 134. maddede ihalenin feshiyle ilgili yapılan değişikliklerden, para cezası oranına ilişkin değişiklik, görülmekte olan ihalenin feshi taleplerinde, yargılama hangi derecede olursa olsun derhal uygulanmaya başlanacaktır.

d. Kanun'un 134/1. fıkrasında yapılan ihalenin neticesine ilişkin değişikliğin derhal uygulanmaya başlandığı

Nihayet, İcra ve İflâs Kanunu'nun 134. maddesinin 7343 sayılı Kanun'la birinci fıkrasına eklenen cümlelerin²⁸ de derhal yürürlüğe girdiğini ve uygulandığını belirtmek gerekir.²⁹ Zira söz konusu fıkraya eklenen cümlelerin ihalenin feshi yargılamasıyla ilgisi olmadığı gibi, geçici madde 18'de daha sonra uygulanmaya başlanacağına ilişkin bir düzenleme de olmadığından, genel yürürlük maddesi olan, 7343 sayılı Kanun'un Resmî Gazete'de yayımlanma tarihi yani 30.11.2021 tarihi, 134. maddenin 1. fıkrasının uygulanması açısından esas alınmalıdır.

3. Geçici madde 18 kapsamında değinilmeyen ve İcra ve İflâs Kanunu'nda ek veya değişiklik getiren diğer hükümlerin derhal uygulanmaya başlandığı

İcra ve İflâs Kanunu'nun geçici madde 18 kapsamı dışında kalan ve 7343 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte derhal uygulanmaya başlamıştır. Derhal uygulanmaya

olup bu başlıkta sadece ihalenin feshinde uygulanacak para cezası oranından söz edilmiştir. Diğer değişiklikler yukarıda değerlendirilmiştir.

²⁸ 7343 sayılı Kanun'un 27. maddesi ile 134. maddenin birinci fıkrasına eklenen cümleler şu şekildedir: "(Ek cümleler: 7343 s. K. m. 27) İhale alıcısının talebi üzerine icra dairesi, satışı yapılan taşınmazda kira sözleşmesine bağlı olarak oturan kişiye kira bedelini, diğer hâllerde ise taşınmazı kullanan kişiye bilirkişi marifetiyle tespit edilen aylık kullanım bedelini icra dairesine yatırmasını emreder. İlgili, ihtara rağmen kirayı veya belirlenen bedeli icra dairesine yatırmazsa hakkında 356'ncı madde hükmü kıyasen uygulanır. Bu şekilde depo edilen bedel, ihalenin sonucuna göre hak sahibine ödenir."

²⁹ Pekcanitez/ Akkan/ Erişir, m. 134, s. 160, dn. 209.

başlayan değişiklikler ise İcra ve İflâs Kanunu'na 7343 sayılı Kanun'la eklenen veya değiştirilen, 1., 3/a, 4., 13., 36., 97/a, 111., 111/a³⁰, 128/a, 134.,³¹ 135. ve 142/a maddeleridir.

C. Çocuk Koruma Kanunu Geçici Madde 2 ve Zaman Bakımından Uygulamaya İlişkin Durum

1. Çocuk Teslimi veya Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Aile Mahkemeleri Tarafından Verilen İlâm veya Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine İlişkin Hükümler Bakımından

7343 sayılı Kanun'un 39. maddesi ile 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'na 41. maddeden sonra gelmek üzere "Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması" başlığını taşıyan Dördüncü Kısım eklenerek 41/A ilâ 41/İ maddeleri getirilmiştir. Bu kısımda yer alan maddelerde ayrıntılı olarak çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair aile mahkemeleri tarafından verilen ilâm veya tedbir kararlarının, Adalet Bakanlığı'nca kurulan adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüklerince nasıl yerine getirileceği düzenleme altına alınmıştır.

Çocuk Koruma Kanunu 41/A ve devamı maddeleri gereğince çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair aile mahkemeleri tarafından verilen ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin hükümler de 30.11.2021 tarihinde yürürlüğe girmiş (7343 s. K. m. 57) ve bu hükümlerin uygulanması bakımından 7343 sayılı Kanun'la Çocuk Koruma Kanunu'na geçici madde 2³² eklenmiştir.

³⁰ İcra ve İflâs Kanunu'nda satışa ilişkin olarak yapılan önemli değişikliklerden biri olan rızai satış açısından (borçluya satış yetkisi verilmesi-İİK m. 111/a) kanunen Yönetmelik çıkarılması zorunlu olmasına rağmen (İİK m. 111/a, son fıkra), rızai satış hakkında Yönetmelik beklenmeden uygulamaya derhal geçilmesi söz konusu olmuştur. Bu durum, 7343 sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişikliklerde İcra ve İflâs Kanunu'nun 111/b maddesinin son fıkrası gereğince elektronik satışa ilişkin değişikliklerin kanunun yayımı tarihinden itibaren 6 ay içinde çıkarılacak Yönetmeliğe bağlı olarak uygulanmaya başlanması (İİK geçici m. 18/1) ile arasında da fark olduğunu göstermektedir.

³¹ 134. maddede yer alan doğrudan ihalenin feshini ilgilendiren hükümler ile 134. maddenin 9. ve 10. fıkraları hariç olmak üzere (İİK geçici m. 18/2).

³² "Geçici Madde 2 - (1) Bu Kanun'un Dördüncü Kısımının uygulanmasına ilişkin yönetmelik, bu maddeyi ihdas eden Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde çıkarılır.

(2) Bu Kanun'un Dördüncü Kısımının uygulanmasına, Adalet Bakanlığı'nca belirlenen il veya ilçelerde başlanır ve birinci fıkra uyarınca çıkarılan yönetmeliğin

İcra ve İflâs Kanunu'nda 7343 sayılı Kanun'la yapılan bazı değişikliklerde olduğu gibi burada da çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair aile mahkemeleri tarafından verilen ilâm veya tedbir kararlarının, Çocuk Koruma Kanunu çerçevesinde yerine getirilmesi, 7343 sayılı Kanun'un Resmî Gazete'de yayımlandığı anda yürürlüğe girmekle birlikte tüm ülkede derhal uygulanması tercih edilmemiş, uygulama zamana yayılmıştır.

Çocuk Koruma Kanunu'nda cezai hüküm hariç, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin yapılan değişikliklerin uygulanması bakımından geçici madde 2 gereği aşağıdaki hususlar önemlidir:

yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç bir yılın sonunda ülke genelinde uygulamaya geçilir. Dördüncü Kısımın hangi il veya ilçede ne zaman uygulanacağı Adalet Bakanlığı'nın resmî internet sitesinde duyurulur.

(3) İkinci fıkra uyarınca Dördüncü Kısım henüz uygulanmadığı yerlerde, 9.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun, bu maddeyi ihdas eden Kanun'la yürürlükten kaldırılan 25, 25/a ve 25/b maddelerinin uygulanmasına devam olunur.

(4) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleşen ve 2004 sayılı Kanun'un mülga 341'inci maddesi kapsamında kalan eylemlere ilişkin şikâyetler, icra mahkemelerince sonuçlandırılır.

(5) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra;

a) Üçüncü fıkra gereğince 2004 sayılı Kanunun mülga 25, 25/a, 25/b maddeleri uyarınca icra dairelerince,

b) Dördüncü Kısım gereğince müdürlüklerce, yürütülen çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulması sürecindeki emre veya kararın yerine getirilmesine muhalefet eylemleri bakımından 41/F maddesi uygulanır.

(6) İkinci fıkra uyarınca Dördüncü Kısımın uygulanmaya başlandığı il ve ilçelerde, çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasına ilişkin derdest takip dosyaları, icra dairesince teslim veya kişisel ilişki kurulması işlemleriyle sınırlı olmak üzere resen işleminden kaldırılır. Şu kadar ki, çocuğun, bu tarih itibarıyla kişisel ilişki kurulması kapsamında hak sahibinde bulunduğu hâller bakımından dosya, çocuğun yükümlüye teslim edilmesinden sonra işleminden kaldırılır.

(7) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrası için icra daireleri nezdinde yapılacak takip işlemleri, 492 sayılı Kanun ile diğer kanunlar uyarınca alınması gereken tüm harçlardan istisnadır. İşlemleri yerine getiren icra müdürlerine 8.5.1991 tarihli ve 3717 sayılı Adli Personel ile Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Gideri ve Tazminat Verilmesi ile 492 Sayılı Harçlar Kanunu'nun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun'un 2'nci maddesinde, uzman ve öğretmenlere ise 41/H maddesinde belirtilen esaslara göre ücret ödenir. Bu iş ve işlemler için yapılacak tüm masraflar, avukatlık ücreti hariç, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Adalet Bakanlığınca belirlenir.

(8) Bu maddede kabul edilen usul ve esaslar, 22.11.2007 tarihli ve 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun uyarınca yapılacak çocuk teslim işlemleri bakımından da uygulanır."

- Çocuk Koruma Kanunu'nun Dördüncü Kısımının uygulanmasına ilişkin Yönetmelik çıkarılması ve söz konusu Yönetmeliğin, 7343 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 30.11.2021 tarihinden itibaren altı ay içinde çıkarılması
- Çocuk Koruma Kanunu'nun Dördüncü Kısımının uygulanmasına, Adalet Bakanlığınca belirlenen il veya ilçelerde başlanması
- Çocuk Koruma Kanunu'nun Dördüncü Kısımının uygulanmasına ilişkin Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç bir yılın sonunda Dördüncü Kısımın ülke genelinde uygulamaya geçilmesi
- Çocuk Koruma Kanunu'nun Dördüncü Kısımının hangi il veya ilçede ne zaman uygulanacağı Adalet Bakanlığının resmî internet sitesinde duyurulması
- Çocuk Koruma Kanunu geçici madde 2/2 gereğince, Dördüncü Kısımın henüz uygulanmadığı yerlerde, İcra ve İflâs Kanunu'nun, 7343 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılan 25, 25/a ve 25/b maddelerinin uygulanmasına devam olunması
- Çocuk Koruma Kanunu geçici madde 2/2 gereğince, Dördüncü Kısımın uygulanmaya başlandığı il ve ilçelerde, çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasına ilişkin derdest takip dosyalarının, icra dairesince teslim veya kişisel ilişki kurulması işlemleriyle sınırlı olmak üzere re'sen işlem den kaldırılması, (İstisna: Çocuğun, bu tarih itibarıyla kişisel ilişki kurulması kapsamında hak sahibinde bulunduğu hâller bakımından dosya, çocuğun yükümlüye teslim edilmesinden sonra işlem den kaldırılır.)
- Çocuk Koruma Kanunu geçici madde 2'nin yürürlüğe girdiği 30.11.2021 tarihinden itibaren çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrası için icra daireleri nezdinde yapılacak takip işlemlerinin, 492 sayılı Kanun ile diğer kanunlar uyarınca alınması gereken tüm harçlardan istisna olması (İşlemleri yerine getiren icra müdürlerine 08.05.1991 tarihli ve 3717 sayılı Adli Personel ile Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Gideri ve Tazminat Verilmesi ile 492 Sayılı Harçlar Kanunu'nun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanunun 2. maddesinin

de, uzman ve öğretmenlere ise 41/H maddesinde belirtilen esaslara göre ücret ödenir. Bu iş ve işlemler için yapılacak tüm masraflar, avukatlık ücreti hariç, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar Adalet Bakanlığınca belirlenir.).

Çocuk Koruma Kanunu geçici madde 2, 7343 sayılı Kanun'un yayımı tarihinde yürürlüğe girmiş olup Adalet Bakanlığı'nın duyurusu ile belirlenen il ve ilçelerde derhal uygulanmasına başlanacaktır. Bu anlamda, kanuni düzenleme gereği, Çocuk Koruma Kanunu geçici madde 2'nin, İcra ve İflâs Kanunu'nun geçici 18. maddesinde belirtilen Yönetmelik çıkarıldıktan sonra değişikliklerin uygulamaya geçilmesi düzenlemesinden ayrıldığı belirtilmelidir. Söz konusu maddede Çocuk Koruma Kanunu'nun Dördüncü Kısımının uygulanması Yönetmelik çıkarılması şartına bağlanmamış, Adalet Bakanlığı'nın resmî internet sitesinde duyurusu (ÇKK geçici m. 2/2) esas alınmıştır.

2. Çocuk Teslimi veya Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlâm veya Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Muhalefet Bakımından

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine muhalefet bakımından düzenlenen yaptırıma ilişkin hükmün uygulanmasında aşağıdaki hususlar tespit edilebilir:

- 7343 sayılı Kanununun 32. maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 341. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.
- Çocuk Koruma Kanunu geçici madde 2'nin yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleşen ve İcra ve İflâs Kanunu'nun mülga 341. maddesi kapsamında kalan fiillere ilişkin şikâyetler, icra mahkemelerince sonuçlandırılır.
- Çocuk Koruma Kanunu geçici madde 2'nin yürürlüğe girdiği tarihten **sonra**;
- Çocuk Koruma Kanunu geçici madde 2/3. fıkra gereğince Çocuk Koruma Kanunu'nun Dördüncü Kısımının henüz uygulanmadığı yerlerde İcra ve İflâs Kanunu'nun mülga 25, 25/a, 25/b maddeleri uyarınca icra dairelerince,

- Çocuk Koruma Kanunu'nun Dördüncü Kısmı gereğince müdürlüklerce, yürütülen çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulması sürecindeki emre veya kararın yerine getirilmesine muhalefet fiilleri bakımından Çocuk Koruma Kanunu'nun 41/F maddesi uygulanır.

Sonuç olarak, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine muhalefete ilişkin yaptırım (ÇKK m. 41/F), 7343 sayılı Kanunun Resmî Gazete'de yayımlandığı 30.11.2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Aynı tarihte İcra ve İflâs Kanunu'nun çocuk teslimi emrine muhalefetin cezasına ilişkin hüküm (İİK m. 341) yürürlükten kaldırılmıştır. Sonuç olarak, Çocuk Koruma Kanunu geçici madde 2 hükmü çerçevesinde, 30.11.2021 tarihinden önce gerçekleşen mülga 341. madde kapsamında kalan fiillere ilişkin şikâyetler, icra mahkemelerince sonuçlandırılacak, 30.11.2021 tarihinden sonra gerçekleşen fiiller bakımından Çocuk Koruma Kanunu'nun 41/F maddesi uygulanacaktır.

Çocuk Koruma Kanunu'nun geçici madde 2/3. fıkrasında, henüz Çocuk Koruma Kanunu'nun uygulanmadığı yerlerde, İcra ve İflâs Kanunu'nun, 7343 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılan 25, 25/a ve 25/b maddelerinin uygulanmasına devam olunacağı belirtilmiş olup burada uygulanmasına devam edilecek maddeler arasında mülga 341. madde sayılmadığından ve Çocuk Koruma Kanunu'nun geçici madde 2/3. ve 4. fıkralarının birlikte değerlendirilmesinden, 30.11.2021 tarihinden itibaren mülga 341. maddenin uygulanmayacağı sonucuna varılmıştır; bu anlamda bir yerde Çocuk Koruma Kanunu'nun Dördüncü Kısmının uygulanmasına başlanmış olup olmaması fark etmesizin cezai yaptırım olarak Çocuk Koruma Kanunu'nun 41/F maddesi uygulama alanı bulacaktır.³³ Esasen burada değerlendirilmesi gereken konu, 30.11.2021 tarihinden önce gerçekleşen mülga 341. madde kapsamında kalan fiillere ilişkin şikâyetler hakkında, mülga 341. maddenin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Burada dikkat edilmesi ve ayrılması gereken nokta, çocuk teslimi emrine muhalefet fiilinin ne zaman işlenmiş olduğudur.

³³ Derya Belgin Güneş, "7343 sayılı Kanun'da Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlâmların ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine İlişkin Geçiş Hükümleri", (<https://blog.lexpera.com.tr/7343-sayili-kanunda-cocuk-teslimi-ve-cocukla-kisisel-iliski-kurulmasına-dair-ilamlarin-ve-tedbir-kararlarinin-yerine-getirilmesine-iliskin-gecis-hukumleri/>).

Çocuk Koruma Kanunu geçici madde 2/3., 4. ve 5. fıkralar, temelinde, fiilin işlenme tarihini ve Çocuk Koruma Kanunu geçici madde 2'nin yürürlüğe giriş tarihini dikkate alarak birkaç farklı husus düzenlemiştir. Bunlardan birincisi, Çocuk Koruma Kanunu'nun Dördüncü Kısımının henüz uygulanmadığı yerlerde, İcra ve İflâs Kanunu'nun, 7343 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılan 25, 25/a ve 25/b maddelerinin uygulanmasına devam olunacağı; ikincisi, 30.11.2021 tarihinden önce gerçekleşen İcra ve İflâs Kanunu'nun mülga 341. maddesi kapsamında kalan fiillere ilişkin şikâyetlerin, icra mahkemelerince sonuçlandırılacağı; üçüncüsü ise 30.11.2021 tarihinden sonra ister İcra ve İflâs Kanunu'nun mülga 25, 25/a, 25/b maddeleri uyarınca icra dairelerince, isterse Çocuk Koruma Kanunu'nun Dördüncü Kısım gereğince müdürlüklerce yürütülsün, çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulması sürecindeki emre veya kararın yerine getirilmesine muhalefet fiilleri bakımından Çocuk Koruma Kanunu'nun 41/F maddesinin uygulanacağıdır. Görüldüğü üzere, 30.11.2021 tarihinden sonra gerçekleşen çocuk teslimi emrine muhalefet fiillerinde Çocuk Koruma Kanunu'nun 41/F maddesindeki yaptırımın uygulanacağı açıktır (ÇKK geçici m. 2/5). Ancak geçici madde 2/4. fıkra ve 5. fıkra, 30.11.2021 tarihinden önceki fiiller bakımından, doğrudan mülga 341. maddenin uygulanıp uygulanmayacağına cevap vermemektedir. Zira geçici madde 2/4. fıkra, görevli mahkemeye³⁴ ilişkin bir düzenleme olup burada 30.11.2021 tarihinden önce gerçekleşen ve mülga 341. madde kapsamında kalan fiillere hangi hükmün (İİK mülga m. 341 veya ÇKK m. 41/F) uygulanacağı açıkça düzenlenmemiştir. Bunun yanında, geçici madde 2/5. fıkra ise (cezai) yaptırımlarda geçerli olan "derhal yürürlüğe girme" ilkesi gereği, 30.11.2021 tarihinden itibaren (bu tarihten sonra gerçekleşen fiiller bakımından), yürürlüğe giren yeni hüküm çerçevesinde, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine muhalefet fiillerinde, artık Çocuk Koruma Kanunu'nun 41/F maddesinin uygulanmasına ilişkindir, zira İcra ve İflâs Kanunu'nun 341. maddesi 30.11.2021 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Bu sebeple sorulması

³⁴ Kanun koyucu, 30.11.2021 tarihinden önce gerçekleşen ve İcra ve İflâs Kanunu'nun mülga 341. maddesi kapsamında kalan fiillere ilişkin şikâyetler bakımından dosyaların aile mahkemelerine devrine engel olmayı amaçlayarak icra mahkemesinin görevli olduğunu düzenlemiştir, bu tarihten sonra gerçekleşen fiiller bakımından ise aile mahkemeleri görevli olacaktır (ÇKK m. 41/F, 4).

gereken soru şudur: 30.11.2021 tarihinden önce gerçekleşen ve icra (ceza) mahkemesinde şikâyet yargılaması devam eden veya henüz şikâyet süresi³⁵ sona ermemiş olan mülga 341. madde kapsamındaki fiiller bakımından Çocuk Koruma Kanunu'nun 41/F maddesi uygulanacak mıdır? Yani disiplin hapsi olarak nitelendirilen bu (cezai) hüküm geçmişe yürüyecek midir? Çocuk Koruma Kanunu geçici madde 2/5. fıkrada yer alan, fiilin gerçekleşme tarihi ile ilişkilendirilmeksizin, 30.11.2021 tarihinden sonra, icra daireleri veya müdürlüklerce *yürütülen* çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulması *sürecindeki* emre veya kararın yerine getirilmesine muhalefet fiilleri bakımından 41/F maddesinin uygulanacağı düzenlemesinden, devam eden takip süreçlerinde işlenen yeni fiiller 41/F maddesi kapsamına alınıyorsa da, lafzen 30.11.2021 tarihinden önce başlamış süreçlerde de önceden işlenen fiiller bakımından 41/F maddesi uygulanır sonucuna varmak mümkün olabilir mi? Bu soruya cevap vermek için Çocuk Koruma Kanunu'nun 41/F madde düzenlemesinin (ve yaptırımın) niteliği ile bu maddenin zaman bakımından uygulanmasında hangi ilkenin/ilkelere geçerli olabileceği ve bunlar yanında, disiplin hapsini gerektiren ve 41/F maddesinde düzenlenen fiillerin suç olup olmadığı birlikte değerlendirilmelidir.

Çocuk Koruma Kanunu'nun 41/F maddesi, ceza muhakemesine ilişkin bir düzenleme olsaydı, kural olarak, derhal uygulama ilkesinin geçerli olduğu ve geçmişe yürümenin kabul edilmeyeceği sonucuna varılırdı, daha açık ifadeyle lehe veya aleyhe kanun değerlendirmesi yapılmazdı.³⁶ Ancak Çocuk Koruma Kanunu'nun 41/F maddesi ceza

³⁵ Buna göre, İcra ve İflâs Kanunu'nun mülga 341. maddesindeki fiilden dolayı şikâyet hakkı, fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl geçmekle düşer (İİK m. 347).

³⁶ Ceza muhakemesine ilişkin kanunların zaman bakımından uygulanması hakkında bkz. Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2021, s. 141; Bahri Öztürk (Editör), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2021, s. 40-41; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2021, s. 148; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2021, s. 97-100; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2021, s. 124; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2021, s. 107-108; Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 12. Bası, Ankara 2021, s. 39-43; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2021, s. 77.

muhakemesi hükmü olmadığı gibi kabahat kapsamında da değerlendirilemez.³⁷ Bu sonuçtan hareketle disiplin hapsinin uygulanmasını kabul eden 41/F maddesinin suç olarak nitelendirilebilecek fiilleri düzenleyip düzenlemediği ve maddede kabul edilen disiplin hapsinin ceza hükmü olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı sorulmalıdır. Zira 41/F maddesindeki fiiller suç kapsamında değerlendirilirse ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanmasında derhal uygulama ilkesi geçerli olmakla birlikte Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesi³⁸ çerçevesinde, lehe olan kanunun uygulanmasının da (ceza kanunlarının geçmişe yürümesi yasağının istisnası- lehe kanunun geçmişe yürümesi) söz konusu olduğu görülmektedir.³⁹ Çocuk Koruma Kanunu'nun 41/F maddesinde kabul edilen yaptırım, disiplin hapsidir. Disiplin hapsi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tanımlanmıştır

³⁷ Bkz. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (RG 31.03.2005, S. 25772). Kabahatler Kanunu m. 2: "Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır". Kabahatler Kanunu m. 1: "Bu Kanun'da; toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla; çeşitli kabahatler tanımlanmıştır".

³⁸ "Zaman bakımından uygulama
Madde 7- (1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüşse infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.
(2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.

(3) (Değişik: 29.6.2005 - 5377/2 md.) Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır.

(4) Geçici veya süreli kanunların, yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir."

³⁹ Demirbaş, s. 143; Koca/Üzülmez, s. 74 vd.; Öztürk/Erdem, s. 140 vd., s. 143; Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Genel, s. 123 vd.; Yenisey/Nuhoğlu, s. 107. 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrasına göre: "Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir". Lehe kanunun uygulanmasında, eski ve yeni düzenlemelerin sadece lehe kısımlarının birlikte değerlendirilerek ceza verilmesi söz konusu olmayıp ya eski ya da yeni kanunun (hüküm) uygulanması gerekmektedir, bu anlamda her iki kanun ayrı ayrı değerlendirilir ve sonuca bakılarak karşılaştırma yapılır, lehe olan hangi kanunsa (hüküm) o uygulanır (Demirbaş, s. 145; Koca/Üzülmez, s. 80-81; Öztürk/Erdem, s. 149-150; Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Genel, s. 128; Yenisey/Nuhoğlu, s. 107). Lehe kanunun geçmişe etkili olarak uygulanmasının, yalnızca maddi ceza hukuku hükmündeki kanunlar bakımından geçerli olduğu belirtilmiştir (Öztürk/Erdem, s. 144).

(CMK m. 2/1, 1). Buna göre, “Disiplin hapsi: Kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, ön ödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adlî sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapsi ifade eder”. Kamusal faaliyetin yürütülmesi amacıyla getirilmiş kurallara aykırı davranışta bulunanların, bu kurallara uygun davranmasının sağlanması için disiplin yaptırımı olarak disiplin hapsi karşımıza çıkmaktadır.⁴⁰ Disiplin hapsi, hapis cezasından farklı olup kişinin belli bir süreye kadar hürriyetinden mahrum bırakılması dışında başka bir hukukî sonucu yoktur. Ceza Muhakemesi Kanunu’nda verilen tanım kapsamında, disiplin hapsi, hapis cezası olmadığından, kanunlarda adlî cezalarla ilgili olarak getirilen düzenlemeler, disiplin hapsi hakkında uygulanmayacaktır.⁴¹ Disiplin hapsi kararlarının infazına ilişkin ayrıntılar, 28.03.2020 tarihli ve 2324 sayılı Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik’te⁴² düzenlenmiş olup bu çerçevede, disiplin hapsi kararları, tekerrüre esas olmaz, koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz ve adlî sicil kayıtlarına işlenmez (Yön. m. 145/4). Bütün bu açıklamalardan hareketle Çocuk Koruma Kanunu’nun 41/F maddesinde düzenlenen fiilin ceza kanunları anlamında suç tanımına⁴³ girmediği ve maddede kabul edilen disiplin hapsinin de Türk Ceza Kanunu anlamında (TCK m. 45) bir ceza⁴⁴ olmadığı sonucuna varılabilir. Ancak disiplin hapsinin Türk Ceza Kanunu anlamında bir ceza olmaması, bu hapis cezasına ilişkin olarak ceza kanunlarının sağladığı güvencelerden mahrum kalmasını da gerektirmez, zira ister suç karşılığında verilen hapis cezaları olsun isterse disiplin hapsi olsun her iki durumda da

⁴⁰ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2021, s. 877; Mahmut Coşkun, İcra-İflâs Suçları Disiplinsizlik Eylemleri ve Yargılama Usûlü, 7. Baskı, Ankara 2021, s. 270; Koca/Üzülmez, s. 568. Disiplin hapsi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Coşkun, s. 274 vd.

⁴¹ Özgenç, s. 878; Coşkun, s. 269.

⁴² RG 29.03.2020, S. 31083.

⁴³ Türk Ceza Hukukunda suç tanımıyla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Demirbaş, s. 210 vd.; Koca/Üzülmez, s. 43-44, 85 vd.; Öztürk/Erdem, s. 161 vd.; Özgenç, s. 159 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Genel, s. 207.

⁴⁴ Türk Ceza Kanunu bakımından yaptırımla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Demirbaş, s. 601 vd.; Koca/Üzülmez, s. 561 vd. özellikle TCK’da düzenlenen hapis cezaları hakkında bkz. s. 567 vd., Özgenç, s. 769 vd.; Öztürk/Erdem, s. 490 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Genel, s. 589 vd. Hapis cezası ve disiplin hapsinin farklı ve ortak yönleri bakımından karşılaştırması için bkz. Özgenç, s. 877 vd.

kişi hürriyetinden mahrum bırakılmaktadır.⁴⁵ Bu sebeple her ne kadar disiplin hapsini gerektiren 41/F maddesindeki fiillerde, ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin özellikle lehe kanunun geçmişe yürümesi ilkesinin doğrudan geçerli olamayacağı düşünülebilirse de, nihayetinde kişiyi hürriyetinden mahrum bırakan bir yaptırım söz konusu olduğundan, burada da lehe kanunun tespit edilerek uygulanması sağlanmalıdır. Bu durum, insan haklarının, temel hak ve özgürlüklerin, Anayasa'nın ve hukuk devleti ilkesinin gereği olarak düşünülmelidir. Bu sebeple 30.11.2021 tarihinden önce gerçekleşmiş ve mülga 341. madde kapsamında kalan fiiller hakkında, İcra ve İflâs Kanunu'nun mülga 341. maddesi ile Çocuk Koruma Kanunu'nun 41/F maddesi bütün olarak somut olay açısından sonuç itibarıyla karşılaştırılarak lehe olan hükmün uygulanmasına karar verilmelidir. Buna göre, kural olarak lehe kanun uygulaması bakımından, her iki maddenin de bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda bir karşılaştırma yapılması söz konusu olsa da, mülga 341. maddedeki yaptırımın 6 aya kadar tazyik hapsi, Çocuk Koruma Kanunu'nun 41/F maddesindeki yaptırımın ise çocuk teslimine ilişkin ilâm ve tedbirlerde 3 aya kadar disiplin hapsi ile çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâm ve tedbirlerde üç günden on güne kadar disiplin hapsi olduğu görülmektedir ki, kural olarak ilk görünüş itibarıyla Çocuk Koruma Kanunu yaptırım bakımından daha lehedir. Bundan başka, mülga 341. madde ile 41/F maddesi arasında, çocuk teslimi ile çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik fiillerin ayrı yaptırımlara bağlanması ve şikâyet süresi bakımından da farklar bulunduğu ve sonraki değişiklik ile getirilen bu farkların da kural olarak daha lehe olduğu görülmektedir.

II. 7343 sayılı Kanun'la Değişen, Eklenen Hükümlerin ve Yürürlükten Kaldırılan Hükümlerin Zaman Bakımından Uygulanması

A. 7343 sayılı Kanun'un Yayımı Tarihinde Derhal Uygulanan Hükümler

İcra ve İflâs Kanunu geçici madde 18 kapsamı dışında kalan 7343 sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişiklikler,

⁴⁵ Coşkun, s. 270.

Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte derhal uygulanmaya başlamıştır. Derhal uygulanmaya başlayan değişiklikler İcra ve İflâs Kanunu'na 7343 sayılı Kanun'la eklenen veya değiştirilen, 1., 3/a, 4., 13., 36., 97/a, 111., 111/a, 128/a, 134.,⁴⁶ 135. ve 142/a maddeleridir.

B. İcra ve İflâs Kanunu Geçici Madde 18 Kapsamında Yer Alan Hükümler

İcra ve İflâs Kanunu geçici madde 18 çerçevesinde derhal uygulanması söz konusu olmayan ve kural olarak 111/b maddesine ilişkin Yönetmeliğin yayımlanmasından itibaren adım adım uygulanmaya başlayacak hükümler (geçici madde 18/1. ve 2. fıkra çerçevesinde yer alan hükümler), İcra ve İflâs Kanunu'na 7343 sayılı Kanunla eklenen veya değiştirilen, 87., 88., 106., 110., 111/b, 114., 115., 118., 124., 126., 127., 129., 130., 242. ve 244. maddeleri ile 134. maddenin 9 ve 10. fıkralarıdır.

C. Çocuk Koruma Kanunu Geçici Madde 2 Kapsamında Yer Alan Hükümler

7343 sayılı Kanun'la eklenen Çocuk Koruma Kanunu'nun Dördüncü Kısımının uygulanmasına (ÇKK m. 41/A- m. 41/İ), Adalet Bakanlığınca belirlenen il veya ilçelerde başlanması söz konusudur.

Çocuk Koruma Kanunu geçici madde 2/2. fıkra gereğince, Dördüncü Kısım henüz uygulanmadığı yerlerde, İcra ve İflâs Kanunu'nun 7343 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 25, 25/a ve 25/b maddelerinin uygulanmasına devam olunacaktır.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair cezai hüküm bakımından, 30.11.2021 tarihinden önce gerçekleşen mülga 341. madde kapsamında kalan fiillere ilişkin şikâyetler, icra mahkemelerince sonuçlandırılacak, 30.11.2021 tarihinden sonra gerçekleşen fiiller bakımından Çocuk Koruma Kanunu'nun 41/F maddesi uygulanacaktır.

D. Yürürlükten Kaldırılan Hükümler

7343 sayılı Kanun'un 32. maddesine göre, İcra ve İflâs Kanunu'nun 25., 25/a, 25/b, 133. ve 341. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. An-

⁴⁶ 134. maddede yer alan doğrudan ihalenin feshini ilgilendiren hükümler ile 134. maddenin 9. ve 10. fıkraları hariç olmak üzere (İİK geçici m. 18/2).

cak değişikliklerin tüm ülkede aynı anda uygulanması söz konusu olamayacağından, yürürlükten kaldırılan hükümlerin de yeni ve değiştirilen hükümler uygulanana kadar adeta yürürlükteymiş gibi uygulanmaya devam etmesi söz konusu olacaktır. 7343 sayılı Kanun'un 32. maddesi çerçevesinde yürürlükten kaldırılan hükümlerin bir süre daha uygulanması bakımından aşağıdaki tespitler yapılabilir:

Çocuk Koruma Kanunu'nun Dördüncü Kısımının henüz uygulanmaya başlamadığı il ve ilçeler bakımından İcra ve İflâs Kanunu'nun yürürlükten kaldırılan 25., 25/a, 25/b maddeleri uygulanmaya devam edilecektir.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair yaptırım bakımından, 30.11.2021 tarihinden önce gerçekleşen 341. madde kapsamında kalan fiillere⁴⁷ ilişkin şikâyetler, icra mahkemelerince sonuçlandırılacaktır.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 133. maddesi 7343 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılmış olup elektronik satışa ilişkin 7343 sayılı Kanun'la getirilen yeni düzenlemelerin uygulanmaya başladığı yerlerde (İİK geçici m. 18/1. ve 2. fıkraya gereği) artık 133. madde de uygulanmayacaktır. Ancak bir yerde henüz elektronik satışa ilişkin hükümler uygulanmaya başlamamışsa 133. madde o il ve ilçeler bakımından yürürlükte dir.

E. Diğer Hükümler

Elektronik ortamda satış konusunda İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişiklikler açısından rehnin paraya çevrilmesine ilişkin olarak açıklayıcı bir geçici hükme ihtiyaç duyulmuştur. Buna göre, İcra ve İflâs Kanunu geçici madde 18/2. fıkraya çerçevesinde, Adalet Bakanlığı'nun duyurusu üzerine uygulamaya geçilen il ve ilçelerde, taşınır rehninin veya ipotegin paraya çevrilmesi, iflâs tasfiyesi ve ortaklığın giderilmesine ilişkin satışlar bakımından, geçiş tarihinden sonra ilânı yapılacak açık artırmalar hakkında 7343 sayılı Kanun'la değiştirilen ve eklenen hükümler uygulanır. Geçiş tarihinden önce ilânı yapılmış açık artırmalar hakkında ise değişikliklerden önceki hükümler ile yürürlükten

⁴⁷ Bkz. İcra ve İflâs Kanunu'nun mülga 341. maddesi ile ilgili olarak, çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâm veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine muhalefet bakımından yukarıda yapılan açıklamalar.

kaldırılan hükümlerin uygulanmasına devam olunur (İİK geçici m. 18/2, 3. bent). Bu çerçevede özellikle elektronik ortamda satışa ilişkin ve bununla bağlantılı yeni kanuni düzenlemelerin, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip, iflâs tasfiyesi ve ortaklığın giderilmesine ilişkin satışlarda uygulanabilmesi için geçiş tarihinden sonra ilânı yapılan bir açık artırma olması gerekir. Geçiş tarihinden önce ilânı yapılan ve İcra ve İflâs Kanunu geçici madde 18/2. fıkra 3. bentte yer alan takip prosedürlerindeki açık artırmalar bakımından 7343 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerden önceki hükümler uygulanacaktır. Bu takip prosedürlerinde 7343 sayılı Kanun'la değiştirilen maddelerin yeni hâllerinin uygulanması açısından açık artırmanın ilânı tarihi önem arz etmektedir.

7343 sayılı Kanun'la getirilen elektronik satış ve bununla bağlantılı yeni hükümlerin uygulanmasına kural olarak Adalet Bakanlığı'nın duyurusu üzerine belirtilen il ve ilçelerde başlanacaktır,⁴⁸ ancak İcra ve İflâs Kanunu geçici madde 18/2. fıkra 4. bent gereğince, geçiş tarihinden önce yapılan ilân üzerine ihalesi gerçekleştirilemeyen ve yeniden satışı talep edilen açık artırmalar hakkında da 7343 sayılı Kanun'la değiştirilen ve eklenen hükümler uygulanır.

SONUÇ

7343 sayılı "İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 1, 4, 13, 36, 87, 88, 97/a, 106, 110, 111, 114, 115, 118, 124, 126, 127, 128/a, 129, 130, 134, 135, 142/a, 242, 244. maddelerinde değişiklik yapılmış; 3/a, 111/a ve 111/b maddeleri Kanun'a eklenmiş ve 25, 25/a, 25/b, 133 ve 341. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Bunlar yanında, 7343 sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'nda ilâmların icrası kısmında yer alan çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hükümler yürürlükten kaldırılmış ve bu konu ayrıntılı şekilde Çocuk Koruma Kanunu kapsa-

⁴⁸ Bu konuda bkz. İİK geçici m. 18/2, 2. bent: "2. Uygulamaya geçilen il ve ilçelerde, geçiş tarihinden sonra ilanı yapılacak açık artırmalar hakkında, bu maddeyi ihdas eden Kanunla değiştirilen 88, 114, 115, 118, 124, 126, 127, 129 ve 130'uncu maddeler, 134'üncü maddenin dokuz ve onuncu fıkraları ile ihdas edilen 111/b maddesi uygulanır. Geçiş tarihinden önce ilanı yapılmış açık artırmalar hakkında ise değişikliklerden önceki hükümler ile ilga edilen hükümlerin uygulanmasına devam olunur".

mına alınmıştır. 7343 sayılı Kanun'un 57. maddesine göre, Kanun'un Resmî Gazete'de yayımı tarihinde (30.11.2021) tüm hükümler yürürlüğe girmesine rağmen, 7343 sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'na eklenen geçici madde 18 ve Çocuk Koruma Kanunu'na eklenen geçici madde 2 ile zaman bakımından bu düzenleme kapsamında kalan hükümlerin ne zaman uygulanacağı ayrıca düzenlenmiştir. Bu geçici maddeler dikkate alınarak 7343 sayılı Kanun'la değiştirilen veya eklenen hangi hükümlerin hangi tarihe tâbi olarak uygulamaya gireceğinin belirlenmesi ve özellikle geçici maddeler çerçevesinde uygulanma tarihlerinin hangi koşullar çerçevesinde değerlendirileceği ve belirleneceği tespit edilmelidir. Genel olarak, geçici maddeler ile 7343 sayılı Kanun'la getirilen değişikliklerin uygulanması bakımından oldukça karışık ve hukuk tekniğine uygun olmayan bir usûl izlenmiştir. 7343 sayılı Kanun'la yapılan ek veya değişikliklerde, Adalet Bakanlığı'nun resmî internet sitesinden duyurusu, haciz tarihi, açık artırmanın ilân tarihi, satış talebi tarihi gibi, uygulanacak her yeni hüküm bakımından, birden farklı tarihin ayrıca ve bazen de bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir.

İcra ve İflâs Kanunu geçici madde 18 kapsamı dışında kalan 7343 sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişiklikler, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte derhal uygulanmaya başlamıştır. Derhal uygulanmaya başlayan değişiklikler İcra ve İflâs Kanunu'na 7343 sayılı Kanun'la eklenen veya değiştirilen, 1., 3/a, 4., 13., 36., 97/a, 111., 111/a, 128/a, 134.,⁴⁹ 135. ve 142/a maddeleridir.

İcra ve İflâs Kanunu geçici madde 18 çerçevesinde derhal uygulanması söz konusu olmayan ve kural olarak 111/b maddesine ilişkin Yönetmeliğin yayımlanmasından itibaren Adalet Bakanlığı'nca yapılacak duyuruda belirlenen il ve ilçelerde uygulanmaya başlayacak hükümler (geçici madde 18/1. ve 2. fıkra çerçevesinde yer alan hükümler), İcra ve İflâs Kanunu'na 7343 sayılı Kanun'la eklenen veya değiştirilen, 87., 88., 106., 110., 111/b, 114., 115., 118., 124., 126., 127., 129., 130., 242. ve 244. maddeleri ile 134. maddenin 9 ve 10. fıkralarıdır.

⁴⁹ 134. maddede yer alan doğrudan ihalenin feshini ilgilendiren hükümler ile 134. maddenin 9. ve 10. fıkraları hariç olmak üzere (İİK geçici m. 18/2).

7343 sayılı Kanunla eklenen Çocuk Koruma Kanunu'nun Dördüncü Kısımının uygulanmasına (ÇKK m. 41/A- m. 41/İ) ise Adalet Bakanlığı'nca belirlenen il veya ilçelerde duyuru ile başlanacak olup Çocuk Koruma Kanunu geçici madde 2/2. fıkra gereğince, Dördüncü Kısım henüz uygulanmadığı yerlerde, İcra ve İflâs Kanunu'nun 7343 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılan 25, 25/a ve 25/b maddelerinin uygulanmasına devam olunacaktır.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair yaptırım bakımından, 30.11.2021 tarihinden önce gerçekleşen mülga 341. madde kapsamında kalan fiillere ilişkin şikâyetler, icra mahkemelerince sonuçlandırılacak, 30.11.2021 tarihinden sonra gerçekleşen fiiller bakımından Çocuk Koruma Kanunu'nun 41/F maddesi uygulanacaktır.

7343 sayılı Kanun'un 32. maddesine göre, İcra ve İflâs Kanunu'nun 25., 25/a, 25/b, 133. ve 341. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak değişikliklerin tüm ülkede aynı anda uygulanması söz konusu olamayacağından, yürürlükten kaldırılan hükümlerin de yeni ve değiştirilen hükümler uygulanana kadar adeta yürürlükteymiş gibi uygulanmaya devam etmesi söz konusu olacaktır.

İcra ve İflâs Kanunu geçici madde 18/2. fıkra çerçevesinde, Adalet Bakanlığı'nın duyurusu üzerine uygulamaya geçilen il ve ilçelerde, taşınır rehninin veya ipoteğin paraya çevrilmesi, iflâs tasfiyesi ve ortaklığın giderilmesine ilişkin satışlar bakımından, geçiş tarihinden sonra ilânı yapılacak açık artırmalar hakkında 7343 sayılı Kanun'la değiştirilen ve eklenen hükümler uygulanacaktır. Geçiş tarihinden önce ilânı yapılmış açık artırmalar hakkında ise değişikliklerden önceki hükümler ile yürürlükten kaldırılan hükümlerin uygulanmasına devam olunur (İİK geçici m. 18/2, 3. bent).

7343 sayılı Kanun'la getirilen elektronik satış ve bununla bağlantılı yeni hükümlerin uygulanmasına kural olarak Adalet Bakanlığı'nın duyurusu üzerine belirtilen il ve ilçelerde başlanacak olup İcra ve İflâs Kanunu geçici madde 18/2. fıkra 4. bent gereğince, geçiş tarihinden önce yapılan ilân üzerine ihalesi gerçekleştirilemeyen ve yeniden satışı talep edilen açık artırmalar hakkında da 7343 sayılı Kanun'la değiştirilen ve eklenen hükümler uygulanacaktır.

Kaynakça

Kitaplar

- Coşkun Mahmut, İcra-İflâs Suçları Disiplinsizlik Eylemleri ve Yargılama Usûlü, 7. Baskı, Ankara 2021.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2021.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2021.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2021. (Ceza Genel)
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2021.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2021.
- Öztürk Bahri (Editör), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2021.
- Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2021.
- Pekcanitez Hakan/Akkan Mine/Erişir Evrim, İcra ve İflâs Kanunu ve İlgili Mevzuat, 22. Bası, İstanbul 2021.
- Şahin Cumhur/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 12. Bası, Ankara 2021.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2021.

Makaleler

- Güneş Derya Belgin, “7343 sayılı Kanun’da Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine İlişkin Geçiş Hükümleri”, (<https://blog.lexpera.com.tr/7343-sayili-kanunda-cocuk-teslimi-ve-cocukla-kisisel-iliski-kurulmasına-dair-ilamlarin-ve-tedbir-kararlarinin-yerine-getirilmesine-iliskin-gecis-hukumleri/>).
- Kale Serdar, “İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış”, (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>).
- Pekcanitez Hakan/Erişir Evrim, “6352 sayılı Kanun’la İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Zaman İtibariyle Uygulanması”, *İstanbul Barosu Dergisi* Kasım-Aralık 2012, C. 86, S. 2012/6, s. 17-39.

DAVA KONUSU TAŞINMAZIN BEŞİNCİ ALICISI HAKKINDA ‘İİK.278/III-1’ VE ‘İİK.280/III’ UYARINCA ‘TASARRUFUN İPTALİ DAVASI’ AÇILABİLİR Mİ?

Talih UYAR*

I- Tasarrufun iptali davalarının “hukuki niteliği” ** ve “amacı”: ***

Hakkında “haciz” (İİK m. 78 vd.) işlemine girilen (iflâsta; “iflâs kararı verilen” (İİK.m. 165, 191/I) borçlunun *tasarruf yetkisi*, bu tarihten itibaren kısıtlanır.

“Malları üzerine haciz konulması”ndan (veya haklarında iflâs kararı verilmesi”nden) önce, malları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilen borçlular, henüz alacaklıların -haciz ve iflâs yolu ile- takibine hedef olmadan, onlardan “mal kaçırmak” (yani, onların haklarında yapacağı takibi semeresiz bırakmak) amacı ile, malvarlığının tamamını ya da bir kısmını, bir takım “hileli” işlemlerle (yani, bedelsiz olarak ya da çok ucuz bedelle) başkalarına (özellikle, yakınlarına, kendilerinin bu amacını bilen veya bilebilecek durumda bulunan arkadaşlarına/tanıdıklarına) devredebilirler ya da bedelini kendileri ödeyerek yakınları üzerine taşınır/taşınmaz mal satın alarak malvarlığını azaltabilirler...

İşte, bu gibi kötü niyetli borçluların “*alacaklılarından mallarını kaçırmak kastı ile*” yaptıkları bu tür işlemlerden zarar gören alacaklıları korumak amacı ile, onlara “*tasarrufun iptali davası*” denilen bir ‘dava açma hakkı’ tanınmıştır.

“Tasarrufun iptali davası”nı “*bir borçlunun, alacaklılarına zarar vermek kastıyla, mallarının haczinden veya hakkında iflâs kararı verilmeden önce, yani henüz tasarruf yetkisinin kısıtlanmadığı dönemde, alacaklılarından mallarını kaçırmak için yapmış olduğu tüm tasarrufların, sadece davacı-alacaklı bakımından hükümsüz sayılmasını sağlamak için, ‘kural olarak’ kesin*

* Avukat, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğr. Gör., ORCID:0000-0002-1531-3646

ya da geçici aciz belgesine sahip alacaklılarca, kanunda öngörülen sebeplere dayanarak, beş yıllık hak düşürücü süre içinde açılabilen, 'borçlunun mal-varlığından çıkardığı' dava konusu mal ve haklar üzerinde davacı-alacaklıya 'cebri icra yetkisi' tanıyan, şahsi nitelikte bir eda davasıdır" ş e k l i n d e tanımlayabiliriz.¹

• Bu davanın amacı; borçluların henüz tasarruf yetkilerinin kısıtlanmamış olduğu dönemde (yani; *"malları üzerine haciz konulmadan"*

¹ Serkan Kurtoglu, "İcra Hukuku Açısından İptal Davasının Hukuki Niteliği" (İBĐ. 1973/7-8, s: 776-780) - Talih Uyar, "Hukuki Mütalâalar", 2. Baskı, 2017, s: 44 vd.; 359 vd. - Talih Uyar, "Hukuki Mütalâalar", 3. Baskı, 2020, s:2 vd.; 16 vd.; 141 vd.; 297 vd.; 379 vd.; 463 vd.; 683 vd.; 920 vd. - Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davalarının Hukuki Niteliği ve Amacı" (Manisa Bar. D. Temmuz/2008, s: 79-86) - Nihat Yavuz, "Alacaklılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemlerin Hukuken Nitelendirilmesi Sorunu ve Bu Amaçla Yapılan Muvazaalı İşlemler Hakkında Yargıtay Uygulamasından Örnekler" (Yargıtay Der. Temmuz/1999, s: 217-241) (Tür. Not. Bir. Der. 1999/102, s: 1 vd.) - Nihat Yavuz, "Alacaklılardan Mal Kaçırarak Amacı ile Yapılan İşlemlerin Hukuken Nitelendirilmesi Sorunu" (Yargıtay Der. Ocak-Nisan/1986, s: 101-107)

*** Talih Uyar, "Hukuki Mütalâalar"2. Baskı, 2017, s: 44 vd.; 359 vd.; s: 1570 vd. - Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davalarının Hukuki Niteliği ve Amacı" (Manisa Bar. D. Temmuz/2008, s: 79-86) - Talih Uyar, "Hukuki Mütalâalar"3. Baskı, 2020, s:2 vd.; 14 vd.; 52 vd.; 88 vd.; 294 vd.; 324 vd.; 378 vd.; 405 vd.; 462 vd.; 506 vd.; 537 vd.; 655 vd.; 683 vd.; 776 vd.; 920 vd.; 1303 vd.

Benzer tanımlar için bknz: Baki Kuru, "Bir borçlunun, mallarının haczinden veya iflâs etmeden önce, alacaklılarından mal kaçırarak için yapmış olduğu bağışlamalar ve şüpheli (hileli) tasarrufların iptal ettirilebilmesi için alacaklılara bir dava açma hakkı tanınmıştır ki, buna iptal davası denir (m. 277-284)" ("İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı", 2. Baskı, 2013, s: 1397; İstinâf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, 2016, s: 663)- Timuçin Muşul, "İİK. m. 97/sondan 2. fıkradaki ve iflâstaki haller (İİK. m. 277/b.2, m.245 ve 255/3) hariç olmak üzere, kesin veya geçici aciz vesikasına sahip alacaklının, kanunda öngörülen sebeplere istinatla, kabili iptal olduğunu iddia ettiği tasarrufi işlemin, sadece kendisi açısından ve aciz vesikasına bağlanmış olacağı ve ferileri nispetinde iptal edilmesini talep ederek, borçlu ile lehine tasarrufi işlemin yapıldığı üçüncü kişiye karşı açtığı, 5 yıllık hak düşürücü süreye ve basit yargılama usulüne tâbi olan, şahsi nitelikte bir davadır" ("Tasarrufun İptali Davaları", 2017, 2. Baskı, s: 17) - Murat Atalı/İbrahim Ermenek/ Ersin Erdoğan, "İcra ve İflâs takibinden önce veya takip sırasında, borçlunun alacaklının haklarını ihlâl edecek şekilde yaptığı tasarruf işlemlerinin iptali için başvuru yola tasarrufun iptali davası denir" ("İcra ve İflâs Hukuku", 4. Bası, 2021, s: 720) - Orhan Eroğlu, "Kesin veya geçici aciz vesikasına sahip alacaklının, borçlunun alacaklılarından mal kaçırarak kastıyla yaptığı tasarruflarını, alacağı ile sınırlı olmak kaydıyla, icra takip sahasına sokmasını sağlayan, beş yıllık hak düşürücü süreye tâbi, kişisel nitelikte bir eda davasıdır" ("Tasarrufun İptali Davası", 2. Baskı, 2020, s: 24; "İslah", 4. Baskı, 2020, s:192) - M. Necmettin Berkin, "Borçlunun alacaklılarına zarar veren bazı tasarruflarını -davacı alacaklı bakımından, onun alacağı ölçüsünde- hükümsüz hale getirmeye yarayan bir dava" ("İflâs Hukuku", 1972, s: 489)

veya “hakkında iflâs kararı verilmeden” önce) alacaklılarından mal kaçırmak kastı ile, kötü niyetle yapmış oldukları hukukî işlemleri, davacı-alacaklı bakımından hükümsüz sayarak, borçlunun malvarlığından uzaklaştırdığı (çıkardığı) dava konusu mal ve haklar üzerinde, alacaklının -sanki, bu mal ve haklar halâ borçluya aitmiş gibi- cebri icra yolu ile alacağını elde etmesini -bu malın haciz ve satışını isteyerek- sağlamaktır.^{2 3}

İptal davasının, davacı-alacaklı lehine sonuçlanması halinde, dava konusu mal tekrar borçlunun malvarlığına (mülkiyetine) dönmaz. Yani, borçlunun yapmış olduğu hileli işlem “maddi hukuk bakımından” iptal edilmez, hükümsüz hale getirilmez. Sadece yapılan hileli işlem “alacaklı bakımından” hüküm ifade etmez.

Yüksek mahkeme de içtihatlarında “tasarrufun iptali davasının amacı” hakkında;

√ “İİK'nın 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarındaki amacın, borçlunun haciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların ‘geçersizlik’ ya da ‘iyiniyet kurallarına aykırılık’ nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamlı alacağın tahsilini sağlamak olduğunu”⁴

belirtmiştir.⁵

² Timuçin Muşul, age: s: 23 - Orhan Eroğlu, age: s: 30 - Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, “İcra ve İflâs Hukuku”, 7. Bası, 2021, s: 562 - Baki Kuru, “El Kitabı”, s: 1397 - Murat Atal/İbrahim Ermenek/ Ersin Erdoğan, age: s: 726 - Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özeke, “İcra ve İflâs Hukuku”, 11.Bası, 2013, s: 857 - A. Şahabettin Sertkaya/Süleyman Kul, “Tasarrufun İptali Davaları”, 2016, s: 5 - Emine Halman Çetin, “Tasarrufun İptali”, 2016, s: 17 - Ali Güneren, “Tasarrufun İptali Davaları”, 2012, s: 40 - Mine Uzun Çam, “Kamu Alacağının Korunmasında Tasarrufun İptali Davaları”, 2. Baskı, 2017, s:58 - Mahmut Coşkun, “İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat, Tasarrufun İptali Davaları”, 5. Baskı, 2019, s:887 - Tunahan Çetinel, “Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarruflar Bağlamında Tasarrufun İptali ve Muvazaa Davaları”, 2020, s: 29

³ Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, “Tasarrufun İptali Davaları”, 7. Baskı, 2021, s: 3 vd.

⁴ Bknz: 17. HD. 26.11.2018 T. 6958/11230; 19.11.2018 T. 946/10870; 05.11.2018 T. 6517/10079 (www.e-uyar.com)

⁵ Aynı doğrultuda bknz: Ankara BAM. 26. HD. 02.11.2018 T. 2167/1536, 17. HD. 15.10.2018 T. 4016/9049, 10.10.2018 T. 4073/8933, 09.10.2018 T. 8503/8819, 17.09.2018 T. 4747/7826, İzmir BAM. 5. HD. 18.04.2018 T. 55/585, 17. HD. 05.04.2018 T. 17130/3875 (www.e-uyar.com)- Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, age., s:7 vd.

• Yapılan açıklamalardan anlaşıldığı gibi iptal davası, “*dava konusu malın aynuna ilişkin bir dava olmayıp kişisel bir dava*”dır.⁶ Yani bu dava sonunda, tasarrufa konu mal, alıcı (veya devir alan)nın malvarlığından çıkarılarak, tekrar borçlunun malvarlığına geri verilmez. Tasar-

⁶ Bilge Umar, “Türk İcra-İflâs Hukuku’nda İptal Davası”, 1963, s: 19- Baki Kuru, “İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku” s: 664- Baki Kuru, “İcra ve İflâs Hukuku”, C: 4, 1997, s: 3409- Baki Kuru “El Kitabı”, s: 1397- Mehmet Necmettin Berkin, “İflâs Hukuku Rehberi”, 1980, s: 111- Saim Üstündağ, “İflâs Hukuku”, 8. Bası, 2009, s: 300- Turgut Önen, “İptal Davaları” (Ank. İk. Tic. İl. Ak. D. 1969/1, s: 39)- Serkan Kurtoğlu, “İcra Hukuku Açısından İptal Davasının Hukuki Niteliği” (İBD. 1973/7-8, s: 776 vd. - Burhan Gürdoğan, “İflâs Hukuku”, 1966, s: 223- Orhan Eroğlu, age. s: 33 vd. - Turhan Esener, “Türk Hususi Hukuku’nda Muvazaalı Muameleler”, 1956, s: 105- Levent Börü, “İcra ve İflâs Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal “İİK. m. 280” (AÜHFD. 2009, S: 3, s: 486)- Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, age. s: 557- Ejder Yılmaz, “İİK Şerhi”, 2016, s: 1252- Talih Uyar ““Muvazaa” Nedenine Dayalı Tasarrufun İptali Davalarının Koşul ve Sonuçları” (ABD. 2017/3, s: 266 vd.) - Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, age. s: 716 vd. - Aziz Serkan Arslan, “Tasarrufun İptali Davasından Sonra Açılan Menfi Tespit Davasında Bekletici Mesele Yapma Sorunu” (Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C: 1, s: 254)- Hakan Albayrak, “Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları” AÜHFD. 2015, S: 4, s: 933 - Mehmet Refik Korkusuz, “İcra ve İflâs Hukuku Uygulaması”, 2004, s: 312 - Hakan Albayrak/Serkan Açar, “Tasarrufun İptali Davalarının Kamu İcra Hukuku ve Genel İcra Hukuku Çerçevesinde Özel Dava Şartları Bakımından Karşılaştırılması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mayıs-Haziran/2016, s: 435) - Hüseyin Kovan, “100 Soruda Muris Muvazaası Nedeni ile Tapu İptal ve Tescil Davaları ile Tasarrufun İptali Davaları”, 2016, s: 278 - Emine Halman Çetin, age. s: 18 - Turhan Esener, age. s: 105 - Ergun Özsunay, age. s: 233 - Cengiz Kostakoğlu, “Takip Hukukunda İptal Davaları” (Yasa D. 1989/8, s: 1039 - Adalet D. 1989/6, s: 9) - Timuçin Muşul, “İcra ve İflâs Hukuku”, 6. Baskı, 2020, C: 2, s: 1744 - Haşmet Sırrı Akşener, “İcra ve İflâs Hukuku’nda Tasarrufun İptali Davaları”, 2. Bası, 2017, s: 27 - Tolga Akkaya, ““Alacaklıdan Mal Kaçtırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflâs Kanunu’nda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu” (*Legal Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, 2006/3, s: 672) - İzzet Karataş/Erol Ertekin, “Tasarrufun İptali Davaları”, 1998, s: 17 - Ömer Ulukapı, “İcra ve İflâs Hukuku”, 2015, s: 499 - Ali Güneren, “İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarruf İptal Davaları”, 2004, s: 1015 - Ali Güneren, “Tasarrufun İptal Davaları”, s: 49 - Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes age. s: 858, 878 - Mehmet Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, “İcra ve İflâs Hukuku”, 7. Baskı, 2016, s: 565 - Timuçin Muşul, “Tasarrufun İptali Davaları”, s: 18 vd. - İdil Tuncer Kazancı, “Tasarrufun İptali Davalarında İspat”, 2015, s: 76- Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar, “İİK Şerhi”, 2014, C: 3, s: 4309- Sıtkı Akyazan, “Takip Hukukunda İptal Davası”, *Ad. D. Mart-Nisan/1963, S: 3-4, s: 237*- İsmet Sarısözen, “İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptal Davasında Yargılama Usulü” (ABD. 1977/1, s: 56) - Fatih Karamercan, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşin Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı”, 2020, s:158- Ejder Yılmaz age. s: 1203- A. Şahabettin Sertkaya/Süleyman Kul, age. s: 7 - Tunahan Çetinelage, s: 9 - Baki Kuru/Burak Aydın, “İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku “Ders Kitabı”, 2020, s: 489

rufa konu mal, yine alıcı (veya devir alan)ın malvarlığında kalmakla beraber, davayı kazanan davacı-alacaklı, o malı haciz ettirip sattırma ve satış bedelinden alacağını (*kişisel hakkını*) alma imkanını elde etmiş olur. Davanın konusunun taşınmaz olması halinde, dava sonunda verilen hükümlerle, taşınmazın tapu kaydında bir değişiklik yapılmaz... “Davanın kabulüne” karar verilmesi halinde, bu hükümden sadece ‘davacı-alacaklı’ yararlanır. ‘Davalı-borçlu’dan alacaklı olan diğer alacaklılar, bu hükümden yararlanmazlar. Zaten “davanın kabulüne” karar veren mahkeme “...dava konusu şey üzerinde, davacı-alacaklıya ‘aciz vesikasında belirtilen -eğer mahkemeye kesin aciz vesikası sunulmamışsa; icra dosyasındaki alacak ve fer’ileri ile sınırlı olarak- cebri icra yetkisi tanınmamasına” şeklinde karar verir...⁷

Yüksek mahkeme de iptal davalarının bu niteliğini, çeşitli içtihatlarında;

√ “Tasarrufun iptali istemine ilişkin davada, ‘dava konusu taşınmazın davalılar arasındaki satış işlemine ilişkin tasarrufun iptali ile davacı alacaklıya icra dosyasındaki alacak ve fer’ileriyle sınırlı olarak haciz ve satış yetkisi verilmesine’ karar verilmesi gerektiğini, ‘taşınmazın önceki maliklere döndürülmesine’ şeklinde karar verilmesinin hatalı olduğunu”⁸

√ “İptal davasının, alacaklıya alacağını tahsil olanağını sağlayan, nisbi nitelikte, yasadan doğan bir dava olup; tasarrufa konu malların aynı ile ilgili olmadığını”⁹

belirtmiştir...¹⁰

II- Tasarrufun iptali davalarının konusu^{*11}

İİK m. 277/I’de; iptal davasının, “İİK 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı tasarruflar nedeniyle açılabilceği” belirtilmiştir (İİK. mad. 277).

⁷ Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, age. s: 19 vd.

⁸ Bknz: 17. HD. 05.11.2019 T. 2397/10196 (www.e-uyar.com)

⁹ Bknz: 17. HD. 26.11.2018 T. 6958/11230; 15.10.2018 T. 13062/9065 (www.e-uyar.com)

¹⁰ Aynı doğrultuda bknz: 17. HD. 04.10.2018 T. 5240/8614, 09.04.2018 T. 8983/3951, 05.04.2018 T. 17130/3875, 27.02.2018 T. 12044/1388, 20.12.2017 T. 6676/11897, 12.12.2017 T. 3577/11571, 20.06.2017 T. 5549/7016 (www.e-uyar.com)

¹¹ * Talih Uyar, Hukukî Mütalâalar, 2. Baskı, 2017, s: 362-377; s: 428-439; s: 759-790; s: 1072-1076; s: 1251-1257; s: 1433-1442; s: 1510 vd.; s: 1572 vd. - Talih Uyar, “Hukukî Mütalâalar” 3. Baskı, 2020, s: 51-86; s: 803-828- Talih Uyar, “Tasarrufun İptali

Doktrinde¹² "İİK m. 277' de kullanılmış bulunan 'tasarruflar' sözcüğünün hatalı olduğu" belirtilmiştir. Gerçekten, borçlunun "İİK m. 277 anlamında iptal edilebilen tasarrufları" sadece "malvarlığındaki bir hakka doğrudan etki yaparak, o hakkı başkasına nakleden veya sınırlayan, külfet yükleyen veya değiştiren veya sona erdiren hukukî işlemler" olarak tanımlanan¹³ -örneğin; borçlunun taşınır/taşınmaz malın başkasına devretmesi, taşınır/taşınmaz malları üzerinde rehin tesis etmesi, ticari işletmesini devretmesi vb. gibi- **tasarruf işlemlerinden** (tasarrufi muamelelerden) ibaret bulunmadığı gibi, tasarruf işlemlerinin ancak bir bölüm olarak dahil olduğu ve **doktrinde**¹⁴ "hukukî bir sonuç doğurmak üzere yapılan

Davalarının Konusu", *İBD*, Temmuz-Ağustos/2017, s: 74-132)- Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davasının Uygulamada Tartışılan Yönleri", *Legal Hukuk Dergisi*, Haziran/2014, s: 169-176)- Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davalarının Konusu", *Manisa Barosu Dergisi*, 2013, S: 125, s: 8-41- Talih Uyar, "İcra ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu" (ABD. 2011/1, s: 211-231)- Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davalarının Konusu" (Tür. Bar. Bir. Der. Eylül-Ekim/2008, s: 287-313)- Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davalarında "Ticari İşletmenin Devri", "İptale Tâbi Tasarrufların Kapsamı" ve "Mahkemeye Aciz Vesikasının Sunulması" Konularına İlişkin Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar" *Çankaya Hukuk Fakültesi Dergisi*, (Arş. Gör. Ceren Damar Armağanı), 2020, C: 3, s: 3941-3978) - Talih Uyar, "Borçlunun Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilecek 'Alacağın Temliki' Tasarrufları" (Legal Huk. Der. Mayıs/2017, s: 2411-2437) - Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilecek Bazı Tasarruflar", *Legal Hukuk Dergisi*, 2017, S: 177, s: 4449-4513) - Talih Uyar, "Borçlunun, Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilen Tasarrufları", *Legal Hukuk Dergisi*, 2018, S: 190, s: 4729-4801 - Talih Uyar, "Muvazaalı İcra Takipleri" (Borç İkrarları) ile "Borçlunun Süresi İçinde Zamanlaşımı İtirazında Bulunmaması"nın Tasarrufun İptali Davasına Konu Edilmesi", *İBD*, Mayıs-Haziran/2014, s: 282-295) - Talih Uyar, "Muvazaa (TBK. 19) Nedenine Dayalı Tasarrufun İptali Davalarının (İİK. 280) Açılma Koşulları ve Sonuçları" (Legal Huk. Der. Temmuz/2014, s: 175-187)- Talih Uyar, "İİK'nun 280. maddesi Uyarınca İptale Tâbi Kimi Tasarruflar", *ABD*, 2014/3, s: 415-448- Talih Uyar, "Borçlu Hakkında Üçüncü Kişi Tarafından Takip Konusu Yapılan Senedin (ve İcra Takibinin) "Muvazaalı Olduğu" İleri Sürülerek, Borçlunun Alacaklıları Tarafından "Senedin (ve İcra Takibinin) Kendileri Bakımından Geçersiz Sayılması İçin Tasarrufun İptali Davası Açılabilir mi?" (ABD. 2015/1, s: 369-397) - Tolga Akkaya, "İcra ve İflâs Hukukunda İptale Tabi Tasarruflar "İİK. m. 277-284"" (Eskişehir Bar. D. Ekim/2006, s:13-49) - Tunahan Çetinel, "Tasarrufun İptali ve Muvazaa Davaları", s: 30 vd. - Burhan Gürdoğan, "İptal Davaları "İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer'e Sunulan Bildiri"", 1963, s:38-42 - Senai Olgaç, "Yargıtay İçtihatlarının Işığında İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları" (Dr. Recai Seçkin'e Armağan, 1974, s:457-480) - Timuçin Muşul, "İptal Davaları", s: 31 vd. - Turgut Önen, "İptal Davaları" (Ankara İktisadi ve Tic. İlimler Ak. D. 1969, S:1, s:39-49) - Orhan Eroğlu, "Tasarrufun İptali Davası", s: 147 vd.

¹² Bilge Umar, "İptal Davası", s: 54 vd.

¹³ von Tuhr, Andreas: "Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı" (Çev. Cevat Edge), 1983, s: 189 - Anderas B. SCHWARZ, "Borçlar Hukuku", 1948, s: 163 - Kudret Ayiter, "Tasarruf Muameleleri", 1953, s: 13 - Kemal Oğuzman/Nami Barlas, "Medeni Hukuk", 15. Baskı, 2008, s: 160 - Selahattin Sulhi Tekinay, "Medeni Hukuk", 1978, s: 109 - Mustafa Dural/Suat Sarı, "Özel Hukuk", 2006, s: 173 - Abdurrahim Karşlı, "İcra ve İflâs Hukuku", 3. Baskı, 2014, s: 541 - Rona Serozan, "Medeni Hukuk", 2008, s: 303

¹⁴ Aytekin Ataay, "Medeni Hukukun Genel Teorisi", 1980, s: 317 vd. - M.Kemal Oğuzman, "Medeni Hukuk", 1994, s: 106 vd. - Ergun Özsunay, "Medeni Hukuk",

irade beyanları" olarak tanımlanan "**hukukî işlem**"lerden de ibaret değildir. Bu madde gereğince iptali söz konusu olanlar, "**hukukî işlem**" kavramından daha geniş olan, onu da içeren ve **doktrinde**¹⁵ "*kendisine hukuk düzenince hukukî bir sonuç bağlanmış olan beşerî (insan) fiilleri*" olarak tanımlanan, **hukukî fiiller**'dir.^{16 17} Nitekim kaynak yasanın Almanca metninde, bu konuda "*tasarruf*" değil "*hukukî fiil*" kavramı yer almaktadır.¹⁸ Bu nedenle, İİK m. 277 vd. geçen "*tasarruf*" kavramını, "*hukukî işlem*"leri, "*hukukî fiil*"leri de içerir şekilde, en geniş anlamıyla kabul etmek gerekir.¹⁹ Örneğin, borçlunun "*protesto çekmemesi*", "*haksız bir ödeme emrine itiraz etmemesi*", "*zamanaşımı definde bulunmaması*", "*aleyhine açılan davayı kabul etmesi*", "*davadan feragat etmesi*", "*yeminden çekinmesi*", "*kanun yoluna başvurmaktan kaçınması*", "**hukukî işlem**" olmadığı halde birer "**hukukî fiil**" sayılır ve iptal davasına konu yapılabilir.²⁰ Nitekim, **İsviçre Federal Mahkemesi**;²¹ "*borçlunun anlaşmalı olarak hakkında icra takibine geçen alacaklının yaptığı takibe itiraz etmemesi yani 'itirazdan kaçınması' halinde, bu davranışa karşı, asıl alacaklıların iptal davası açabileceğine*" karar

1986, s: 318 vd. - Zahit İmre, "Medeni Hukuka Giriş", 1976, s: 205 vd. - Aydın Zevkliler/ Mehmet Beşir Acabey/K. Emre Gökyayla, "Medeni Hukuk", 1999, s: 131 vd. - Kemal Oğuzman/Nami Barlas, "Medeni Hukuk", 2008, s:166

¹⁵ Aytekin Ataay, age. s: 310 vd. - M.Kemal Oğuzman, age. s: 99 - Ergun Özsunay, age. s: 319 - Zahit İmre, age. s: 207 - Aydın Zevkliler/ Mehmet Beşir Acabey/K.

¹⁶ Emre Gökyayla, age. s: 129 - Mustafa Dural/Suat Sarı, age. s: 159
Bilge Umar, age. s: 54 vd. - Timuçin Muşul, "İptal Davaları", s: 33 vd. - Burhan Gürdoğan, age. s: 222, dipn. 615- İsmet Sarısözen, "İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptal Davasında Yargılama Usulü" (ABD. 1977/1, s: 52 vd.) - Güray Erdönmez, "Alacaklılara Zarar Verme Kastı ile Yapılan Tasarrufların İptali", 2. Bası, 2019, s: 124- İdil Tuncer Kazancı, age. s: 34- Baki Kuru, "İcra ve İflâs Hukuku", C: IV, s: 3410- Abdurrahim Karşlı, age. s: 541- Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, "İİK. Şerhi", C: 3, s: 4313- Talih Uyar, "İcra ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu" (ABD. 2011/1, s: 212)- Talih Uyar, "Muvazaalı İcra Takipleri (Borç İkrarları)" ile "Borçlunun Süresi İçinde Zamanaşımı İtirazında Bulunmaması" nın Tasarrufun İptali Davasına Konu Edilmesi", *İBD*, 2014/3, s: 282-295)- Orhan Eroğlu, age. s: 40

¹⁷ Yüksek mahkeme de aynı doğrultuda içtihatla bulunmuştur: Bknz: 17. HD. 28.01.2020 T.1405/120; 20.06.2013 T. 8604/9398 (www.e-uyar.com)

¹⁸ Bilge Umar, age. s: 54 vd. - Saim Üstündağ, age. s: 295

¹⁹ Baki Kuru, age., C: 4, s: 3410- Baki Kuru, "El Kitabı", s: 1398- Baki Kuru, "Ders Kitabı", s: 490- Burhan Gürdoğan, age. s: 222- Saim Üstündağ, age., s: 294- Aziz Serkan Arslan, "Tasarrufun İptali Davasından Sonra Açılan Menfi Tespit Davasında Bekletici Mesele Yapma Sorunu" (Prof.Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, 2014, C: 1, s: 253)- İdil Tuncer Kazancı, age., s: 34- Levent Börü, "İcra ve İflâs Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası "İİK. m. 280", *AÜHF*, 2009/3, s: 487)- Orhan Eroğlu, age. s: 40

²⁰ Bilge Umar, age. s: 54, dipn. 4- Saim Üstündağ, age. s: 294- Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, "İİK. Şerhi", C: 3, s: 4313 - İsmet Sarısözen, agm., s: 233, dipn: 1 -Aziz Serkan Arslan, agm., s: 255- A. Şahabettin Sertkaya/Süleyman Kul, age. s: 10- Levent Börü, agm., s: 487- Ali Güneren, age. s: 56- Güray Erdönmez, age. s: 124

²¹ Bknz: BGE. 65 III, s: 133 (Naklen; Saim Üstündağ, "Medeni Yargılama Hukuku", 7. Bası, 2000, s: 762)

vermiştir. **Yargıtay** da -ileride ayrıntılı olarak, örnekler vererek belirteceğimiz gibi-, “borçlunun ‘muvazaalı olarak borçlanıp, kendisi hakkında takip yaptırıp, taşınmazlarını haciz ettirmesi işleminin, iptal davasına konu edilebileceğini”²², “‘tasarruf’ kavramı, borçlunun malvarlığını azaltıcı nitelikteki hukuki işlemleri ve hukuki fiilleri de içerdiğinden, davacılar arasındaki senet düzenleme fiilinin, ‘tasarruf’ kavramı içinde bulunduğunu, davacının bu tasarrufu iptal ettirmekte hukuki yararının bulunduğunu” belirtmiştir...

“Haksız fiil”²³ teşkil eden eylemler de tasarrufun iptali davasına konu teşkil edebilir...

Şu halde, borçlunun gerek “dava dışındaki”, gerek -sulh, feragat, kabul gibi- “icra takibi içindeki” en geniş anlamı ile **hukukî işlemleri**, iptal davasına konu olabilecektir.²⁴ Kısaca, borçlunun; “alacaklıları aleyhine malvarlığını azaltıcı nitelik taşıyan” her türlü -en geniş anlamı ile- **hukukî işlemleri**, iptal davasına konu olabileceği gibi “malvarlığının artışını önleyici işlemleri” de (örneğin; borçlunun kendisine miras bırakanından gelecek mirası reddetmesi gibi) tasarrufun iptali davasına konu olabilir.^{25 26}

III- Haciz yolu ile takiplerde, iptal davasını;(*)

a) Kesin (kat’i) aciz belgesi (İİK m. 143; 105/I) sahibi alacaklı açabilir.^{27 28}

²² Bknz: 15. HD. 15.9.1990 T. 3485/3290 (www.e-uyar.com)

²³ Mehmet Kâmil Yıldırım, age. s: 142- Güray Erdönmez, age. 1. Baskı, s: 99; 2. Baskı, s:125

²⁴ Saim Üstündağ, age. s: 294

²⁵ A. Şahabettin Sertkaya/Süleyman Kul, age. s: 10- Mahmut Coşkun, “Açıklamalı-İçtihatlı İİK.” C: 4, 5.Baskı, 2016, s: 4537

²⁶ Bknz: 17. HD. 11.03.2013 T. 6602/3146; HGK. 08.12.2010 T. 17-596/641 (www.e-uyar.com)

²⁷ (*) Talih Uyar, “Hukuki Mütalâalar”3. Baskı, 2020, s: 877-919- Talih Uyar, “Hukuki Mütalâalar”2. Baskı, 2017, s:2-7; s:47-52; s:262-266; s:710-715; s:744-749; s:1076-1079; s:1249-1251; 1387-1394; s:1521-1530 - Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarında “Ticari İşletmenin Devri”, “İptale Tabi Tasarrufların Kapsamı” ve “Mahkemeye Aciz Vesikası Sunulması” Konularına İlişkin Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı), C: 3, 2020, s: 3941-3978] - Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2018, S:135, s:517-575)- Talih Uyar, “Muvazaa (TBK m. 19) Nedenine Dayalı Tasarrufun İptali Davalarının (İİK. 280/I) Açılma Koşulları ve Sonuçları”, Legal Hukuk Dergisi, Temmuz/2014, s:175-187) - Talih Uyar, “İİK’nun 280. maddesi Uyarınca İptale Tabi Kimi Tasarruflar”, ABD, 2014/3, s:415-448

Ayrıntılı bilgi için bknz: Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, “İİK. Şerhi”, C: 2, 2014, s: 2082 vd.; 2682 vd.

²⁸ Bknz: 17. HD. 05.11.2019 T. 2794/10194; 08.10.2019 T. 12648/9053; 01.10.2019

b) *Geçici aciz belgesi* (İİK m. 105/II) sahibi alacaklı açabilir.^{29 30 31}

c) Ayrık olarak, kendisine karşı İİK m. 97/XVII'ye göre açılan³² "istihkak davası"nda, alacaklı; *aciz belgesi sunmadan*³³ "karşılık dava" olarak *da iptal davası açabilir*.³⁴

Hemen belirtelim ki **Yargıtay 17. HD.**³⁵ -daha önce, bu konuda verilen kararları temyizden inceleyen **Yargıtay 13. HD. ve Yargıtay 15. HD.**³⁶ ve **HGK**³⁷ gibi- "dava açarken veya daha sonra yargılama/temyiz aşamasında" aciz vesikası ibraz edilmemesi halinde, "davanın görülemeyeceğini" kabul etmiştir.

Yargıtay 4. HD. ve 17. HD. '*Muvazaa (TBK m. 19) nedenine dayalı tasarrufun iptali davaları'nın, "aciz belgesi ibraz edilmesine gerek kalmadan görülebileceği"*ni kabul etmektedir.

T. 19683/8716; 17.09.2019 T. 16250/8171; 22.05.2019 T. 18062/6611; 15.05.2019 T. 18878/6192; 08.05.2019 T. 6144/5718; 04.10.2018 T. 5240/8614; 13.03.2018 T. 12606/2252; 17.01.2018 T. 18904/170 vb. (www.e-uyar.com)

²⁹ Talih Uyar, "Hukuki Mütalâalar", 3. Baskı, 2020, 920-969

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkznz: Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, age. C: 2, s: 2084 vd.

³¹ Bknz: 17. HD. 05.11.2019 T. 2794/10194; 08.10.2019 T. 12648/9053; 01.10.2019 T. 19683/8716; 17.09.2019 T. 16250/8171; 20.06.2019 T. 6162/7019; 22.05.2019 T. 18062/6611; 15.05.2019 T. 188778/6192; 08.05.2019 T. 6144/5718; HGK. 30.04.2019 T. 17-1791/498; 17. HD. 19.04.2016 T. 603/5011; 10.04.2019 T. 4728/4472; 09.04.2019 T. 11037/4355; 04.03.2019 T. 11171/2346; 12.02.2019 T. 56/1292; 11.02.2019 T. 49/1269; 25.12.2018 T. 16643/12698; 05.12.2018 T. 7206/11758; 19.11.2018 T. 946/10870 vd. 17.09.2018 T. 507/7829 vb. (www.e-uyar.com)

³² Ayrıntılı bilgi için bkznz: Talih Uyar, "İİK Şerhi", C:5, s:8190- Talih Uyar, "İcra Hukukunda İstihkak Davaları", s: 770- İdil Tuncer Kazancı, "Tasarrufun İptali Davasında İspat", s: 187 vd. - Orhan Eroğlu, age. s: 105 - Timuçin Muşul, "İptal Davaları", s:535 vd.

³³ Bknz: Talih Uyar, İİK. Şerhi, C:12, 2009, s: 19670 vd. - Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, age. C: 2, s: 4360 - Orhan Eroğlu, age. s:104 - Timuçin Muşul, age. s:535 - Baki Kuru, "El Kitabı", s:1415 - Saim Üstündağ, "İflâs", s:214

³⁴ Bknz: 17. HD. 14.05.2018 T. 17250/4976; 8. HD. 16.01.2018 T. 12662/531; 17. HD. 22.05.2014 T. 16230/804; 28.06.2011 T. 1718/6117; 15. HD. 26.10.1988 T. 2869/3403; 27.10.1987 T. 2251/3709 vb. (www.e-uyar.com)

³⁵ Bknz: 17. HD. 08.05.2019 T. 6144/5718; 23.06.2016 T. 18039/7665; 21.03.2013 T. 12347/3975; 14.03.2013 T. 5988/3307; 14.03.2013 T. 5569/3301; 26.06.2012 T. 1921/8024; 19.01.2012 T. 1829/269; 18.04.2012 T. 12788/4874; 25.03.2013 T. 5561/4060; 04.04.2011 T. 7124/3028; 27.01.2011 T. 5310/430; 20.01.2011 T. 7202/215; 30.09.2010 T. 3414/7574; 01.07.2010 T. 5069/6229 vb. (www.e-uyar.com)

³⁶ Bknz: 15. HD. 15.01.2003 T. 6346/153; 20.02.2002 T. 642/862; 22.09.2004 T. 3920/4487; 03.11.2004 T. 1725/5593; 04.11.2004 T. 1832/5619; 19.02.2003 T. 6107/5900 vb. (www.e-uyar.com)

³⁷ Bknz: HGK. 04.07.2007 T. 4-450/449; 14.04.2004 T. 15-182/220 (www.e-uyar.com)

Yakın zamana kadar ‘muvazaa nedenine dayalı’ tasarrufun iptali davaları hariç diğer tüm tasarrufun iptali davalarında “tasarrufun iptali davalarına ilişkin olarak yerel mahkemelerce verilen kararları incelemekte olan” **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi** aciz belgesi aramaktadır.³⁸

“*Kesin (kat’i) aciz belgesi*”, haciz edilen malların paraya çevrilmesi sonunda, alacağını kısmen ya da tamamen alamamış olan alacaklıya verilen bir belgedir (İİK m. 143/I).³⁹ Ayrıca “*borçlunun hiç haczi kâbil malı bulunmadığını saptayan haciz tutanağı*” (İİK m. 105/I) “**kesin aciz belgesi hükmünde**” olduğu gibi,⁴⁰ “*borçlunun bulunan ve haciz edilen mallarının icra dairesince takdir edilen kıymetlerine göre, borcu karşılamayacağını belirten haciz tutanağı*” (İİK m. 105/II) da “**geçici aciz belgesi**” yerine geçer.⁴¹

IV- İptal davaları, diğer hukuk davaları gibi, genel hükümlere göre açılır.

Dava dilekçesinde, dava konusu iptale tabi tasarrufun ne olduğu belirtilir. Ancak, bu tasarrufun İİK m. 278, 279 ve 280’den hangisinin kapsamına girdiği ve hangi hukukî sebeple iptal edileceğini saptamak hâkimin görevi olduğundan (HMK m. 33), dava dilekçesinde belirtilen *hukukî sebeple* hakim bağlı olmadığından, davacının “dava konusu tasarrufun iptal nedenini” yanlış belirtmiş olması ya da hiç belirtmemiş olması önem taşımaz. (*)⁴²

³⁸ Bknz: 17. HD. 24.12.2018 T. 7645/12628; 19.12.2018 T. 17704/12442; 20.06.2017 T. 6509/7003; 20.06.2017 T. 11791/7010; 10.05.2017 T. 22775/5329; 17.04.2017 T. 3673/4077; 20.03.2017 T. 2064/2896; 06.02.2017 T. 23129/1053; 22.11.2016 T. 20871/16761; 24.05.2016 T. 11539/6283; 24.05.2016 T. 2682/6341; 14.03.2016 T. 3265/3119; 23.02.2016 T. 11349/2104; 22.10.2015 T. 11421/11025; 11.06.2015 T. 5605/8012; 17.3.2015 T. 2203/4344; 04.11.2014 T. 11472/15070; 04.11.2014 T. 8340/15066; 27.10.2014 T. 10682/14362; 10.06.2014 T. 3653/9318; 09.04.2013 T. 7539/5112; 28.03.2013 T. 6151/4361; 04.03.2013 T. 5918/2619; 02.04.2013 T. 7306/4613; 27.11.2008 T. 11563/13096 vb. (www.e-uyar.com)

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bknz: Talih Uyar, “İİK Şerhi”, C:8, s:11853 vd. - Selçuk Öztek, “Aciz Vesikası”, 1994 (İİK m. 143; m. 251), s:48 vd. - Seyithan Deliduman, “Aciz Belgesi”, 1995, s:28 vd.

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bknz: Talih Uyar, “İİK Şerhi”, C:6, s:9138 vd. - Talih Uyar/ Cüneyt Uyar/Alper Uyar, “İİK Şerhi”, C: 2, s: 2082 vd.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bknz: Talih Uyar, age, C:6, s: 9139 vd. - Selçuk Öztek, age, s:22 vd. - Seyithan Deliduman, age, s:8 vd. - Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, “İİK Şerhi”, C: 2, s: 2084 vd.

⁴² (*) Talih Uyar, “Hukuki Mütalâalar”, 3. Baskı, 2020, s:51-86; s:877-010 - Talih Uyar, “Hukuki Mütalâalar”, 2. Baskı, 2017, s:139 vd.; s:767-772; s:1534-1536 - Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilecek Bazı Tasarruflar, *Legal Hukuk Dergisi*, 2017, S:177, s:4449-4513)

V- İİK'nın 282. maddesinde "tasarrufun iptali davasının kimler *aleyhine* ^(*) (kimlere karşı) açılabilceği başka bir deyişle bu davalarda kimlerin "davalı" olabileceği düzenlenmiştir...

Bu takiplerde, aşağıdaki kimselerin davalı olarak gösterilmesi gerekir:

a) "**Asıl borçlu**" ve "iptal konusu tasarruftan yararlanan üçüncü kişi" (yani; "borçlu" ve "borçlu ile iptal konusu işlemi yapan veya kendisine borçlu tarafından bir ödemede bulunulan kimse") (İİK m. 282, c: 1).⁴³

Burada "iptal konusu tasarruftan yararlanan üçüncü kişi" nin yani "borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişi" nin aleyhine iptal kararı verilebilmesi için; İİK m. 278'e dayanılan durumlarda davalı-üçüncü kişinin *kötüniyetli* olması gerekmediği halde, İİK m. 279'a dayanılan durumlarda "lehine tasarrufta bulunulan davalı üçüncü kişinin *borçlunun durumunu bilmesi*" (İİ m. 279/II) gerektiği gibi, İİK. mad. 280'e göre açılan iptal davalarında da "davalı üçüncü kişinin *borçlunun durumunu ve zarar verme kasdını bilmesi ya da bilmesini gerektiren açık emarelerin bulunması*" (İİK m. 280/I) gerekir...

(*) Hasan Ali Kaplan, "Tasarrufun İptali Davası Borçlunun Mirasçılara Karşı Açılabilir mi?", *Terazi Hukuk Dergisi*, Eylül/2013, s:30-36) - Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davası (Kimlere Karşı Açılabilir?", *İBD*, 2018/3, s:35-75) - Talih Uyar, "Borçlunun Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilen Tasarrufları", *Legal Hukuk Dergisi*, Ekim/2018, s:4729-4801) - Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davasının Tarafları", (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Armağanı, 2015, C:1, s:3005/3070) - Talih Uyar, "İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Tarafları", *İBD*, Mart-Nisan/2011, s:33-67) - Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davasının Tarafları "İİK. mad. 277; 282"" (Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağanı, 2010, C:2, s:2243-2274) - Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davasının Tarafları", *Manisa Barosu Dergisi*, Ocak/2014, S:126-127, s:8-60) - Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davasına Konu Olan ve Üzerinde İpotek Bulunan Bir Taşınmazı, Davalı Üçüncü Kişiden Satın Alan Dördüncü Kişinin, İyiniyetli Olup Olmamasının Doğurduğu Sonuçlar", *Legal Hukuk Dergisi*, 2018, S:184, s:1721 - 1758)

Baki Kuru, "İcra ve İflas Hukuku", C: 4, s: 3546- Baki Kuru, "El Kitabı", s:1398; 1414 - Baki Kuru, "İstinaf", s:665- Güray Erdönmez, "Alacaklılara Zarar Verme Kasdı ile Yapılan Tasarrufların İptali", s:12- Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, "İİK. Şerhi", C: 3, s: 4508 - Orhan Eroğlu, "Tasarrufun İptali Davası", s:130 - Timuçin Muşul, "İptal Davaları", s: 450

⁴³ Bknz: 17. HD. 08.05.2019 T. 18642/5721; 07.05.2019 T. 6160/5596; 06.05.2019 T. 19535/5559; 01.04.2019 T. 15030/3914; 25.12.2018 T. 16283/12713; 04.12.2018 T. 15476/11645; 05.11.2018 T. 6404/10082; 05.09.2018 T. 2870/7403; 18.04.2018 T. 17750/4237 vb. (www.e-uyar.com)

Hemen belirtelim ki; “borçluya ait taşınmazı vekaleten başkasına satan kişi (vekil)”, açılan iptal davasında “davalı” olarak gösterilemez.⁴⁴

Ayrıca şu hususu da ifade edelim ki “borçlu ile ilgisi bulunmayan bir taşınmazı satın almış olan kişi (üçüncü kişi) hakkında” iptal davası açılmaz.⁴⁵

Davalı-borçlu, dava sırasında *iflâs ederse*, iptal davasını *iflâs idaresi* devam ettirebilir.⁴⁶

Eğer davalı-borçlu şirket, ticaret sicilinden silinmiş ve bu durum Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edilmişse, taraf teşkilinin sağlanması bakımından davacı-alacaklıya “borçlu şirketin ihyası için” dava açmak üzere süre verilmelidir.⁴⁷

“Dava koşulları”ndan olan (HMK m. 114) ‘*taraf teşkili*’nin yargılamanın her aşamasında mahkemece doğrudan doğruya gözetilmesi gerekir.⁴⁸

b) Asıl borçlu ve iptal konusu tasarruftan faydalanan kimsenin miras reddetmemiş olan- “mirasçılar”⁴⁹. Açılan iptal davalarında, “mirasçılar”ın, iptal davasında “davalı” olarak yer alabilmesi için, kendilerinin kötüniyetli bulunmaları gerekmez. Ancak, üçüncü kişinin bilgisinin arandığı durumlarda (İİK m. 279, 280), bu bilgi mirasçılar bakımından değil, mirasbırakan bakımından aranmalıdır.⁵⁰

Doktrinde⁵¹ “mirası TMK m. 605 gereği kendiliğinden reddetmiş sayılan kişilere, tasarrufun iptali davasında husumet yöneltilemeyece-

⁴⁴ Bknz: 17. HD. 30.04.2014 T. 20316/6597; 15. HD. 04.05.1992 T. 1042/2331 (www.e-uyar.com)

⁴⁵ Bknz: 17. HD. 18.03.2013 T. 6539/3524 (www.e-uyar.com)

⁴⁶ Ali Güneren, “Tasarrufun İptali Davaları”, s: 1154- A. Şahabettin Sertkaya/Süleyman Kul, “İcra ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları”, 2016, s: 119

⁴⁷ A. Şahabettin Sertkaya/Süleyman Kul, age. s: 119

⁴⁸ Bknz: 17. HD. 26.09.2018 T. 1760/8224; 11.09.2018 T. 2824/7626; 18.04.2018 T. 17750/4237; 16.01.2018 T. 12195/87; 15.06.2015 T. 4112/8628 (www.e-uyar.com)

⁴⁹ Bknz: 17. HD. 24.12.2019 T. 1342/12402; 03.12.2019 T. 3571/11463; 05.09.2018 T. 2870/7403; 05.09.2018 T. 2870/7403; 16.01.2018 T. 12195/87; 30.01.2017 T. 23230/736; 26.01.2016 T. 10110/945; 18.06.2015 T. 1022/8848; 07.04.2015 T. 19423/5514; 07.04.2015 T. 21100/5493; 26.03.2015 T. 19280/4858; 10.03.2015 T. 17900/4041; 15.04.2013 T. 10728/5449 vb. (www.e-uyar.com)

⁵⁰ Burhan Gürdoğan, “İflâs Hukuku”, s: 241

⁵¹ Hasan Ali Kaplan, “Tasarrufun İptali Davası, Borçlunun Mirasçılarına Karşı Açılabilir mi?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Eylül/2013, S. 85, s: 34 vd.

ği" ileri sürülmüştür. **Kanımızca**, kendisine husumet yöneltilen (açılan tasarrufun iptali davasında 'davalı' olarak gösterilen) mirasçı, 'TMK m. 605 uyarınca mirasın hükmen reddedilmiş olduğunu' kanıtlarsa, mahkemece hakkında açılan davanın reddine karar verilir...

Devlet -TMK m. 501 uyarınca- "mirasçı bırakmaksızın ölen kimşenin mirası Devlet'e geçtiği"nden, bu durumdaki bir kimseye karşı açılacak tasarrufun iptali davası Devlet'e karşı açılır...⁵² Buna karşın, b o r ç l u ö l ü r ve borçlunun *en yakın mirasçılarının tümü mirası reddederse*, konunun miras hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir. Bunun için de mahkemece mahallin sulh hukuk mahkemesine durum bildirilerek "mirasın iflâs hükümlerine göre tasfiyesi"nin sağlanarak (İİK m. 180), anılan mahkemece borçlu için atanacak temsilci huzurunda davaya devam edilmesi gerekir.^{53 54}

c) "**Kötüniyetli dördüncü kişi**"ler (İİ. m. 282, c: 2).⁵⁵ Buradaki "dördüncü kişi"lerden maksat; "lehine borçlu tarafından tasarrufta bulunmuş olan -iptale tâbi- tasarrufu borçludan devralmış olan üçüncü kişiden devralmış olan kişiler"dir. Bu kişilere karşı iptal davası açabilmesi için, "bu kişilerin kötüniyetli oldukları"nın -davacı alacaklı tarafından- ispat edilmesi gerekir.⁵⁶ "Dördüncü kişilerin kötüniyetli olduğu" davacı alacaklı tarafından her türlü kanıtla- "tanık" dahil- ispat edilebilir.

Dava konusu taşınırın/taşınmazı, bunları davalı-borçludan devralmış olan üçüncü kişinin yargılama sırasında *dördüncü bir kişiye* devretmiş olması halinde, mahkemece davacı-alacaklıya "dördüncü kişiyi

⁵² Bilge Umar, age. s: 50 - Orhan Eroğlu, age. s:108 - Mine Toktaş, "Tasarrufun İptali Davaları", 2009- Abdurrahim Karslı, age. s:550 - Mehmet Kâmil Yıldırım, age. s:262 - Timuçin Muşul, "İptal Davaları", s:271 vd.

⁵³ Bknz: 17. HD. 05.10.2020 T. 3519/5060; 24.12.2019 T. 4141/12410; 25.11.2019 T. 85/10994; 23.12.2019 T. 944/12357; 18.11.2019 T. 4438/10757; 20.06.2018 T. 17548/6178; 14.03.2016 T. 18506/3112; 04.05.2015 T. 5440/6298 vb. (www.e-uyar.com)

⁵⁴ Orhan Eroğlu, age. s:108 - Timuçin Muşul, "İptal Davaları", s:266 vd.

⁵⁵ Bknz: 17. HD. 02.04.2019 T. 14064/3930; 15.10.2018 T. 4016/9049; 05.09.2018 T. 2870/7403; 05.09.2018 T. 2870/7403; 19.02.2018 T. 8069/1094; 03.10.2017 T. 2175/8524; 19.06.2017 T. 296/6947; 27.02.2017 T. 23913/1993; 24.01.2017 T. 22158/493; 17.01.2017 T. 17284/170 vb. (www.e-uyar.com)

⁵⁶ Bknz: 17. HD. 17.03.2015 T. 879/4339; 14.03.2013 T. 6166/4065; 01.04.2013 T. 15317/4587; 17.05.2012 T. 5229/6274; 27.09.2010 T. 6295/7377; 08.07.2010 T. 698/6628 vb. (www.e-uyar.com)

davaya dahil edip etmeme veya davasını İİK m. 283/II uyarınca bedele dönüştürüp dönüştürmeme” konusundaki s e ç i m h a k k ı bulunduğunu hatırlatıp, ‘**dördüncü kişinin davaya dahil edilmesi halinde bu kişiye dava dilekçesini tebliğ ettirip taraf teşkilini sağlaması**’ aksi taktirde yani ‘**davanın bedele dönüştürülmesi halinde, dava konusu taşınırın/taşınmazın üçüncü kişi tarafından elden çıkarıldığı tarihteki değerinin -davacının alacak ve fer’ileri ile sınırlı olarak- üçüncü kişiden tahsiline**’ karar verilmesi gerekecektir.

Ancak, **yüksek mahkeme** kimi kararlarında, bu durumda; “... mahkemece, öncelikle davacıya, -davada ‘davalı’ olarak gösterilmemiş olan- kişi hakkında da dava açması için mehil verilmeli, açılacak davanın birleştirilmesinden sonra esas hakkında karar verilmelidir...”⁵⁷ ş e k l i n d e bir çözüm önermişse de, bu çözüm şekli, diğeri kadar pratik olmadığı için uygulamada, çok tercih edilmemektedir.

aa) Yukarıda belirtilen durumlarda, ‘*borçlu ile lehine tasarruf yapılan üçüncü kişi*’ -şekli anlamda- “zorunlu dava arkadaşı” durumundadır.⁵⁸
⁵⁹ Bu nedenle, mahkeme, bu kişilerin açılmış olan iptal davasında “davalı” olarak gösterilmiş olup olmadığını kendiliğinden araştırır.⁶⁰

bb) Buna karşın; “borçlu” ile “kötüniyetli dördüncü kişi” (yani üçüncü kişi ile işlemde bulunan, borçlu ile doğrudan doğruya işlemde

⁵⁷ Bknz: 17. HD. 26.10.2015 T. 3468/11290; 15. HD. 26.02.2004 T. 324/1042 vb. (www.e-uyar.com)

⁵⁸ Baki Kuru, age. C: 4, 1997, s: 3522- Baki Kuru, “El Kitabı”, s: 1425- Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekeş, age. s: 870- Timuçin Muşul, “İcra ve İflas Hukuku”, C: 2, s: 1802- Mehmet Kâmil Yıldırım, age. s: 264- Saim Üstündağ, age. s: 297, dipn. 242a- İzzet Karataş/Erol Ertekin, age. s: 57 vd. - Mustafa Oskay/Coşkun Koçak/Adnan Deynekli/ Ayhan Doğan, age. C: 5, s: 6107- İsmet Sarısözen, agm. s: 290- Cengiz Kostakoğlu, agm. (Ad. D. 1989/6, s: 30- Yasa D. 1989/8, s: 1054)- Ömer Ulukapı, “Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı”, 1991, s: 104- Ali Güneren, age. s: 262- Timuçin Muşul, “İptal Davaları”, s: 219 vd. - Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, “İİK Şerhi”, C: 3, s: 4567- Ejder Yılmaz, “Şerh”, s: 1247

⁵⁹ Bknz: 17. HD. 03.03.2020 T. 301/2448; 18.02.2020 T. 6144/1643; 28.11.2019 T. 4849/11318; 05.11.2019 T. 3700/10135; 03.12.2019 T. 2371/11469; 14.05.2019 T. 9240/6025; 08.05.2019 T. 18642/5721; 06.05.2019 T. 19535/5559; 01.04.2019 T. 15030/3914; 05.11.2018 T. 6404/10082; 18.04.2018 T. 17750/4237; 30.01.2018 T. 11882/404; 24.10.2017 T. 8411/9517; 31.05.2017 T. 9034/6183; 31.05.2017 T. 9034/6183; 24.05.2017 T. 3478/5802; 16.05.2017 T. 6609/5516; 15.04.2013 T. 10728/5449 vb. (www.e-uyar.com)

⁶⁰ Bknz: 17. HD. 18.02.2013 T. 546/1725; 19.04.2013 T. 7744/5115; 16.04.2013 T. 6104/5537 vb. (www.e-uyar.com)

bulunmamış olan kişi) arasında da “ihtiyari dava arkadaşlığı” vardır.⁶¹ **Yüksek mahkeme**⁶² de, bu durumda “ihtiyari dava arkadaşlığı”nın bulunduğunu kabul etmektedir.

Yüksek mahkeme, dava konusu taşınır/taşınmazın, birden fazla kez el değiştirmiş olması halinde “İİK. m. 277 vd. göre açılan tasarrufun iptali davalarında” *‘kötü niyetli tüm alıcıların’* “**TBK. m. 19’a göre açılan muvazaa nedenine dayalı tasarrufun iptali davalarında**” ise *‘satış silsilesinde yer alan tüm alıcıların’* açılacak ‘tasarrufun iptali davası’nda davalı olarak gösterilmesini istemektedir.

VI- Bir tasarrufun İİK. mad. 277 vd. göre iptal davasına konu olabilmesi için, “davacı-alacaklının alacağının doğumundan sonra yapılmış olması” gerekir mi? (*)

İptal davasının dinlenebilmesi için ayrıca, *“davacı-alacaklının alacağının, dava (iptal) konusu tasarruftan önce doğmuş olması”* gerekli midir? Başka bir deyişle, davacı-alacaklı, *“kendi alacağının doğum tarihinden önce yapılan tasarrufların iptalini”* isteyemez mi?

Hemen belirtelim ki, İsviçre (ve Alman)⁶³ **Hukukunda** “alacağın,

⁶¹ ⁶⁰ Timuçin Muşul, “İptal Davaları”, s: 277 vd. - A. Şahabettin Sertkaya/Süleyman Kul, age. s: 403

⁶² Bknz: 17. HD. 07.04.2015 T. 19423/5514; 12.06.2014 T. 15434/9705; 17.02.2014 T. 20137/1911 vb. (www.e-uyar.com)

(*) Talih Uyar, “Hukuki Mütalâalar”3. Baskı, 2020, s:505-535; s:536-554; s:570-586 - Talih Uyar, “Hukuki Mütalâalar”2. Baskı, 2017, s:1080-1084; s:1394-1396; s:1398-1401; s:1511-1513; s:1519-1521 - Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarında “Tasarrufun İptaline Karar Verilebilmesi” Konusunda Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar” (Tür. Bar. Bir. Der. 2018, S:135, s:517-575) - Talih Uyar, “Borçlunun, Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilen Tasarrufları”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2018, S:190, s: 4729-4801- Talih Uyar, “Kefile Karşı veya Kefil Tarafından Açılan Tasarrufun İptali Davalarında “Borcun Doğum Tarihi” Hangi Tarihtir?”, *İBD*, 2019/4, s:15-37- Talih Uyar, “Yargıtay 17. Hukuk Dairesi’nin “Kıdem Tazminatı”, “İhbar Tazminatı” ve “Diğer Sosyal Haklar” Davalı Olarak Açılan Tasarrufun İptali Davalarında, Bu Alacakların Doğum Tarihinin “İş Akdinin Feshedildiği Tarih” Değil “İşe Giriş Tarihi” Olduğuna Dair Yeni İçtihatlarının (Görüşünün) Düşündükleri”, *İBD*, 2017/1, s:42-46 - Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davasının “Usul”den ve “Esas”dan Reddine Neden Olan Durumlar” (Nevşehir Barosu Dergisi’nde yayımlanacak) - Talih Uyar, “Birden Fazla Kredi Sözleşmesinden Kaynaklanan Borç İçin Açılan Tasarrufun İptali Davalarında “Borcun Doğum Tarihi” Nasıl Belirlenir? Tasarrufun İptali Davasının “Bedele Dönüşmesi” (İİKm. 283/II) Halinde, Tazminata Esas “Gerçek Değer”in Hesaplanma Yöntemi”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2018, S:184, s:1739-1758 - Talih Uyar, “İİK’nun 280. maddesi Uyarınca İptal Tâbi Kimi Tasarruflar”, *ABD*, 2014/3, s:415-448

⁶³ Mehmet Kâmil Yıldırım, age. s:288 - Orhan Eroğlu, age. s:72

iptali istenen *tasarruftan önce doğması*” tasarrufun iptali davasının bir ‘ön şartı’ olarak öngörülmemiştir... Orada, alacağın ‘tasarrufun yapıldığı tarihten önce veya sonra doğmasına bir önem atfedilmemektedir.⁶⁴

Bizim hukukumuzda ise bu konunun **doktrinde** tartışmalı olduğunu görüyoruz. Gerçekten **bir görüşe göre**,⁶⁵ “*alacaklının alacağının doğum tarihi, iptale konu tasarruftan sonra olsa bile, alacaklının iptal davası açma hakkı vardır.*” Buna karşın **diğer bir görüşe göre**⁶⁶ ise, “bir tasarrufun iptal edilebilmesi için, davacı-alacaklının alacağının, dava konusu yapılan bu tasarrufun önce doğmuş olması gerekir. Borçlunun tasarrufta bulunurken, o tarihte (tasarruf tarihinde) mevcut olmayan bir alacaklısına zarar vermesi mümkün değildir. Alacaklı, borçlu ile işlemde bulunurken –örneğin; ona borç verirken ya da ona bir taşınır ya da taşınmazını satarken işlem (tasarruf) tarihindeki durumunu dikkate alır. Borçlunun mâli durumu hakkında alacaklının gerekli

⁶⁴ Güray Erdönmez, age. s: 89

⁶⁵ Baki Kuru, “İflas ve Konkordato Hukuku”, s:277 (Ancak, sayın hocamız daha sonra bu görüşünden dönerek, aşağıdaki ikinci görüşe katılmıştır) – Saim Üstündağ, “İflas Hukuku” s:284 – Sümer Altay, age. s:675 – Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, “İİK Şerhi”, C:3, s:4369 vd. – Mehmet Kâmil Yıldırım, “4949 sayılı Kanun’un Getirdiği Değişikliklerle İcra ve İflâs Kanununda Yer Alan Hükümler”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 1, S: 2, 2005, s: 479 – Tolga Akkaya, “İptale Tâbi Tasarruflar”, s: 23 – Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, age. s: 556 vd. – Güray Erdönmez, age. s: 103 – Mine Toktaş age, s:59 – Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, “İİK. Şerhi”, C: 3, s: 4369 vd. – Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davasının Tarafları” (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2015, C: 1, s:3034 – Orhan Eroğlu, age. s:77 vd. – Mehmet Kâmil Yıldırım, age. s:288

⁶⁶ Cengiz Kostakoğlu, agm. (Ad. D. 1989/6, s:20 vd. - Yasa D. 1989/8, s:1047 vd.) - Baki Kuru, “İcra ve İflas Hukuku”, C:4, s:3419- Baki Kuru, “İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku (Ders Kitabı)”, 22. Baskı, 2018, s:485- Baki Kuru, “El Kitabı”, s:1402; 1413- Timuçin Muşul, C: 2, s:1764- İzzet Karataş/Erol Ertekin, age. s:74- Ali Güneren, age. s:1069- Haşmet Sırrı Akşener, “Borcun Doğum Anı ve Tasarrufun İptali Davaları Yönünden Önemi”, *Legal Hukuk Dergisi*, Aralık/2008, s:4007)- Timuçin Muşul, “İptal Davaları”, s: 122 vd. – Timuçin Muşul, “İcra ve İflas Hukuku”, C: II, 1764 – Timuçin Muşul, “Bilirkişi Raporları”, C:2, s:887, 928 – Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, age. s:728 – Levent Börü, “Zarar Verme Kastı”, s:513 – Emine Halman Çetin, age. s:15 – İsmail Ercan, “El Kitabı”, s:990 vd. – Serdar Kale, “İptal Davası”, s:193 – E. Şimşek, İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, s:863 – Mahmut Coşkun, “İptal Davaları”, s:1099- Baki Kuru, “İcra ve İflâs Hukuku “Ders Kitabı””, 2016, s: 490- Baki Kuru, “İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku”, s: 665 vd. - İsmail Ercan, “İcra ve İflâs Hukuku”, 2016, s: 428- A. Şahabettin Sertkaya/Süleyman Kul, age. s: 156 vd. - E. Güney, s:78 vd. – Levent Börü, “Zarar Verme Kasdından Dolay İptal”, s: 497 – Tunahan Çetinel, age. s: 91 – Baki Kuru/Burak Aydın, “İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku “Ders Kitabı””, s: 490, 491

araştırmayı yaparak, ona göre, borçlu ile işlemde bulunması gerekir. Tedbirli bir kişi gibi gerekli araştırmayı yapmayan kimse bunun sonucuna katlanır... Başka bir deyişle, alacaklı, borçlunun tasarruf (işlem) tarihindeki mal varlığına güvenerek onunla işlem yaptığından, işlem tarihinden (borcun doğum tarihinden) önceki tasarruflar iptal davasına konu olamaz... Ayrıca, İİK m. 277 vd. maddelerinin Millet Meclisi Adalet Encümeninde müzakeresi sırasına 'alacaklıların, mumalede bulunduğu sırada, borçlunun mali durumunu bilmeleri gerekeceği' eliriltilerek, 'borçlu veya müflisin, borçlu olmadığı bir zamandaki tasarrufunu muteber saymanın doğru olmayacağı' belirtilmiştir. Yasa, borçlanan bir kişinin malvarlığının, borçlandığı tarih itibariyle alacaklıya karşı borcu miktarınca muhafazasını ve alacağın güvencesini sağlamak üzere hüküm düzenlemiştir... Tasarrufun yapıldığı tarihte bir 'alacaklı' mevcut olmalıdır ki, yasanın koruyucu hükümle-rinden istifade etsin. Nitekim alacaklının, borçlu ile borçlu ile borçlandırıcı işleme girerken, onun malvarlığını ve edim gücünü incelediğini ve durumunu bilerek onunla hukuki ilişkide bulunduğunu kabul etmek gerekir. Borçlunun ekonomik gücünü yeterince incelemeyen borçlandırma işleminden önceki zamanda yapılan tasarruftan kendisi için bir yarar sağlayamaz. Bu suretle, kural olarak, tasarruftan kendisi için bir yarar sağlayamaz. Bu suretle, kural olarak, tasarrufun yapıldığı tarihte alacaklı durumunda olan kişi, iptal davası açabilir, diğer bir ifade ile tasarrufun yapıldığı tarihte üçüncü kişi ile hukuki ilişkide bulunan kişi, borçlu durumda olmalıdır ki, yukarıda sözü edilen tasarruflarının iptali mümkün olabilsin..."

İptal davalarına ilişkin kararları temyizen incelediği dönemde **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi**⁶⁷ birinci görüşe yollamada bulunarak, "iptal davası açılabilmesi için, alacağın iptale tâbi tasarruftan önce ""veya sonra doğmuş olmasının önemli olmadığını" -mutlak olarak- belirtmişken, iptal kararlarını temyizen inceleyen **Yargıtay 15. Hukuk Dairesi**⁶⁸ (ile **Yargıtay Genel Kurulu**⁶⁹) öteden beri ve bugün bu kararları temyizen

⁶⁷ Bknz: 13. HD. 25.6.1979 T. 3011/3730 (www.e-uyar.com)

⁶⁸ Bknz: 15. HD. 10.3.2005 T. 6645/1365; 10.3.2005 T. 6646/1364; 14.12.2004 T. 5965/6501; 23.9.2004 T. 3966/4595; 23.6.2004 T. 367/3525; 24.2.2004 T. 306/960 vb. (www.e-uyar.com)

⁶⁹ Bknz: HGK. 30.03.2016 T. 17-843/433; 16.09.2015 T. 2350/1759; 23.10.2013 T. 17-224/1478; 13.10.2010 T. 17-398/497; 14.02.2007 T. 4-79/77; 16.03.2005 T. 15-37/139; 01.12.2004 T. 15-553/624; 08.02.2004 T. 15-18/82; 30.10.2002 T. 15-849/861 vb. (www.e-uyar.com)

inceleyen **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi**⁷⁰ “iptal davası açılabilmesi için, davacı-alacaklının alacağıının, iptale konu tasarruftan önce doğmuş olması gerektiğini” ısrarla belirtmektedir...

VII- İİK. mad. 280’de malvarlığı, borçlarını ödemeye yetmeyen borçlunun alacaklarına zarar vermek kasdıyla yaptığı tüm⁷¹ (hileli) tasarrufların iptale tâbi olduğu belirtilmiştir.

a- Maddenin kenar başlığında “zarar verme kasdından dolayı iptal” denilmiş ve maddenin metninde “hileli tasarruflar” deyimine yer verilmiş ise de, maddenin içeriğinden, borçlunun geniş anlamda hileli tasarruflarının iptalinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.⁷² Bu hükmün kabul edilmesinin temelinde ‘alacaklıların müracaat edebilecekleri iptal sebeplerini, kanunda sayılanlarla sınırlı olmaktan çıkarma amacı vardır.’⁷³

Madde, 1.7.2003 tarihli 4949 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda bugünkü şeklini almıştır.⁷⁴

b- “Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kasdıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu mâli durumun ve zarar verme kasdının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde iptal edilebilir” (İİK m. 280/I, c:1).⁷⁵

⁷⁰ Bknz: 17. HD. 16.10.2019 T. 2385/3454; 02.10.2019 T. 5952/8805; 19.09.2019 T. 19668/8266; 16.09.2019 T. 17716/8039; 18.06.2019 T. 11306/7721; 11.06.2019 T. 11566/7261; 21.05.2019 T. 13837/6449; 14.05.2019 T. 2378/6032; 08.05.2019 T. 7147/5714, 09.04.2019 T. 457/4362; 03.04.2019 T. 13905/4018; 04.12.2018 T. 2431/11656; 16.10.2018 T. 16979/9101; 09.10.2018 T. 9899/8826; 17. HD. 07.02.2017 T. 10199/1109; 31.01.2017 T. 16188/828; 17.01.2017 T. 5553/169; 16.01.2017 T. 22908/49; 13.12.2016 T. 19953/11507; 29.11.2016 T. 17507/11013; 22.11.2016 T. 14599/10736; 22.11.2016 T. 20934/10741; 22.11.2016 T. 18094/10755; 15.11.2016 T. 15606/10478; 1.11.2016 T. 19030/9654; 25.10.2016 T. 14959/9368; 26.12.2008 T. 4139/5808; 11.11.2008 T. 4984/5235; 6.11.2008 T. 1911/5139; 30.10.2008 T. 1899/4984 vb. (www.e-uyar.com)

⁷¹ Buna karşın, İİK. 278’de “ivazsız tasarruflar ile bağışlama gibi kabul edilen tasarruflar”ın İİK 279’da ise “alacaklılara zarar veren belirli tasarruflar”ın iptali düzenlenmiştir. Bu nedenle, İİK. 280’de ‘genel bir iptal sebebi’ni düzenlediği söylenebilir (Güray Erdönmez, age. s: 14 - Tunahan Çetinel, age. s: 63)

⁷² Baki Kuru, “El Kitabı”, s:1409 vd.

⁷³ Güray Erdönmez, age. s: 9

⁷⁴ Bknz: 4949 sayılı Kanuna ait Hükümet Gerekçesi (Talih Uyar, “İİK. Şerhi”, C: 12, s: 19373)

⁷⁵ Talih Uyar, “Hukuki Mütalâalar”2. Baskı, 2017, s: 9-13; s: 59-75; s: 132-139; s: 267-272; s: 584-589- Talih Uyar, “Hukuki Mütalâalar”, 3. Başkı, 2020, s: 14-31; 829-855; 877-919; 999-1024; 1124-1164- Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarında “Tasar-

Bu madde uyarınca, borçlunun *alacaklarına zarar verme kasdıyla yapmış olduğu hileli işlemlerin (tasarrufların) iptal edilebilmesi için*,^{76 77}

aa) *Borçlu aleyhine tasarrufun yapıldığı tarihten itibaren beş yıl içinde 'haciz' veya 'iflâs' yolu ile takipte bulunulmuş olmalıdır (İİK m. 280/I, c: 2).*

bb) *Borçlunun malvarlığı, borçlarını ödemeye yetmemelidir. Burada 'borca batıklık' (borçlunun malvarlığının aktifinin pasifinden az olması) söz konusudur.⁷⁸ Alacaklılardan bir ya da birkaçının yapmış olduğu icra takiplerinin sonuçsuz kalmış olması, bonoların protesto edilmiş olması, çeklerin karşılıksız çıkmış olması, borçlu hakkında geçici/kesin aciz belgesi düzenlenmiş olması, borçlunun konkordato ilan etmiş olması vb. durumlar, borçlunun 'borca batık' olduğunu gösterir.⁷⁹*

cc) *Borçlu, alacaklılarına zarar verme (mal kaçırma) kastı ile üçüncü kişilerle tasarrufta (işlemden) bulunmuş olmalıdır. Eğer alacaklıya zarar veren tasarruf 'ihmal suretiyle' yapılırsa, bu tasarruf İİK m. 280'e göre iptal edilemez.⁸⁰*

rufun İptaline Karar Verilmesi" Konusunda Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, S: 135, s: 517-575)- Talih Uyar, "Aynı Zamanda 'Hemşerisi' Olan İki Kardeşten Birisine, Sahip Olduğu Taşınmazlardan (2) Tanesini 'Değerinin Çok Altında Bir Bedelle' Devrettikten Sonra, Aynı Gün Öteki Kardeşine de 'Değerinin Çok Altında/Üstünde Bir Bedelle' (4) Taşınmazını Devreden Borçlu Hakkında, Tasarrufun İptali Davası (İİK m. 278/III-2; 280/I) Açılabilir mi?", *Yargı Dünyası*, Ocak-Şubat-Mart, S: 73-75, s: 17-36 - Talih Uyar, "Borçlu Hakkında Üçüncü Kişi Tarafından Takip Konusu Yapılan Senedin (ve İcra Takibinin) "Muvazaalı Olduğu" İleri Sürülerek, Borçlunun Alacaklıları Tarafından "Senedin (ve İcra Takibinin) Kendileri Bakımından Geçersiz Sayılması İçin Tasarrufun İptali Davası Açılabilir mi?" İİK. 280; TBK. 19", *ABD*, 2015/1, s: 369-397- Talih Uyar, "Muvazaa (TBK m. 19) Nedenine Dayalı Tasarrufun İptali Davalarının (İİK. 280/I) Açılma Koşulları ve Sonuçları", *Legal Hukuk Dergisi*, Temmuz/2014, s: 175-187)- Talih Uyar, "Borçlunun, Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilen Tasarrufları", *Legal Hukuk Dergisi*, Eylül/2018, s: 4729-4801

⁷⁶ Timuçin Muşul, "İcra ve İflâs Hukuku", C: 2, s: 1828 vd. - Timuçin Muşul, "İptal Davaları", s: 373 vd. - Tolga Akkaya, "İptale Tabi Tasarruflar", s:40 vd.) - Ali Güneren, "Tasarrufun İptal Davaları", s:816 vd. - Orhan Eroğlu, age. s: 182 vd. - İdil Tuncer Kazancı, age. s: 171 vd. - Tunahan Çetinel, age. s: 93 vd.

⁷⁷ Bu konuda ayrıca bkz: Güray Erdönmez, age. s: 105 vd - Mehmet Kâmil Yıldırım, age. s: 161 vd. - Tunahan Çetinel, age. s: 64 vd.

⁷⁸ Bilge Umar, age. s: 81 - Baki Kuru, "El Kitabı", s: 1410 - Timuçin Muşul, "Davaları", s: 373 - Levent Börü, agm. s: 503 - Talih Uyar, "Alacaklılara Zarar Vermek Kastı ile Yapılan Hileli Tasarruflardan Dolayı İptal", *ABD*, 2017/4, s: 308) - Tunahan Çetinel, age. s: 93- Bilge Umar, "Aciz Hali-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı", s: 319- Orhan Eroğlu, age. s: 182 vd. - Mehmet Kâmil Yıldırım, age. s: 171- Güray Erdönmez, age. s: 76 vd.

⁷⁹ Ali Güneren, age. s: 386- Orhan Eroğlu, age. s: 184 vd.

⁸⁰ Bilge Umar, age. s: 55 - Güray Erdönmez, age. s: 173 - Tunahan Çetinel, age. s: 95

Borçlunun 'alacaklılara zarar verme kastıyla hareket ettiği' hususunun – yaklaşık ispat kurallarına göre – alacaklı tarafından ispat edilmesi gerekir.⁸¹

çç) Borçlunun tasarrufta (işlemede) bulunduğu üçüncü kişiler iyiniyetli (MK. mad. 3) olmamalıdır. Borçlunun içinde bulunduğu mâli durumun (yani; borçlunun malvarlığının borçlarını karşılamadığının) ve alacaklılarına zarar verme kastının, borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişilerce -tasarruf tarihinde- bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emareler (karineler) olmalıdır. Yani, borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişi, borçlunun kasdını biliyor olmalıdır. Bu şartın gerçekleşmiş olması için, "tasarruftan yararlanan üçüncü kişinin, gereken dikkati gösterdiği takdirde, borçlunun durumunu ve işlemin mahiyetini anlayabilecek durumda olması" yeterlidir. Başka bir deyişle, "üçüncü kişi, küçük bir soruşturma, dikkat veya gözlem ile borçlunun durumunu bilebilecek durumda ise", bu şart gerçekleşmiş kabul edilmelidir.⁸²

"Üçüncü kişinin kötüniyetli olduğu" hususunun, alacaklı tarafından – yaklaşık ispat kuralları'na göre- yerine getirilmesi gerekir.⁸³

Yüksek mahkeme, borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişilerin "borçlunun mâli durumunu ve alacaklılarına zarar verme kastını bildiği" konusunda -yani, İİK. mad. 280/1 kapsamındaki- konularla ilgili olarak;

√ "Davalı borçlunun beyanındaki soyut 'tarla komşuluğu' olgusu, İİK m. 280/1'in aradığı' borçlunun içinde bulunduğu mali durumu bilme ve bilmesini gerektiren açık emare' olarak kabul edilerek, başka hiçbir delil ve emareye ihtiyaç duyulmadan 'tasarrufun iptali davası'nın kabulü isabetli midir.? Davalı üçüncü kişinin, borçlunun 'alacaklılarına zarar verme kastını da bilmesi veya bilmesinin gerekmesi de aranmalı mıdır.?"⁸⁴

√ "Davalılar karı-koca olup aralarındaki tasarrufun İİK'nun 278/3-1 maddesine göre bağış niteliğinde olduğu gibi, davalı üçüncü kişi İİK'nın

⁸¹ Güray Erdönmez, age. s: 189 – Tunahan Çetinel, age. s: 95

⁸² Necmettin Berkin, "İflâs Hukuku", s:511- Tolga Akkaya, "İptale Tâbi Tasarruflar", s: 42- Timuçin Muşul, age. s: 375

⁸³ Hakan Albayrak, "Yaklaşık İspat", s: 30 vd. – Talih Uyar, "Alacaklılara Zarar Verme Kastı ile Yapılan (Hileli) Tasarruflardan Dolayı, İptal "İİK. m. 280"" (ABD – 2017/4 s: s: 310) – Güray Erdönmez, age. s: 189 – Tunahan Çetinel, age. s: 98

⁸⁴ Bknz: 17. HD. 09.11.2020 T. 3677/6702 (www.e-uyar.com)

280/1-2 maddesine göre de borçlunun mali durumu ve alacaklılarını ızzar kastını bilebilecek şahıslardan olduğundan davanın kabulüne karar verilmesi gerekeceğini⁸⁵

√ “Davalılar murisinin borçlunun mal kaçırma kastını bilen ya da bilebilecek durumda olan kişilerden olmadığı, taşınmazları satın alan muris ile borçlu arasında yapılan alım satım işleminin gerçek olduğu sonuç ve kanaatine varılmış olmakla ‘davanın kanıtlanamadığından reddine’ karar verilmesi gerekeceğini⁸⁶

√ “Tasarrufun taraflarının anne-kız olup aradaki akrabalık ilişkisi nedeniyle davalı-borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olması ve aksinin ispat edilememesi nedeniyle iptale tabi bulunması nedeniyle aracın satışına ilişkin tasarrufun iptali ile davacıya takip dosyasında alacak ve ferileri ile sınırlı olmak üzere cebri icra yetkisi tanınmasına ilişkin kararın onanacağını⁸⁷

√ “Taraflar arasında herhangi bir tanışıklık olmadığından ve davalı taşınmazı yazlık ihtiyacı nedeniyle satın aldığından ‘davanın reddi’ gerekeceğini⁸⁸ belirtmiştir.

Aynı doğrultuda:

17. HD. 18.12.2019 T. 3305/12145 (www.e-uyar.com)

17. HD. 17.12.2019 T. 1754/12056 (www.e-uyar.com)

17. HD. 17.12.2019 T. 5140/12061 (www.e-uyar.com)

17. HD. 16.12.2019 T. 187/11980 (www.e-uyar.com)

17. HD. 16.12.2019 T. 4621/11995 (www.e-uyar.com)

17. HD. 16.12.2019 T. 4579/11993 (www.e-uyar.com)

17. HD. 11.12.2019 T. 753/11818 (www.e-uyar.com)

17. HD. 11.12.2019 T. 3028/11823 (www.e-uyar.com)

17. HD. 10.12.2019 T. 5491/11727 (www.e-uyar.com)

17. HD. 10.12.2019 T. 3905/11724 (www.e-uyar.com)

17. HD. 09.12.2019 T. 3798/11647 (www.e-uyar.com)

17. HD. 09.12.2019 T. 4702/11648 (www.e-uyar.com)

⁸⁵ Bknz: 17. HD. 11.02.2020 T. 3791/1250 (www.e-uyar.com)

⁸⁶ Bknz: 17. HD. 27.01.2020 T. 1121/55 (www.e-uyar.com)

⁸⁷ Bknz: 17. HD. 23.12.2019 T. 2510/12344 (www.e-uyar.com)

⁸⁸ Bknz: 17. HD. 23.12.2019 T. 3976/12298 (www.e-uyar.com)

17. HD. 09.12.2019 T. 217/11680 (www.e-uyar.com)

VIII- “Borçlu ile üçüncü kişi arasında ticari ilişki bulunması” da **Yargıtay**’ca ‘yapılmış olan tasarrufun iptali sebebi’ olarak kabul edilmektedir.

√ “Dava konusu ilçesinde mevcut gayrimenkullerin kaydında yer alan ipotek yükleri ile birlikte alınmasına , ödemelerin banka kanalı ile yapılmasına ve ipotek alacaklısı bankanın cevabına göre de kredi borcunun tahsil edilip ipoteklerin kaldırıldığıнын belirtilmesine göre davalıların ticari sicil kayıtları ve ticari defterleri dosya arasına alınmaksızın, davalıların aynı iş kolunda çalışıp çalışmadıklarının araştırılmaksızın, davalı borçlular ile davalı arasında dava konusu satım ilişkisi haricinde başkaca bir ticari ilişki olup olmadığı bilirkişi raporu ile belirlenmeksizin, yazılı gerekçe ile karar verilmesinin doğru olmadığını”⁸⁹

√ “Davalı borçlu ile üçüncü kişi arasında, satıştan önce ticari ilişki olduğundan, bu hali ile davalı üçüncü kişinin, borçlunun içinde bulunduğu mali durumu ve amacını bilebilecek kişilerden olduğunu”⁹⁰

√ “Aralarındaki ticari ilişki ve aynı sektörde faaliyet göstermeleri nedeniyle 3. kişi konumundaki davalı şirketin borçlu davalının mali durumu ile alacaklılarını ızzar kastını bilen veya bilmesi lazım gelen kişilerden olduğunu”⁹¹

√ “Aralarındaki ticari ilişkiler, aynı sektörde faaliyet göstermeleri, davalı tarafından ibraz edilen sözleşme örneği ve tüm dosya kapsamından diğer davalının, borçlu-davalının mali durumu ile alacaklıları ızzar kastını bilen veya bilmesi lazım gelen konumda olduğu, bu nedenle satışın muvazaalı olduğu kabul edilerek, tasarrufun iptaline karar verilmesinin isabetli olduğunu”⁹²

√ “Borçlu ile aralarındaki ticari ilişki nedeniyle aynı işkolunda faaliyette bulunan davalı üçüncü kişinin borçlunun durumunu bilebilecek kişilerden sayılması gerekeceğini”⁹³

√ “Borçlu ile aralarındaki ticari ilişki nedeniyle aynı işkolunda faaliyette bulunan davalı üçüncü kişinin borçlunun durumunu bilebilecek kişilerden sayılması gerekeceğini”⁹⁴

belirtmiştir.

⁸⁹ Bknz: 17. HD. 11.12.2019 T. 560/11817 (www.e-uyar.com)

⁹⁰ Bknz: 17. HD. 25.11.2019 T. 4869/11077 (www.e-uyar.com)

⁹¹ Bknz: 17. HD. 15.02.2016 T. 634/1577 (www.e-uyar.com)

⁹² Bknz: 17. HD. 01.07.2014 T. 7633/10394 (www.e-uyar.com)

⁹³ Bknz: 17. HD. 30.11.2010 T. 8438/10371 (www.e-uyar.com)

⁹⁴ Bknz: 17. HD. 01.07.2010 T. 3114/6223 (www.e-uyar.com)

Aynı doğrultuda:

17. HD. 15.12.2009 T. 8003/8465 (www.e-uyar.com)
 17. HD. 26.10.2009 T. 7756/6765 (www.e-uyar.com)
 17. HD. 08.10.2009 T. 4700/5799 (www.e-uyar.com)
 17. HD. 23.06.2009 T. 2033/4554 (www.e-uyar.com)
 17. HD. 11.06.2009 T. 1719/4135 (www.e-uyar.com)
 17. HD. 22.04.2009 T. 163/2613 (www.e-uyar.com)

IX- “Borçlunun, alacaklılarına zarar vermek *kastıyla yaptığı tüm (hileli) tasarrufların iptali davalarında*”, borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişilerin, ‘borçlunun mâli durumunu ve zarar verme kastını bildiğine’ dayanak teşkil eden emarelerden bir diğeri ise, “borçlu ile üçüncü kişinin aynı sektörde faaliyet göstermesi”dir.^{(*) 95}

Borçlunun tasarrufta bulunduğu (taşınır ve taşınmaz mallarını devrettiği, üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklarını temlik ettiği) üçüncü kişinin, “borçlu” ile **aynı sektörde (işkolunda)** -örneğin; inşaat sektöründe, tekstil sektöründe, özel hastane işletme sektöründe, ilaç sektöründe, basın sektöründe, petrol işletmeciliği sektöründe, turizm ve otelcilik sektöründe, taşımacılık sektöründe, gıda sektöründe, tarım sektöründe, emlak sektöründe vb. çalışıyor olmaları veya “borçlu” ile “üçüncü kişi” arasında taşeronluk ilişkisi bulunması halinde- “üçüncü kişi”nin “borçlunun içinde bulunduğu mali durumu ve alacaklılarına zarar verme kastını bilmediğini” ileri sürmesi hayatın olağan akışına aykırı bulunacağından, yüksek mahkeme öteden beri verdiği bütün kararlarında bu durumda, ‘borçlu ile üçüncü kişi arasındaki tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini’ istikrarlı bir şekilde belirtmiştir.

Gerçekten, yüksek mahkeme;

√ “İİK’nın 280/I maddesi gereğince aynı sektörde faaliyette bulunan davalı şirketin, borçlunun mali durumu ve alacaklılarını ızzar kastını bildiğinin de kabulü ile dava konusu gemi satışına ilişkin tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini”⁹⁶

⁹⁵ Güray Erdönmez, age. s: 225 vd. (www.e-uyar.com)

⁹⁶ Bknz: 17. HD. 29.06.2020 T. 4212/4098 (www.e-uyar.com)

√ “Üçüncü kişinin borçlu ile yakın yerlerde aynı konuda faaliyette bulunması halinde, İİK. mad. 280 gereğince değerlendirme yapılıp yapılmayacağıın araştırılması gerektiğini”⁹⁷

√ “Davalı borçlu ile aynı sektörde faaliyet gösterdiği, aralarında geçmişten gelen ticari ilişki bulunan davalıların, dinlenen tanık beyanlarına göre ‘faaliyet gösterdiği sektörün küçük bir sektör olduğu’, ‘birbirini tanıdığı’ beyan edildiğinden, davalı üçüncü kişinin borçlunun mali durumu ve alacaklılarını ızzar kastını bilen veya bilmesi lazım gelen kişilerden olup olmadığı hususu değerlendirilmeksizin davanın reddine karar vermesinin doğru olmadığını”⁹⁸

√ “Radyatör imalathanesi olduğu bilirkişi raporunda belirtilen taşınmaz yönünden, bu işyerinin öncesinde borçluların faaliyette oldukları bir işyeri niteliğinde olup olmadığı yönünde bir araştırma yapılmadığında, bu bölümlerin devirden önce borçlu veya borçluların faaliyette olduğu işyeri olup olmadığı araştırılarak, borçlular ile üçüncü kişilerin aynı işkolunda faaliyette olduklarına ilişkin somut delillerin de ne olduğu ortaya konularak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğini”⁹⁹

√ “Mahkemece, davalıların tamamı aynı sektörde çalışan aynı sitede işyerleri olan ve birbirleriyle ticari alışverişleri olan kişiler olduğu, davalının bu borçların doğumundan sonra çok sayıda yaptığı tasarrufların, mahkemeye ait dosyalarla iptal edildiği, tüm olgular birlikte değerlendirildiğinde davalıların birlikte hareketle davacının alacağıın tahsilini engellemek amacıyla devir işlemlerini yaptıkları sonucuna varıldığından bahisle davanın kabulüne karar verilmesi gerekeceğini”¹⁰⁰

√ “Dava konusu taşınmaz fabrika işyeri olup İİ. m. 280’e uygun olarak bir devrin yapıldığı iddia ve ispat edilmediği gibi, özellikle aynı iş kolunda faaliyet gösteren davalı üçüncü kişinin, diğer davalı borçlu şirketin durumunu bilebilecek kişilerden olduğu ve takibine konu çek mesnetlerinin tasarruf tarihinden önceki tarihler olduğu anlaşıldığından, tasarrufun iptali gerektiğini”¹⁰¹

belirtmiştir

⁹⁷ Bknz: 17. HD. 10.12.2019 T. 5552/11728 (www.e-uyar.com)

⁹⁸ Bknz: 17. HD. 23.10.2019 T. 4452/9821 (www.e-uyar.com)

⁹⁹ Bknz: 17. HD. 18.06.2019 T. 13586/7714 (www.e-uyar.com)

¹⁰⁰ Bknz: 17. HD. 06.11.2018 T. 11139/10499 (www.e-uyar.com)

¹⁰¹ Bknz: 17. HD. 24.04.2018 T. 1701/4425 (www.e-uyar.com)

Aynı doğrultuda:

- Antalya BAM. 4. HD. 20.02.2018 T. 1303/189 (www.e-uyar.com)
 17. HD. 06.02.2018 T. 9029/651 (www.e-uyar.com)
 17. HD. 11.04.2017 T. 541/3933 (www.e-uyar.com)
 17. HD. 07.03.2017 T. 23904/2420 (www.e-uyar.com)
 17. HD. 07.03.2017 T. 25136/2419 (www.e-uyar.com)
 17. HD. 07.03.2017 T. 23902/2418 (www.e-uyar.com)
 17. HD. 14.02.2017 T. 23898/1459 (www.e-uyar.com)
 17. HD. 14.02.2017 T. 23903/1462 (www.e-uyar.com)
 17. HD. 12.04.2016 T. 9909/4624 (www.e-uyar.com)
 17. HD. 15.02.2016 T. 634/1577 (www.e-uyar.com)
 17. HD. 10.11.2015 T. 5118/11878 (www.e-uyar.com)

X- İİK m. 280/III, borçlunun, ticari işletmesini ya da işyerindeki ticari mallarını üçüncü kişilere devretmesi ile ilgili olup; "borçlunun ticari işletmesinin ya da işyerinde bulunan ticari mallarının tamamını veya önemli bir kısmını borçludan devir veya satın alarak işyerini işletmeye başlayan yahut bu malların bir kısmını borçludan almakla beraber, işyerini sonradan işgal eden üçüncü kişinin, borçlunun alacaklılarına zarar verme kastını bildiği ve borçlunun da bu hallerde alacaklılarına zarar verme koşulu ile hareket ettiği" kabul edilir.^{102*}

¹⁰² (*) Talih Uyar, "Hukukî Mütalâalar", 3. Baskı, 2020, s: 51-86; 536-554; 877-919- Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davası ve Muvazaa, Nam-ı Müstear, İşletmenin Devri, Kanuna Karşı Hile ve Perdeyi Kaldırma Teorisi", ABD, 2016/2; s: 343-403)- Talih Uyar, "Ticari İşletme Devirlerinin Muvazaa Nedeniyle İptali "İİK. m. 280/III"", ABD, 2014/4, s: 623-656)- Talih Uyar, "İİK'nın 280. maddesi Uyarınca İptale Tabi Kimi Tasarruflar", ABD, 2014/3, s: 415-448) - Talih Uyar, "Hukukî Mütalâalar", 2.Baskı, 2017, s: 13-17; s: 787-789; s: 1089-1097 - Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davalarında "Ticari İşletmenin Devri" (İİK. 280/III), "İptale Tabi Tasarrufların Kapsamı" (İİK. 278, 279, 280) ve "Mahkemeye Aciz vesikası Sunulması" (İİK. 277) Konularına İlişkin Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Arş Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı), C: III, Nisan/2020, s: 3941-3981] - Mehmet Bahtiyar, "Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri", Legal Hukuk Dergisi, Ekim/2011, S: 106, s: 3889-3910) - Okay Durman, "İcra ve İflas Hukuku, Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri", 2009- Evrim Erişir, "Ticari İşletmenin Devrinde İhtkak ve Tasarrufun İptali Davaları Arasındaki İlişki", BATIDER, Aralık/2008,

"Esnaf sınırını aşacak surette ticarethane veya fabrikacılık sayılabilecek faaliyetleri devamlı olarak yapan veya ticarethane ve fabrika kavramlarının kapsamı dışında kalsa bile ticari muhasebenin tutulmasını gerekli kılacak büyüklükte bir örgüte sahip, bağımsız işletme"¹⁰³, "ticaret yapmak için emek, sermaye, doğal kaynak ve tekniği, sisteme ve amaca yönelik olarak plan ve uyumlu biçimde bir araya getirip, ekonomik mal veya hizmet üretmek üzere işleyen birim"¹⁰⁴ vb. şeklinde tanımlanan '**ticari işletme**' den söz edebilmek için, orada 'işçi' çalıştırılması da gerekli değildir.¹⁰⁵

Yüksek mahkeme, tasarrufun iptali davalarında, İİK m. 280/III'deki 'ticari işletme' kavramını daha geniş yorumlamakta ve "ticari bir aracın (taksinin, kamyonun, iş makinesinin) devrini" '**ticari işletme devri**' olarak algılamaktadır.¹⁰⁶

Bu karine, ancak iptal davası açan alacaklıya 'sözü geçen devrin, satış veya ticari işletmenin (işyerinin) terk edildiği tarihten en az üç ay önce durumun yazılı olarak bildirildiği' veya 'ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaların asılmasıyla' birlikte 'ticaret sicili gazetesıyla', bu mümkün olmadığı takdirde, 'bütün alacaklıların öğrenmelerini temin edecek şekilde münasip vasıtalarla ilân olunduğu' ispat edilerek çürütülebilir (İİK m. 280/III)

Başka bir deyişle, kanun koyucu İİK m. 280/III'de "tacir olan borçlular için" özel bir durum öngörerek, bu halde, gerek "borçlunun alacaklılarına zarar verme kastını" ve gerekse üçüncü kişinin "bu kastı bildiklerini" farz etmiştir.

S: 4, s: 271-301) – Şeref Ertaş, "Ticari işletmenin Devrinde Hakların ve Borçların İntikali", *Terazi Hukuk Dergisi*, Mart/2020, s: 572-579 – Murat Fatih Ülkü/ Erol Karaaslan, "Alacaklılardan Mal Kaçırarak Amacıyla Ticari işletmenin Devri ve Türk Hukukunda Bir Bilinmeyen": B.Y. m. 179, *Manisa Barosu Dergisi*, Der. Temmuz – Ekim/1999, s: 47-67 – Mehmet Kâmil Yıldırım "Tasarrufun İptali Davasında Ticari İşletme Devri Karinesi" (Prof. Dr. Nur Cantel'e Armağan, 2013/2, s: 471-482)

¹⁰³ Mahmut Tevfik Bırsel, "Ticari İşletme Hukuku", 1970, s: 75

¹⁰⁴ Okay Durman age. s: 26

¹⁰⁵ Bektaş Kar, İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim (*Çalışma ve Toplum Ekonomi Dergisi*, S: 17, s: 105 vd. - Senay Güner, "6102 sayılı TTK ve 4857 sayılı İş Kanunu Düzenlemeleri Işığında İşyeri Devri ve İş İlişkilerine Etkisi", *Legal Hukuk Dergisi*, Kasım/2015, s: 114- Ercüment Özkaraca, "İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu", 2008, s: 20

¹⁰⁶ Bknz: 17. HD. 09.06.2014 T. 2388/9209; 06.02.2012 T. 13158/1129 (www.e-uyar.com)

Bu hükme göre, üçüncü kişi; borçlu – tacirden; **a)** “Ticari işletmesinin veya işyerinin önemli bir kısmını devralmış veya satın almışsa, **b)** Yahut işyerindeki ticari mallarının tamamını veya önemli bir kısmını devralmış veya satın almışsa”, **c)** Ya da ticari işletmesinin/işyerinin bir kısmını iktisap ettikten sonra ticari işlemeyi/işyerini sonradan işgal etmişse, **borçlunun alacaklılarına zarar verme kastı** ile hareket etmiş sayılır.

Başka bir deyişle, böyle bir durumda, İİK m. 280/III’de yer alan bu ‘karine’ nedeniyle, “üçüncü kişinin borçlunun borca batık olduğunu” ve ‘alacaklılara zarar verme kastıyla hareket ettiğini’ bildiği” kabul edilmektedir.¹⁰⁷

Kanunun kabul ettiği bu karine ancak iki şekilde çürütülebilir:

√ “Borçlu ya da üçüncü kişi, devir, satış veya terk tarihinden itibaren en az **üç ay önce**, durumu iptal davasını açan alacaklıya yazılı olarak bildirdiklerini” ya da,

√ “Borçlu ya da üçüncü kişi, yine devir, satış veya terk tarihinden itibaren en az **üç ay önce**, ticari işletmenin bulunduğu yerde, bu durumu belirten, görülebilir levhalar asmakla beraber ayrıca Ticaret Sicili Gazetesiyle, bu mümkün olmadığı takdirde, bütün alacaklıların öğrenebilecekleri şekilde, uygun vasıtalarla ilan ettiklerini” ispat ederlerse, aleyhlerindeki karineyi çürütebilirler.¹⁰⁸

Açıklanan bu hükümlerle, iptal davalarına konu olabilecek tasarruflar arttırılmıştır.¹⁰⁹

Yüksek mahkeme, buraya kadar açıklanan İİK m. 280/III’de öngörülen bu ‘karine’ ile ilgili olarak;

√ “Dava konusu çelik yakıt tanklarının borçlu şirketin ticari emtiasından biri olduğu, bu emtianın borçlu şirketin ticari işletmesinin önemli bir kısmını oluşturması halinde İİK’nun 280. maddesi gereğince yapılan devir ticari işletmenin devri niteliğinde alacağından, mahkemece satış tarihinde dava konusu geminin, borçlunun ticari işletmesinin önemli bir mal varlığını

¹⁰⁷ Bknz: Tunahan Çetinel, age. s: 69

¹⁰⁸ Bu konuda ayrıca bknz: İdil Tuncer Kazancı, age. s: 180 vd.

¹⁰⁹ İsmet Sarısözen, “Yargılama Usulü”, s: 54

oluşturup oluşturmadığı araştırılarak, oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekeceğini"¹¹⁰

√ *"Taşınmazlar üzerinde taşınmazın değerinden fazla ipotek bulunduğu, bu itibarla ivaz farkından bahsedilemeyeceği, davalı borçlular ile diğer davalılar arasında İİK'nın 280/2 maddesinde sayılan bir yakınlık olmadığı ve taşınmazların tapudaki niteliklerinin mesken oluşu dikkate alınarak ticari işletme hükmünde de olmadığı anlaşıldığından tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmesi gerektiği"*¹¹¹

√ *"Davalılar arasındaki işlemlerin örtülü işyeri devri mahiyetinde olduğunun tespit edilerek İİK m. 280/3 gereğince iptale tabi bulunduğu"*¹¹²

√ *"Davalı borçlunun satılan taşınmazda bir ticari faaliyeti olmadığından, taşınmazın işyeri vasfında olmasının İİK'nın 280. madde anlamında bir işyeri devri sonucunu doğurmayacağı"*¹¹³

√ *"Davalı takip borçlusu şirket tasfiye halinde olduğundan 'taşınmazı alan davalının bunu bilerek aldığı, İİK 280/3 maddedeki karinenin aksi davalar tarafından yasada belirtildiği şekilde çürütülemediği'nden bahisle 'davanın kabulüne' karar verilmesi gerekeceği"*¹¹⁴

√ *"Borçlu şirkete ait fabrikanın diğer davalı şirkete devredilmiş olması nedeniyle, İİK'nın 280/3. maddesi gereğince 'işyerini devir alan şirketin borçlunun alacaklarını ızzar kastını bildiği ve borçlunun da bu hallerde ızzar kastıyla hareket ettiğinin kabul edilmesi gerektiği, bu karinenin davalı şirketlerce devir işlemine ilişkin keyfiyetin İİK'nın 280/3. maddesinde belirtildiği şekilde ilan edilmemesi nedeniyle çürütülmediği'nden bahisle, davanın kabulüne karar verilmesi gerekeceğini"*¹¹⁵

belirtmiştir.

¹¹⁰ Bknz: 17. HD. 29.06.2020 T. 4212/4098 (www.e-uyar.com)

¹¹¹ Bknz: 17. HD. 03.02.2020 T. 5150/349 (www.e-uyar.com)

¹¹² Bknz: 17. HD. 18.12.2019 T. 5577/12150 (www.e-uyar.com)

¹¹³ Bknz: 17. HD. 17.12.2019 T. 609/12065 (www.e-uyar.com)

¹¹⁴ Bknz: 17. HD. 03.12.2019 T. 5264/11413 (www.e-uyar.com)

¹¹⁵ Bknz: 17. HD. 25.11.2019 T. 2426/11070 (www.e-uyar.com)

XI- Tasarrufun iptali davasının esasına girebilmesi için gerçekleşmesi gereken “dava şartları”^{116*};

Bilindiği gibi “dava şartı” ‘davanın esas hakkında yargılama yapılabilmesi ve karar verilebilmesi için varlığı veya yokluğu gerekli olan şartlar’dır.¹¹⁷

Yeni HMK’nın 114. maddesinin 1. fıkrasında ‘dava şartlarının neler olduğu’ (12) bent halinde sayılarak belirtildiği gibi; 2. fıkrasında ‘diğer kanunlarda yer alan dava şartlarının ilişkin hükümlerin saklı olduğu’ açıklanmıştır.

HMK’nın 114. maddesinde (12) bent halinde sayılan –ve tüm davalar için geçerli olan- dava şartları “genel dava şartları”, buna karşın HMK m. 114/2’de belirtilen dava şartlarına ise, bazı davalar için öngö-

¹¹⁶ (c) Talih Uyar, “Hukukî Mütalâalar”, 3. Baskı, 2020, s: 51-86; 536-554; 877-919- Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davası ve Muvazaa, Nam-ı Müstear, İşletmenin Devri, Kanuna Karşı Hile ve Perdeyi Kaldırma Teorisi”, ABD 2016/2; s: 343-403)- Talih Uyar, “Ticari İşletme Devirlerinin Muvazaa Nedeniyle İptali “İİK m. 280/III” (ABD. 2014/4, s: 623-656)- Talih Uyar, “İİK’nın 280. maddesi Uyarınca İptale Tabi Kimi Tasarruflar”, ABD, 2014/3, s: 415-448) – Talih Uyar, “Hukukî Mütalâalar”2.Baskı, 2017, s: 13-17; s: 787-789; s: 1089-1097 – Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarında “Ticari İşletmenin Devri” (İİK. 280/III), “İptale Tabi Tasarrufların Kapsamı” (İİK. 278, 279, 280) ve “Mahkemeye Aciz vesikası Sunulması” (İİK. 277) Konularına İlişkin Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Arş Gör. Ceren Damar Şenel Armağan), C: III, Nisan/2020, s: 3941-3981] – Mehmet Bahtiyar, “Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri”, Legal Hukuk Dergisi, Ekim/2011, S: 106, s: 3889-3910 – Okay Durman, age. – Evrim Erişir, “Ticari İşletmenin Devrinde İtihtak ve Tasarrufun İptali Davaları Arasındaki İlişki”, BATIDER, Aralık/2008, S: 4, s: 271-301– Şeref Ertaş, “Ticari işletmenin Devrinde Hakların ve Borçların İntikali”, Terazi Hukuk Dergisi, Mart/2020, s: 572-579 – Murat Fatih Ülkü/Erol Karaaslan, “Alacaklılardan Mal Kaçırma Amacıyla Ticari işletmenin Devri ve Türk Hukukunda Bir Bilinmeyen”: BY. m. 179, Manisa Barosu Dergisi, Temmuz – Ekim/1999, s: 47-67) – Mehmet Kâmil Yıldırım, “Tasarrufun İptali Davasında Ticari İşletme Devri Karinesi” (Prof. Dr. Nur Cantel’e Armağan, 2013/2, s: 471-482)

¹¹⁷ Baki Kuru, “Medeni Usul Hukuku El Kitabı”, C: 1, 2020, s: 375-398 – Baki Kuru, “Dava Şartları” (Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan, 1964, s: 109-147) – Ramazan Arslan, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Medeni Usul Hukukuna Getirdiği Başlıca Yenilikler” (Prof. Dr. Gürkan Çelebican’a Armağan, 2011, s: 439-459) – Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanagası, “Medeni Usul Hukuku”, 6. Baskı, s: 310 vd. – Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, “Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)”, 4. Baskı, s: 243 vd. – Şanal Görgün, “Medeni Usul Hukuku”, 3. Bası, s: 144 vd. – Hakan Albayrak, “Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları”, AÜHFD, 2015/4, s: 931-974) – Tunahan Çetinel, age. s: 75 vd. – Hakan Pekcanitez, “Pekcanitez Usul Hukuku”, 2017, s: 925 vd.; 950 vd.

rülmüş olduğu için “özel dava şartı” olarak nitelendirilir. Örneğin; İİK m. 277/I-1’de öngörülen ‘tasarrufun iptali davası açabilmek için kesin ya da geçici aciz belgesi ibraz etme zorunluluğu’, İİK m. 69/II’de öngörülen ‘borçtan kurtulma davası açabilmek için %5 oranında teminat gösterme zorunluluğu’ birer “özel dava şartı”dır.¹¹⁸

“Tasarrufun iptali davası”nda aranan d a v a ş a r t l a r ı ;

- a) ‘İcra takibinin kesinleşmiş olması’ gerekir.
- b) ‘Takip konusu alacağın gerçek bir alacak olması’ gerekir.
- c) ‘Borçlu hakkında yapılmış icra takibine konu olan alacağın kesinleşmiş olması’ gerekir.
- ç) ‘Borçlu hakkında kesin aciz belgesi ya da geçici aciz belgesi’ (niteliğinde haciz tutanağı) düzenlenmiş olmalıdır.

Belirtilen bu dava şartlarından herhangi birisinin veya birden fazlasının dava konusu olayda gerçekleşmemiş olması halinde, mahkemece “ön koşul yokluğu nedeniyle tasarrufun iptali davasının reddine” karar verilir.¹¹⁹

XII- Açılmış olan tasarrufun iptali davasında mahkemece ö n c e “dava önkoşulu” olan kesin (İİK m. 143, 105/I) ya da geçici aciz belgesinin (İİK m. 105/II) bulunup bulunmadığı ya da aciz belgesi ibrazına gerek bırakmayan BK m. 19’a dayalı (‘muvazaa’ nedenine) bir tasarrufun iptali davasının söz konusu olup olmadığı araştırılır.¹²⁰ Ondan sonra iptal koşullarının (İİK m. 278, 279, 280) bulunup bulunmadığı irdelenir. İptal davasının, üçüncü kişinin elinden çıkardığı malların yerine geçen değere ilişkin olması halinde, n a k d e n t a z m i n e (İİK m. 283/II) karar verilir.

Yapılan inceleme sonucunda yapılan satışta edimler arasında aşırı fark bulunmadığı görülür, davalıların arasında mal kaçırma kastını davalı üçüncü kişinin bildiği ya da bilebilecek durumda olduğunu gösteren bir yakınlığın da ispat edilememesi halinde, (İİK m. 280/I), açılmış olan tasarrufun iptali davasının reddine karar verilir.¹²¹

¹¹⁸ Hakan Albayrak, agm. s: 934

¹¹⁹ Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, age., s: 749 vd.

¹²⁰ Bknz: 7. HD. 19.02.2013 T. 4941/1956 (www.e-uyar.com)

¹²¹ Bknz: 17. HD. 18.03.2013 T. 5379/3515 (www.e-uyar.com)

XIII- Hâkim, iptal edilmesi istenen tasarruf konusu mallar hakkında davacının istemi üzerine -davacının alacak ve fer'ileri ile sınırlı olarak¹²² *ihtiyati haciz* kararı verebilir (İİK. mad. 281/II).^(*)

'İptal davalarında ihtiyati haciz' konusunu düzenlemiş olan İİK'nın 281/II. maddesinde bu husus;

"Hâkim, iptale tabi tasarrufların konusu olan mallar hakkında alacaklının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verebilir. Teminatın lüzum ve miktarı mahkemece takdir ve tayin olunur. Şu kadar ki, davanın elden çıkarılmış mallar yerine kaim olan kıymete taalluku halinde, teminat göstermeksizin ihtiyati haciz kararı verilemez."

ş e k l i n d e düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi burada (3) hususa değinilmiştir:

1) Mahkemece; "iptal davasına konu olan (iptale tabi tasarrufların konusu olan) mallar hakkında" -alacaklının talebi üzerine- 'ihtiyati haciz kararı' verilebilir.

2) "Teminatın lüzum ve miktarı" mahkemece takdir ve tayin olunur.

3) "İptal davası bedele dönüşmüşse (İİK m. 283/II)" (yani 'iptal davası, elden çıkarılmış mallar yerine kaim olan kıymete ilişkinse'); mahkemece, teminat gösterilmeden ihtiyati haciz kararı verilemez.

Bu düzenleme, 'iptal davasının bedele dönüşmüş olması halinde' "hangi konuda ihtiyati haciz kararı verilebileceği" konusunu açıkça düzenlemediği (aydınlatmadığı) için yeterli değildir. Kanun'un bugünkü

¹²² Bknz: 17. HD. 14.10.2019 T. 175/9302; 09.10.2019 T. 393/9197; 01.10.2019 T. 979/8710; 23.09.2019 T. 12885/8379; 16.09.2019 T. 15616/8043; 16.09.2019 T. 13953/8047; 25.06.2019 T. 17506/7853; 18.06.2019 T. 12796/7713; 20.05.2019 T. 8955/6312; 14.05.2019 T. 9240/6025 vd. (www.e-uyar.com)

(*) Haşmet Sırrı Akşener, "Tasarrufun İptali Davalarında İhtiyati Haciz", *Legal Hukuk Dergisi*, Ağustos/2013, s: 115-121) - Talih Uyar, "Hukuki Mütalâalar" 3. Baskı, 2020, s: 140-169; s: 1124-1164 - Talih Uyar, "Hukuki Mütalâalar" 2. Baskı, 2017, s: 273-278; s: 387-392 - Talih Uyar, "Borçlunun, Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilen Tasarrufları", *Legal Hukuk Dergisi*, 2018, S: 190, s: 4729-4801) - Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davalarında "Tasarrufun İptaline Karar Verilmesi" Konusunda Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, S: 135, s: 517-575) - Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davası (İİK. 277 vd.) ve İtirazın İptali Davası (İİK. 67) Sırasında Konulan "İhtiyati Haciz" Ne Zaman ve Nasıl Kesin Hazce Dönüşür?", *Legal Hukuk Dergisi* 2017/Şubat, s: 751-755)

mevcut düzenlemesinden sanki bu durumda da “*iptale tabi tasarrufların konusu olan mallar hakkında*” ihtiyati haciz kararı verilebileceği izlenimi uyanmaktadır. U y g u l a m a d a da, bu konuda sık sık tereddüde düşülmektedir... Halbuki, bu durumda, ‘davanın kabulü’ halinde, mahkemece “dava bedele dönüşmüş olduğundan, dava konusu şeyin üçüncü kişinin elinden çıktığı tarihteki değeri oranında -davacının alacağından fazla olmamak üzere- davalı üçüncü kişi, davacıya tazminat ödemeye” mahkum edilecektir. Bu nedenle, bu durumda, davacı -alacaklının mahkemedен ‘ihtiyati haciz kararı verilmesini’ istemiş olması halinde -teminat mukabilinde- “Dava Konusu (İptale Tabi Tasarrufların Konusu) Olan Mallar Hakkında” değil “Davalı Üçüncü Kişinin Taşınır ve Taşınmaz Malları ile Üçüncü Kişilerdeki Hak ve Alacaklarına, İİK. m. 281/II Gereğince İhtiyati Haciz Konulmasına” ş e k l i n d e karar verilmesi isabetli olacaktır.

İptal davasını kimlerin açabileceği -yani, bu davada kimlerin “*davacı sıfatı*”nı taşıyabileceği- bu maddede -sayılarak (tahdidi olarak)- belirtilmiştir. Burada belirtilen kişilerin dışındakilerin dava açma hakkı yoktur.

İptal davası sabit olduğu (kazanıldığı) takdirde, davacı, dava konusu mal üzerinde, sanki o mal hala borçlunun malvarlığında (mülkiyetinde) imiş gibi, cebri icra yolu ile hakkını (alacağını) almak yetkisini elde eder. Dava konusu mal, “iptal kararı” ile borçlunun mülkiyetine (malvarlığına) dönmez.¹²³ Üçüncü kişi yine “malik” olmakta devam eder.¹²⁴ Bu husus, iptal davasının *aynî* bir dava olmayıp, *kişisel* bir dava olmasının sonucudur.¹²⁵

Kazanılan iptal davasının konusu *taşınmaz* ise, -yani; alacaklı tarafından, sahip olduğu taşınmazı (taşınmazları) üçüncü kişilere devretmiş olan borçlulara karşı, bu devir işlemlerinin iptali için “tasarrufun iptali davası” açılmış ise- alacaklı; “davalı-üçüncü kişi üzerindeki kaydın düzeltilmesine -iptal ve tescile- gerek kalmadan o taşınmazın hac-

¹²³ Bknz: 12. HD. 10.12.2015 T. 17105/31231; 16.06.2015 T. 11663/1672; 26.05.2014 T. 12621/15005; 18.10.2012 T. 21675/30215; 10.04.2012 T. 30240/11673 vb. (www.e-uyar.com)

¹²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: Yuk. Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, “Tasarrufun İptali Davaları”, s: 19 vd. - Talih Uyar, “İİK Şerhi”, Cilt: 11, s: 18658- Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, “İİK Şerhi”, C: 3, s: 4306

¹²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: Yuk. Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, “Tasarrufun İptali Davaları”, s: 20 vd. - Talih Uyar, age. Cilt: 11, s: 18660 vd. - Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, “İİK Şerhi”, C: 3, s: 4309 vd.

zini ve satışını" isteyebilir.^{(*)126} Bu nedenle, satış işlemine konu yapılan taşınmaz hakkında açılan iptal davalarında, iptal isteminin yerinde görülmesi halinde mahkemece;

"Satış işleminin (tasarrufunun) iptaline' ilişkin tasarrufun iptali davaları sonucunda, davanın kabulü halinde mahkemece 'davalı üçüncü kişi üzerindeki tapu kaydının iptaline ve taşınmazın tekrar borçlu adına tesciline' (eski hale getirilmesine) taşınmazın önceki maliklere döndürülmesine' ya da daha kısa olarak 'tapunun iptaline' şeklinde" karar verilmeyip, "...tapu hissesinin iptali ile borçlu adına tesciline' değil, 'dava konusu tasarrufun iptaline, davacı alacaklıya icra takibindeki alacak ve fer'ileri (eklentileri) ile sınırlı olmak üzere, dava konusu taşınmaz hissesi üzerinde haciz ve satış işleme yetkisinin tanınmasına...' '...satışa konu taşınmaz malikinin borçlu ...olduğunun tesbitine değil '... dava konusu taşınmaz/taşınır üzerinde davacıya alacak ve fer'ileri (eklentileri) ile sınırlı olarak cebri icra yoluyla alacağını almak yetkisinin tanınmasına' '... satış tasarrufunun iptali ile davalı üçüncü kişi adına olan tapu kaydının iptal edilip borçlu adına tesciline...' değil, '... satışa konu taşınmazlar üzerinde davacı alacaklıya icra takibindeki alacak ve fer'ilerini (eklentilerini) geçmemek üzere haciz ve satış isteme yetkisinin tanınmasına' 'dava konusu satışın iptaline ve taşınmazın borçlu adına tesciline' değil, '... satışına ilişkin tasarrufun asıl alacak ve fer'ileri ile (eklentileri ile) sınırlı olarak iptaline...' şeklinde karar verilmesi gerekir.¹²⁷

Tasarrufun iptali davasında, davalı-üçüncü kişi, borçludan satın aldığı taşınır/taşınmazı elinden çıkarırsa -yani; dördüncü bir kişiye devrederse- mahkemece davacıya (vekiline) "İİK m. 282 ve 283/II uyarınca 'seçimlik hakkı'nı hatırlatarak 'açtığı davayı (kötüniyetli) dördüncü kişiye dahil edip etmeyeceğini' sorması ve 'davacının (vekilinin) davasına (kötüniyetli) dördüncü kişiyi dahil etmesi halinde, bu kişiye dava dilekçesini tebliğ etmesi' aksi taktirde -yani; bu kişinin davaya dahil edilmemesi

¹²⁶ Bknz: 17. HD. 02.05.2017 T. 468/4921; 17.04.2017 T. 3407/4165; 16.03.2017 T. 21450/3705; 22.11.2016 T. 20871/10761; 08.11.2016 T. 19318/10238; 18.10.2016 T. 17449/9073; 11.10.2016 T. 17076/8800; 24.05.2016 T. 12160/6293; 17.05.2016 T. 14579/6009; 19.04.2016 T. 2560/5017; 05.04.2016 T. 20578/4259; 08.02.2016 T. 18704/1197; 02.02.2016 T. 6331/1184; 15.04.2013 T. 10728/5449; 15. HD. 14.04.2003 T. 986/1956; 25.05.1998 T. 1847/1925 vb. (www.e-uyar.com)

¹²⁷ Bknz: 17. HD. 05.11.2019 T. 2397/10196; 12.09.2013 T. 10078/12080; 05.05.2011 T. 4409/4351; 27.09.2010 T. 6377/7378; 22.12.2009 T. 7344/8780; 23.09.2008 T. 2532/4228; 11.07.2008 T. 2592/3947; 14.07.2008 T. 2591/3946; 19.06.2008 T. 867/3381 vb.; 4. HD. 13.04.2008 T. 4720/4129; 06.02.2011 T. 2669/1368; 24.01.2011 T. 14470/446; 04.11.2010 T. 11690/11472; 18.06.2008 T. 13589/8413; 09.06.2008 T. 13019/7851; 08.05.2008 T. 1779/6552 vb. (www.e-uyar.com)

veya kötünîyetli olduğunun kanıtlanamaması halinde- '*davanın bedele dönüştüğü*' kabul edilerek, '*dava konusu tasarrufa konu taşınır ya da taşınmazın tasarruf tarihindeki gerçek değeri belirlenerek*' -davacının takip konusu alacak ve fer'ileri ile (faiz ve takip masrafları ile) sınırlı olarak-davalı üçüncü k i ş i tazminata mahkum edilir (İİK m. 283/II).^(*)

Bu halde alacaklı, iptal davası sonucunda aldığı ilamı, -kesinleşmeden-¹²⁸ doğrudan doğruya davalı-üçüncü kişiye karşı icraya koyabilir.¹²⁹

Eğer üçüncü kişi, dava konusu malı, *dava sırasında elden çıkarmışsa*, davacı-alacaklı, bu durumda İİK m. 283/II hükmünün uygulanmasını isteyebilir.

İptal davasının 'bedele dönüşmesi' için, üçüncü kişinin dava konusu taşınırı/taşınmazı devrettiği kişinin (dördüncü kişinin) 'i y i n i y e t l i

o l m a s ı' gerektiği, gerek **doktrin**¹³⁰ ve gerekse **Yargıtay içtihatlarının**¹³¹ hemfikir olduğu bir görüştür.¹³²

¹²⁸ (*) Talih Uyar, "Hukuki Mütalâalar"3. Baskı, 2020, s:140-169; s:570-586 - Talih Uyar, Tasarrufun İptali Davasının 'Bedel'e Dönüşmesinin Uygulamada Yaşattığı Sorunlar "İİK m. 283/II", *İBD*, Mart/2020, s:87-121) - Talih Uyar, Tasarrufun İptali Davasına Konu Olan ve Üzerinde İpotek Bulunan Bir Taşınmazı, Davalı Üçüncü Kişiden Satın Alan Dördüncü Kişinin İyiniyetli Olup Olmamasının Doğurduğu Sonuçlar "İİK. 282; 283/II", *Legal Hukuk Dergisi*, 2018, S:184, s:1721-1758) - Talih Uyar, "Hukuki Mütalâalar", 2. Bası, 2017, s:1406-1410

Bknz: 8. HD. 26.06.2012 T. 6080/6236; 26.06.2012 T. 6078/6234; 08.05.2012 T. 3729/3956; 12. HD. 25.12.2008 T. 8746/23250; 24.04.2007 T. 5791/5973 (www.e-uyar.com)

¹²⁹ Baki Kuru, "İcra ve İflas Hukuku", C: 4, s: 3576- Baki Kuru, "El Kitabı", s: 1436- Burhan Gürdoğan, age. s: 245- Timuçin Muşul, "İcra ve İflas Hukuku", C: 2, s: 1840- Timuçin Muşul, "İptal Davaları", s: 530- İzzet Karataş/Erol Ertekin, "Tasarufun İptali Davaları", s: 243- Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, "İİK Şerhi", C: 3, s: 4582- Ejder Yılmaz, "İİK. Şerhi", s: 1252 -

¹³⁰ Baki Kuru, "El Kitabı", s: 1424 vd. - A. Şahabettin Sertkaya/Süleyman Kul, s: 445 vd. - Timuçin Muşul, "İptal Davaları", s: 514- Ejder Yılmaz, age. s: 1251- Mahmut Coşkun, "Açıklamalı-İçtihatlı, İİK." s: 4819

¹³¹ Bknz: 17. HD. 13.03.2017 T. 1658/2646; 28.02.2017 T. 19825/2123; 06.12.2016 T. 20381/11217; 15.11.2016 T. 17928/10506; 25.10.2016 T. 7077/9343; 05.11.2007 T. 3606/3386; 24.01.2017 T. 22158/493; 29.03.2016 T. 4074/3949; 13.10.2015 T. 12192/10580; 15.06.2015 T. 4112/8628; 09.06.2015 T. 4523/8439; 30.03.2015 T. 16194/5058; 01.04.2013 T. 15317/4587; 14.03.2013 T. 5932/3305; 18.09.2012 9199/9510; 17.05.2012 T. 5229/6274; 16.05.2012 T. 5131/6235; 18.04.2012 T. 1901/4843; 28.03.2012 T. 1926/3773; 25.04.2011 T. 8141/3884; 15.03.2011 T. 12143/2284; 09.12.2010 T. 3033/10818; 17.06.2010 T. 4844/5635; 27.05.2010 T. 3700/4799; 18.03.2010 T. 429/2408; 15.09.2009 T. 4441/5400; 17.11.2009 T. 7699/7593; 17.11.2009 T. 7699/7593; 15.09.2009 T. 4441/5400; 02.06.2009 T. 829/3821; 19.11.2008 T. 4326/5325; 27.10.2008 T. 2351/4913; 08.07.2008 T. 806/3815; 10.06.2008 T. 736/3139; 14.05.2007 T. 7688/3231; 16.12.2004 T. 4579/6562; 30.11.1995 T. 6640/7084 vb. (www.e-uyar.com)

¹³² Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, "İİK Şerhi", C: 3, s: 4582 vd.

Eğer 'dördüncü kişi', davacı-alacaklı tarafından- 'kötüniyetli olduğu' ispatlana-mayacağı düşüncesi ile- açılmış olan tasarrufun iptali davasına hiç **dahil edilmemişse** veya 'kötüniyetli olduğu düşüncesi ile davaya dahil edilmesine rağmen, bu husus davacı-alacaklı tarafından kanıtlanamadığı için, onun hakkındaki dava '**reddedilmişse**', mahkemece "tasarrufun iptaline" (ve davacı-alacaklıya "dava konusu şey üzerinde cebri icra yetkisi tanınmasına") karar verilir. Bu durumda ayrıca "davalı-üçüncü kişi hakkında 'davanın bedele dönüştüğü' kabul edilerek 'dava konusu taşınmazın/taşınırın üçüncü kişi tarafından elden çıkarıldığı tarihteki değerinin davalı- üçüncü kişiden tahsiline' karar verilemez.

Bir olayda;

- Davacı (A) AŞ. vekilleri ... tarihli "dava dilekçesi"nde özetle;

"- Tasarrufun iptaline konu '... ili, ... ilçesi, ... köyü, 13 cilt, 1512 sayfa, 1383 parselde kayıtlı gayrimenkul üzerine' İİK m. 281/II uyarınca teminatsız olarak ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir konulmasını,

- İİK m. 277 vd. maddeleri uyarınca tasarrufun iptaline, gayrimenkulün kaydında tashihe mahal olmadan müvekkillerine cebri icra yapabilme ve alacaklarını tahsil etme hak ve yetkisi verilmesini,

- Davalı borçlunun ('B' LTD. ŞT.'nin) diğer davalı (C) Ltd. Şti.'ye yaptığı devir işleminin, muvazaalı olması nedeniyle iptaliyle, müvekkil bankaya cebri icra yetkisi tanınmasını,

- Müvekkili bankanın ... şubesi ile davalılardan (B) Ltd. Şti. arasında ... ve ... tarihli genel kredi sözleşmeleri imzalandığını, bu sözleşmeler uyarınca borçlulara, ticari rotatif, kredili mevduat kredileri açılıp kullandırıldığını, verilen kredilerin ödenmemesi üzerine borçlulara ihtarname gönderilerek hesapların kat edildiğini, borcun tahsili için verilen 1.650.000,00 TL tutarlı ve ... tanzim tarihli senet dayanak tutularak ... Asliye Ticaret Mahkemesinden ... tarihinde ihtiyati haciz kararı alınıp ... İcra Müdürlüğü'nün ... sayılı dosyası ile icra takibine geçtiklerini,

- Davalı borçlu (B) Ltd. Şti.'nin, borcunun doğumundan sonra malvarlığı üzerinde muvazaalı işlemler yaptığının tespit edildiğini, bu amaçla adı geçen borçlunun, ... tarihinde, diğer davalı (C) Ltd. Şti.'ye sahip olduğu gayrimenkulü devrettiğini, bu iki şirket arasında çok öncesinden ticari ilişki bulunduğunu, iki tarafın da tacir olduğunu, davalı-üçüncü kişi (C) Ltd. Şti.'nin, diğer davalı borçlunun mali durumunu bilebilecek durumda olduğunu, bu nedenle kötü niyetli sayılması gerektiğini,

- Dava konusu gayrimenkulün 'ticari işletme' sayılması nedeniyle ortada bir 'ticari işletme devri'nin söz konusu olduğunu, devrin gerekli ilanlar yapılmadan gerçekleştiğini,

- İİK m. 278/III-2 uyarınca tapuda gösterilen değer ile gayrimenkulün gerçek değeri arasında fahiş bir fiyat bulunup bulunmadığının mahkemece araştırılması gerektiğini,

- Dava konusu alacağın, davalı borçlunun mal kaçırma kastıyla yaptığı tasarruftan önce doğduğunu, bu nedenle iptale tabi olduğunu,

- Davalılar arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunduğundan, davalı olarak gösteril-memiş kişiler bulunsa dahi, davanın her aşamasında bu kişilerin davaya dahil edile-bileceklerini"

belirterek "dava konusu tasarrufun iptaline karar verilmesini" istemiştir.

• Davalı (D) vekili ... tarihli "cevap dilekçesi"nde özetle;

"- Müvekkilinin, davacı tarafından ... tarihli dilekçeyle davaya dahil edildiğini,

- Müvekkilinin dava konusu gayrimenkulü tapu kaydındaki sicile güvenerek iyiniyetle satın aldığını, tapu devri aşamasında diğer davalı (E)'ye nakit olarak 650.000 TL ödediğini, ayrıca taşınmaz üzerindeki ipoteğin kaldırılmasını teminen de ...BANK vasıtasıyla ... BANKASI'na 2.250.000,00 TL ödeyerek ipoteği kaldırttığını, ayrıca gayrimenkul kaydında görülen ihtiyat haciz için de 180.000 TL ödediğini, böylece gayrimenkulün kendisine 3.080.000,00 TL'ye mal olduğunu,

- Müvekkilinin iyiniyetli olduğunu, taraflar arasındaki ilişkiden haberdar olmasının söz konusu olmadığını, kaldı ki Yargıtay kararları uyarınca kısa aralıklarla yapılan satışların iyiniyet olgusunu ortadan kaldırmayacağını"

belirterek "müvekkili yönünden davanın reddine karar verilmesini" talep etmiştir.

• Davalı-borçlu kişi (B) Ltd. Şti. vekili ... tarihli "cevap dilekçesi"nde özetle;

"- Tasarrufun iptali davasının açılabilmesi için bulunması gereken dava ön koşullarının olayda gerçekleşmediğini, bu nedenle davacı tarafından İİK. m. 277 uyarınca kesin ya da geçici aciz vesikasının ibraz edilmemiş olduğunu,

ayrıca davacının alacağına gerçek olduğu hususunun da sabit olmadığını, davacı taraf 'borcun kaynağının genel kredi sözleşmesi olduğunu' belirtmiş olmasında rağmen, takip dayanağının ... tanzim tarihli bono olduğunu da ileri sürmüş olduğundan, bu hususların mahkemece araştırılması gerektiğini,

- Dava konusu taşınmaz üzerinde ipotek bulunduğundan, satış da bu ipotekle yükümlü olarak yapılmış olduğundan, ipotek bedelinin taşınmazı ipotekle yükümlü olarak satış almış olan (C) Ltd. Şti. tarafından ödeneceğini, yapılan satışta muvazaa bulunmadığını keza satışın davacı alacaklıdan mal kaçırmak amacı ile de yapılmamış olduğunu"

belirterek, "açılmış olan davanın reddine karar verilmesini" bildirmiştir.

• Davalı-üçüncü kişi (C) LTD. ŞT. vekili ... havale tarihli "cevap dilekçesi"nde özetle;

"- Tasarrufun iptali davasının açılabilmesi için, davacı-alacaklı tarafından dosyaya İİK. m. 277 uyarınca aciz vesikasının ibraz edilmesi gerektiğini, dosyada böyle bir vesika olmadığından, açılmış olan davanın ön şart yokluğundan reddi gerektiğini,

- İcra dosyasında borçlunun birçok gayrimenkulüne haciz konulduğunu, mahkemece buna rağmen ihtiyati haciz tesisinin hatalı olduğunu ve ihtiyati haczin kaldırılmasını talep ettiklerini,

- Davacının dava konusu 1383 parselde yapılmış olan satışın muvazaalı olduğunu ispat etmesi gerektiğini, buna rağmen davacının herhangi bir kanıt sunmadığını,

- Yargıtay kararlarına göre gayrimenkul üzerinde ipotek bulunması ve gayrimenkulün ipotekle satın alınması halinde, değerinin de ipotek bedeli kadar düşeceği kabul edilmekte olduğundan, gayrimenkul üzerindeki ipoteğin kimin tarafından ödenerek kaldırıldığının mahkemece araştırılması gerektiğini"

belirterek "yersiz ve mesnetsiz açılan davanın reddine karar verilmesini" talep etmiştir.

• Yerel mahkeme olan ... Asliye Hukuk Mahkemesince verilen ... sayılı kararda özetle;

"- ... ve ... tarihlerinde davalı-borçlu (B) Ltd. Şti. ile davacı ...BANK arasında kredi sözleşmeleri imzalandığını,

- (B) Ltd. Şti.'nin bu tarihlerden sonra ... tarihinde dava konusu taşınmaz üzerine ... Bankası lehine 4.000.000 TL ipotek şerhi koydurduğunu, ayrıca ... tarihinde ... Asliye Hukuk Mahkemesinin ... esas sayılı dosyası ile ihtiyati haciz şerhi konulmuş olduğunu, bu tarihten sonra ... tarihinde 'üzerindeki ipotek ve ihtiyati haciz ile' taşınmazın davalı (C) Ltd. Şti.'ne devredilmiş olduğunu,

- Davalı (C) Ltd. Şti.'nin ... tarihinde bu taşınmazı üzerindeki ipotek ve ihtiyati haciz ile birlikte F'ye devrettiğini,

- F'nin, aynı taşınmazı ... tarihinde E'ye, onun da ... tarihinde bu taşınmazı D'ye devrettiğini, tüm alıcıların taşınmaz üzerindeki şerhleri bilmekte olduklarını, bu nedenle tüm satışların muvazaalı olduğu kanaatine ulaşıldığını"

belirterek "davanın tüm davalılar yönünden kabulüne, yapılmış olan tasarrufların iptaline, davacıya cebri icra yetkisi tanınmasına" karar verilmiştir.

• Davalı (D) vekili ... tarihli "istinaf dilekçesi"nde özetle;

"- Yerel mahkeme kararının müvekkili yönünden denetime elverişli gerekceden yoksun olduğunu:

√ Yerel mahkemenin, her davalı yönünden iptal gerekçesini ayrı ayrı açıklamaksızın, 'tüm alıcıların, taşınmaz üzerindeki şerhleri bildiklerini, borçlunun borca batık olduğunu anlayabilecek durumda olduklarını' açıklayarak, tüm satışların muvazaalı olduğunu kabul ettiğini, bu haliyle mahkeme kararının HMK'nın 297/1-c maddesine ve Anayasa'nın 141/III maddesine aykırı olduğunu, zira diğer davalıların her biri hakkında o davalılara özgü iptal nedeninin açıklanması gerektiğini, müvekkili hakkında iptal kararı verilirken hangi yasal gerekçeye dayanıldığının açıklanmadığını, müvekkilinin ne borçluyu ve ne de diğer davalıları tanımadığını,

-Müvekkilinin iyiniyetli olduğunu:

√ Müvekkilinin halen dava konusu taşınmazının tapu kaydındaki maliki olduğunu, bu taşınmazın kredi borçlusu şirket ((B).....Tic. Ltd. Şti.) tarafından, üçüncü kişi konumundaki davalı (C)Tic. Ltd. Şti'ye satıldıktan sonra, müvekkilinin taşınmazı satın alan altıncı kişi konumunda olduğunu, müvekkilinden önce bu taşınmazın üç kez el değiştirdiğini, İİK m 282 uyarınca iptal davalarının 'borçlu' ve 'borçlu ile hukuki muamelede bulunan kişiler

ile bunların mirasçuları' aleyhine açılabilceği gibi, kötünietli kişiler aleyhine de açılabilceğini ve iptal davasının iyiniyetli üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmeyeceğini, bu nedenle müvekkilinin kötünietli olduğu hususunun davacı tarafından ispat edilmesi gerekirken dosyaya davacı tarafından bu konuda herhangi bir kanıt sunulmadığını, ayrıca taşınmazın hacizli olarak satılması ve satışın kısa aralıklarla yapılmasının, tek başına kötünietin varlığını ortaya koymayacağını, müvekkilinin tapuya güvenerek taşınmazı satın almış olduğunu,

-Müvekkili yönünden İİK'nun 280/son maddesinin uygulanmasının mümkün olmadığını;

√ İİK'nun 280/son maddesinin ancak 'dava konusu taşınmazı bizzat borçludan satın alan üçüncü kişiler hakkında' uygulanabileceğini, müvekkilinin ise taşınmazı doğrudan doğruya alan kişi konumunda olmadığını, bilakis dava konusu taşınmazı satın alan altıncı kişi konumunda olduğunu,

-Müvekkili hakkında İİK'nun 278. maddesinin de uygulanmasının mümkün olmadığını;

√ Müvekkilinin, dava konusu taşınmaz üzerindeki ipotek borcunu, ipotek alacaklısına banka aracılığıyla ödediğini ve tapu malikine de elden ödeme yaparak taşınmazı bilirkışı raporunda tespit edilen gerçek değerinin ödeyerek satın aldığını yani taşınmazı değerinin altında satın almadığını, bunun yanında borçlu ile ve diğer davalılarla maddede açıklanan şekilde akrabalık bağı bulunmadığını,

-Mahkemece muvazaa nedeniyle de davanın kabulünün mümkün olmadığını;

√ Mahkemenin gerekçesinde, davanın, müvekkili yönünden İİK m. 277 vd. uyarınca mı yoksa muvazaa nedeniyle mi satışın iptal edildiği açıkça belirtilmemişse de davacı tarafından müvekkil yönünden muvazaanın varlığının ispatlanmamış olduğunu, müvekkilinin taşınmazı, gerçek değerini ödeyerek satın almış olduğunu,

-Öte yandan tasarrufun iptali davası açılabilmesi için, mahkemeye aciz vesikasının sunulmasının dava şartı olduğunu,

√ 'Davacı bankanın dosyaya kesin ya da geçici aciz belgesi sunduğu'ndan mahkeme kararında hiç söz edilmemiş olduğunu bu nedenle açılmış olan davanın, 'dava şartı yokluğu nedeniyle' reddine karar verilmesi gerektiğini,

sonuç olarak; müvekkilinin tapuya güvenerek ve taşınmazın gerçek bedelini ödeyerek taşınmazı iyiniyetli olarak satın almış olduğunu”

b e l i r t e r e k “müvekkili yönünden davanın reddine karar verilmesini” talep etmiştir.

• ... Bölge Adliye Mahkemesi ... Hukuk Dairesi ... tarihli kararında özetle;

-İİK'nın 282. maddesi gereğince davalı-borçlu ve borçlu ile doğrudan veya dolaylı işlem yapan üçüncü kişiler arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğunu,

-Bu tür davaların dinlenebilmesi için, davacının alacağının gerçek olması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması, iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olması ve borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin bulunması ve davanın beş yıllık hak düşürücü süre içinde açılmış olması gerektiğini,

-Bu ön koşulların bulunması halinde ise, İİK'nın 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı iptal şartlarının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini; özellikle İİK'nın 278. maddesinde yer alan değer düşüklüğünün yani tapuda gösterilen değer ile taşınmazın gerçek değeri arasında fahiş fark bulunup bulunmadığının incelenmesi, İİK'nın 280/I maddesinde öngörülen borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişinin, borçlunun mal kaçırma kasdı ile hareket etmiş olduğunu bilip bilmediğinin araştırılması gerekeceğini ve İİK'nın 280/III maddesinde belirtilen 'ticari işletme devrinin söz konusu olduğu hallerde' alıcının kötünietli olup olmadığının araştırılması gerekeceğini,

-Dava konusu uyuşmazlıkta; davacının alacağının, kredi sözleşmeleri ile 28.08.2012 keşide tarihli bonodan doğduğunu, borçlu hakkındaki takibin kesinleştiğini, alacağın gerçek olduğunu, 17.11.2014 tarihli haciz tutanağının geçici aciz belgesi niteliğinde olduğunu, iptali istenen 12.11.2014 tarihli tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olduğunu, dava beş yıllık hak düşürücü süre içinde açıldığından, dava ön koşullarının gerçekleşmiş olduğunu,

-Dava konusu taşınmazın gerçek değeri ile satışta gösterilen bedelleri arasında fahiş fark bulunduğunu, ipoteğin fekki için yatırılmış olan 2.250.000,00 TL.'nin davalılardan (D) tarafından ödendiğini gösterir bir kayıt bulunmadığını, ayrıca İİK'nın 280/III maddesi kapsamın-

da bir ticari işletmenin devrinin söz konusu olduğunu, bu işletmenin yedi gün içinde ikinci kez devredildiğini, davalı (D)'nin, borçlunun alacaklılarını ızzar kastı ile hareket ettiğinin kabul edilmesi gerektiğini vs.”

b e l i r t e r e k “ilk derece mahkemesi kararının usul ve yasaya uygun olduğunu....” ifade etmiştir.

● Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 12.11.2020 T. ve E: 2019/1287, K: 2020/7036 sayılı b o z m a k a r a r ı n d a, özetle;

-Bu tür davaların dinlenebilmesi için, davacının borçludaki alacağının gerçek olması, borçlu hakkındaki takibin kesinleşmiş olması, iptali istenen tasarrufun, takip konusu borçtan sonra yapılmış olması ve borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin bulunması gerektiği,

-Bu ön koşulların bulunması halinde; İİK'nın 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı iptal şartlarının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği, özellikle İİK'nın 278. maddesinde öngörülen ivazlar arasında fark bulunup bulunmadığının araştırılması, 279. maddede öngörülen iptal nedenlerinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesi gerektiği ve 280. maddenin birinci fıkrasında belirtilen borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişi tarafından borçlunun mal kaçırma kastı ile hareket edip etmediği ve borçlunun mali durumunun üçüncü kişi tarafından bilinip bilinmediği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunup bulunmadığı araştırılmalı,

-İİK'nın 280. maddesi uyarınca iptal davasının borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları ve ayrıca kötüniyetli üçüncü şahıslar hakkında açılabilceği düşünülmeli ve buradaki kötüniyetten maksadın 'borçlunun durumunun satın alan tarafından bilinmesi veya bilinilebilecek durumda olması' olduğu ve kötüniyetli kanıtlanma yükümlülüğünün de davacı alacaklıya düştüğü, kötüniyetin kanıtlanamaması halinde davanın İİK'un 283/II maddesi uyarınca bedele dönüşeceği,

-Somut olayda;

√ Dava konusu taşınmazın (soğuk hava deposunun) borçlu (B) Tic. Ltd. Şti. tarafından 12.11.2014 tarihinde (üçüncü kişi) (C) Tic. Ltd. Şti.'ye, bu şirket tarafından taşınmazın 23.03.2015 tarihinde F'ye, bu kişi

tarafından da aynı taşınmazın 03.04.2015 tarihinde E'ye ve 10.04.2015 tarihinde de taşınmazın bu kişi tarafından D'ye devredildiği,

√ Mahkemece dava konusu taşınmazın kaydında yer alan takyidatlar (ipotek+ ihtiyati haciz) ile birlikte devredilmiş olması nedeniyle, *tüm alıcıların, 'davalı-borçlunun durumunu bildiği' gerekçesiyle 'davanın kabulüne' karar verildiği,*

√ *Bölge Adliye Mahkemesince de 'dava konusu taşınmazın kaydında bulunan ipoteğin yargılama aşamasında fek edildiği, davalı (D)'nin ipotek borcunu ödediğini ispat edemediği, dava konusu taşınmazın ticari işletme niteliğinde olduğu, çok kısa aralıklarla el değiştirmesinin de borçlunun durumunun bilindiğine delalet ettiği' gerekçesiyle, davalı (D) vekilinin istinaf talebinin reddine karar verildiğini,*

√ Davalı (D)'nin dava konusu taşınmazı davalı (E)'den, kaydında yer alan takyidatlar ile birlikte 650.000,00 TL. ile satın aldığı, ... tarihinde de kaydında yer alan ipoteğin fek edilmesi için 2.250.000,00 TL. bedeli ...Bankası hesabına EFT yaptığını ve ipoteğin bu suretle ... Bankası tarafından kaldırıldığını,

√ Mahkemece 'davalılar arasında kısa aralıklarla devir yapılmasının, davalı borçlunun durumundan haberdar olunduğu ve davalıların bu nedenle kötüniyetli sayılacağı' kabul edilmişse de taşınmazın kısa aralıklarla el değiştirmesinin, yapılan tasarrufun muvazaalı olduğu anlamına gelmeyeceği, bu durumun başka delillerle de ispatlanması gerekeceği,

√ 'Ticari işletme devrinin borçlu ile hukuki ilişkiye giren üçüncü kişi yönünden değerlendirilmesi gerekeceği'nden, açıklanan bu maddi ve hukuksal olgulara göre davalı (D) *yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekeğini'*

sonuçta; yukarıda belirtilen nedenlerle HMK.'nun 371/1-a maddesi gereğince 'Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozulmasına' karar verilmiştir.

*

Yukarıdaki olayda;

√ Davacı (A) A.Ş. ... *şubesi ile davalı-borçlu (B) Ltd. Şti. arasında yapılan ... ve ... tarihli kredi sözleşmeleri gereğince davalı-borçlu şirkete*

kredi kullanılmış ancak taksit borçlarını ödemeyen davalıya önce kredi hesapları kat edilip ihtarname gönderilmiş, daha sonra ... İcra Müdürlüğü'nde icra takibinde bulunulmuştur.

√ İcra takibinden de sonuç alamayan davacı-banka, borçlu şirketin "... ili, ... ilçesi, ... köyü, cilt:13, s:1512, parsel 1383'de kayıtlı taşınmazını" diğer davalı üçüncü kişi (C) GIDA...Tic. Ltd. Şti.'ye satarak elinden çıkardığını belirleyerek, gerek 'borçlu' ve gerekse 'üçüncü kişi' hakkında İİK m. 277 vd.na göre tasarrufun iptali davası açarak "dava konusu taşınmazın haciz ve satışını isteme yetkisinin kendisine tanınmasını" istemiştir.

√ Dava konusu taşınmaz 'soğuk hava deposu' niteliğinde bir 'ticari işletme' olup;

-Bu taşınmaz üzerine, borçlu şirketin borcundan dolayı ... tarihinde ... Bankası lehine 4.000.000,00 TL. ipotek konulmuştur.

Yine aynı taşınmaz üzerine ... tarihinde, ... Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından ihtiyati haciz şerhi konulmuştur.

-Dava konusu taşınmaz, üzerindeki bu ipotek ve ihtiyati haciz kaydı ile birlikte, davalı-borçlu (B) Ltd. Şti. tarafından, 12.11.2014 tarihinde davalı-üçüncü kişi (C) Ltd. Şti., bu şirket tarafından 23.03.2015 tarihinde üzerindeki bu takyidatlarla birlikte (dördüncü kişi) F'ye, onun tarafından da 03.04.2015 tarihinde -yine üzerindeki takyidatlarla birlikte-davalı E'ye, bu kişi tarafından da son olarak -yine üzerindeki yüklerle birlikte- 10.04.2015 tarihinde davalı D'ye devredilmiştir.

• Davacı-alacaklı vekilleri ... tarihli dilekçelerinde, önce sadece 'borçlu' (B) Ltd. Şti. ile 'ondan dava konusu taşınmazı (ticari işletmeyi) devralmış olan 'üçüncü kişi' (C) Ltd. Şti. aleyhine tasarrufun iptali davası açarak, yapılmış olan 'satış tasarrufunun iptalini' istemiş, daha sonra, dava konusu taşınmazın -sıra ile- F'ye, E'ye, D'ye devredilmiş olduğunu öğrenince, bu kişileri de davaya dahil etmiştir.

• Buraya kadar yaptığımız ayrıntılı açıklamalardan sonra, somut uyuşmazlığı Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin -dosya içerisinde mevcut-12.11.2020 T. 1287/7036 sayılı 'bozma kararı' çerçevesinde değerlendirecek;

√ Yukarıda¹³³ belirttiğimiz gibi; tasarrufun iptali davasının 'özel dava şartları'ndan olan "borçlu hakkında kesin aciz belgesi ya da geçici aciz belgesi düzenlenmiş olması" koşulu, somut olayda gerçekleşmiş midir?

Öncelikle şu hususu belirtelim ki; davacı- alacaklı ne dava açarken ve ne de yargılama sırasında mahkemeye 'kesin aciz belgesi' (İİK m.143) ibraz etmemiştir..

İcra dosyası (... İcra Müdürlüğü'nün ... sayılı dosyası) 'geçici aciz belgesi' (İİK.m.105/II) niteliğinde sayılır mı? Davacı-alacaklı vekili ... Asliye Hukuk Mahkemesinden aldığı 'ihtiyati haciz kararı'nı, ... İcra Müdürlüğü'nün ... sayılı dosyasına ibraz ederek 'borçlu şirketin adına kayıtlı taşınmaz ve araçların kayıtlarına ihtiyati haciz konulmasını' talep etmiş ve bunun üzerine borçlunun malik olduğu; 10 yaşında, 1 yaşında, 4 yaşındaki üç İngiliz atının Türkiye Jokey Kulübündeki kaydına ihtiyati haciz konulmuştur. Daha sonra, alacaklı vekili bu İngiliz atlarının kıymetini takdir ettirmeden (dolayısıyla; dosya borcunu karşılayıp karşılamadıklarını araştırmadan) doğrudan doğruya *tasarrufun iptali davasını* açmıştır.

Böylece, 'borçlu şirketin aciz halinde olup olmadığı' dosyadan anlaşılamadığı için, mahkemece borçlu şirketin sahip olduğu (3) İngiliz atının kıymetinin takdir ettirilerek, bir sonuca gidilmesi isabetli olacaktır.

√ İİK'nın 278. maddesine göre; davalı-beşinci kişi (E) hakkında iptal kararı verilebilir mi?

a) İİK m. 278/III-1'de öngörülen 'yakın akrabalık' nedeniyle, davalı (E) hakkında tasarrufun iptali mümkün değildir. Çünkü, (E) ile davalı-borçlu (B) Ltd. Şti. ortakları arasında İİK m. 278/III-1'de öngörülen derecede (üçüncü dereceye kadar) yakın hısımlık bulunmamaktadır...

b) Kendisine yapılan 03.04.2015 ve kendisi tarafından yapılan 10.04.2015 tarihli tasarruflarda, dava konusu taşınmazın 'tapuda gösterilen satış bedeli' ile 'satış tarihindeki gerçek/rayic değeri' arasında fahiş bir fark bulunmamaktadır. Gerçekten, dava konusu taşınmazın, tasarruf tarihi olan 12.11.2014 tarihindeki değeri -dosya içindeki BİLİRKİŞİ RAPORU'na göre- 2.377.859,00 TL'dir.

¹³³ Bknz: Yuk. dipn. 26-69

Davalı (E), dava konusu taşınmazı (F) isimli kişiden –üzerindeki 4.000.000,00 TL *ipotek bedeli* + 158.000,00 TL *ihtiyati haciz bedeli* ile birlikte- 600.000,00 TL’sine satın almış ve daha sonra 6. alıcı (D)’ye –yine üzerindeki aynı takyidatlarla birlikte- 650.000,00 TL’ye satmıştır.

Ayrıca ifade edelim ki; yüksek mahkemenin (**Yargıtay 17. Hukuk Dairesi’nin**) yerleşmiş **ıçtihatları uyarınca**¹³⁴ “*İİK m. 278/III-2’deki bedeller arasında nispetsizliğe ilişkin hüküm ‘borçlu ile borçludan tasarrufa konu malı satın alan kişi arasındaki tasarruflarda’ iptal nedeni olabilir, aynı malı üçüncü kişiden satın almış olan başka kişiler (dördüncü kişiler, beşinci kişiler vs.) hakkında bu hüküm uygulanamaz. Bu kişilerin ayrıca ‘kötüniyetli oldukları’ -davacı-alacaklı tarafından- ispat edilmedikçe, bu kişilere yapılan tasarrufların iptaline karar verilemez...*”

√ **İİK’nın 279. maddesine göre**, davalı-beşinci kişi (E) hakkında iptal kararı verilebilir mi?

İİK m. 279/I-1-4’te öngörülen iptal sebeplerinin hiçbirisi, davalı (E)’ye yapılan ve onun tarafından (D)’ye yapılan tasarruf hakkında uygulanma kabiliyetini haiz değildir.

√ **İİK’nın 280. maddesine göre**, davalı-beşinci kişi (E) hakkında iptal kararı verilebilir mi?

a) Yukarıda¹³⁵ belirttiğimiz gibi “*malvarlığı, borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu mali durumun ve zarar ve kastının işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde iptal edilebilir.*” (İİK m. 280/I, c: 1)¹³⁶

Somut olayda, davalı-beşinci kişi (E)’nin davalı-borçlu (B) Ltd. Şti. ortaklarını tanıdığı, bu kişilerle arasında **organik bağ, hisusluk olduğu**, davacı-alacaklı tarafından ispat edilmiş değildir. Çünkü, “*borçlunun*

¹³⁴ Bknz: 17. HD. 11.02.2020 T. 4672/1252; 18.12.2019 T. 5386/12138; 25.06.2019 T. 17506/7853; 25.02.2019 T. 1491/2008; 11.02.2019 T. 49/1269; 24.04.2018 T. 1701/4425; 08.03.2018 T. 14337/1693; 09.05.2017 T. 5034/5245; 28.03.2017 T. 2314/3316; 14.03.2017 T. 21348/2729 vb. (www.e-uyar.com) (Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, “Tasarrufun İptali Davaları”, s: 256)

¹³⁵ Bknz: Yuk. dipn. 70-87

¹³⁶ Bknz: Yuk. dipn. 74

'alacaklılarına zarar verme kastıyla hareket ettiği' hususunun -yaklaşık ispat kurallarına göre- alacaklı tarafından ispat edilmesi gerekir."¹³⁷

b) Yukarıda açıkladığımız gibi; "borçlu ile üçüncü kişi arasında **ticari ilişki bulunması**¹³⁸, borçlu ile üçüncü kişinin **aynı sektörde bulunması**¹³⁹, üçüncü kişinin; borçlunun mali durumunu ve alacaklılarına zarar verme kastıyla hareket ettiğine karine teşkil ederse de, somut olayda borçlu (B) Ltd. Şti. ile, **davalı-beşinci kişi** (E) arasında ticari ilişki bulunduğu ve bunların aynı sektöre faaliyette bulunduğu ne davacı-alacaklı tarafından iddia edilmiş ne de bu konuda herhangi bir kanıt gösterilmiş değildir. Davalı-borçlu (B) Ltd. Şti. *gıda sektöründe çalışan bir şirket olduğu* halde, **davalı-beşinci kişi** (E) *tekstil işiyle uğraşmaktadır.*

Borçlu (C) Ltd. Şti. **Seyhan/Adana'** da faaliyette bulunduğu halde, **davalı-beşinci kişi** (E) *Şanlıurfa'* da faaliyet göstermektedir.

c) Yukarıda¹⁴⁰ açıkladığımız gibi İİK m. 280/III uyarınca borçlunun ticari işletmesini ya da iş yerindeki ticari mallarını üçüncü kişiye devretmesi halinde devralan üçüncü kişi iyiniyetli olduğunu ancak İİK. m. 280/III, c: 2 uyarınca 'devir tarihinden en az üç ay evvel yapılacak ilan ile' kanıtlayabilir.

Gerek davacı tarafından ... tarihli 'dava dilekçesi'nde ve gerekse ... Bölge Adliye Mahkemesi ... Hukuk Dairesi'nin ... tarihli -Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nce b o z u l a n- kararında;

".....dava konusu taşınmazın 'soğuk hava deposu' niteliğinde olması nedeniyle, 'ticari işletme' sayıldığı, devirden en az üç ay önce ilan yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması nedeniyle bu satışın İİK m. 280/III, c:2 uyarınca iptal edilmesi gerektiği" belirtilmişse de, "ticari işletmenin devirden en az üç ay önce ilan edilmesi" zorunluluğu ancak **BORÇLU İLE ONDAN İŞLETMEYİ DEVRALAN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER BAKIMINDAN** söz konusu olur. Yoksa, işletmeyi devir almış olan dördüncü, beşinci, altıncı... kişiler için böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır...

Bu husus, -yukarıda bahsettiğimiz (bu dosya içerisinde mevcut bulunan) - Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 12.11.2020 T. E: 2019/1287, K: 2020/7036 sayılı kararında açıkça belirtilmiştir.

¹³⁷ Bknz: Yuk. dipn. 80

¹³⁸ Bknz: Yuk. dipn. 88-93

¹³⁹ Bknz: Yuk. dipn. 94-100

¹⁴⁰ Bknz: Yuk. dipn. 101-113

Bu nedenle, davalı-beşinci kişi (E), davalı borçlu (B) Ltd. Şti. ile doğrudan doğruya ilişkide bulunarak 'dava konusu taşınmazı (soğuk hava deposunu), ondan satın alan kişi' konumunda olmadığı için, ona yapılan tasarrufun bu nedenle iptaline karar verilmesi mümkün değildir.

Kaynakça

- Akkaya Tolga, "Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflâs Kanununda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu", *Legal Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, 2006/3)
- Akkaya Tolga, "İcra ve İflâs Hukukunda İptale Tabi Tasarruflar "İİK. m. 277-284"" (*Eskişehir Barosu Dergisi*, Ekim/2006)
- Akşener Haşmet Sırrı, "İcra ve İflas Hukuku'nda Tasarrufun İptali Davaları", 2. Bası, 2017
- Akşener Haşmet Sırrı, "Tasarrufun İptali Davalarında İhtiyati Haciz", *Legal Hukuk Dergisi*, Ağustos/2013)
- Akşener Haşmet Sırrı, "Borcun Doğum Anı ve Tasarrufun İptali Davaları Yönünden Önemi" (*Legal Hukuk Dergisi*, Aralık/2008)
- Akyazan Sıtkı, "Takip Hukukunda İptal Davası", *Ad. D.*, Mart-Nisan/1963
- Albayrak Hakan, "Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları", *AÜHFD*, 2015/4)
- Albayrak Hakan/Ağar Serkan, "Tasarrufun İptali Davalarının Kamu İcra Hukuku ve Genel İcra Hukuku Çerçevesinde Özel Dava Şartları Bakımından Karşılaştırılması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mayıs-Haziran/2016
- Albayrak Hakan, "Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat", 2013, Yetkin Yayınevi
- Arslan Aziz Serkan, "Tasarrufun İptali Davasından Sonra Açılan Menfi Tespit Davasında Bekletici Mesele Yapma Sorunu" (Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C: 1, 2014, Yetkin Yayınevi)
- Arslan Ramazan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Medeni Usul Hukukuna Getirdiği Başlıca Yenilikler" (Prof. Dr. Gürkan Çelebican'a Armağan, 2011, Ank. Huk. Fak. Yayınları)
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Ayvaz Taşpınar Sema/Hanağası Emel, "İcra ve İflâs Hukuku", 2020, Yetkin Yayınevi
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Ayvaz Taşpınar Sema/Hanağası Emel, "Medeni Usul Hukuku", Yetkin Yayınevi
- Ataay Aytekin, "Medeni Hukukun Genel Teorisi", 1980, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, "Tasarrufun İptali Davası", 2020, Yetkin Yayınevi

- Ayiter Kudret, "Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri", 1953, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara
- Bahtiyar Mehmet, "Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Ticari İşletmenin Devri Konusunda Getirdikleri", *Legal Hukuk Dergisi*, Ekim/2011
- Berkin Necmettin Mehmet, "Tatbikatçılara İcra ve İflâs Hukuku Rehberi", 1980, Filiz Kitabevi
- Berkin Necmettin Mehmet, "İflâs Hukuku", 1972, Fakülteler Matbaası, İstanbul
- Birsel Mahmut Tefvik, "Ticari İşletme Hukuku", 1970, Ticaret Matbaacılık, İzmir
- Börü Levent, "İcra ve İflâs Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal "İİK. m. 280"', *AÜHFD*, 2009
- Coşkun Mahmut, "İçtihatlı İİK" C: 4, 2016, Seçkin Yayınevi, Ankara
- Coşkun Mahmut, "İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat, Tasarrufun İptali Davaları", 2016, Seçkin Yayınevi, Ankara
- Coşkun Mahmut, "İtirazın İptali, Menfi Tespit, Tasarrufun İptali Davaları", 2017, Seçkin Yayınevi, Ankara
- Çam Uzun Mine, "Kamu Alacağı'nın Korunmasında Tasarrufun İptali Davaları", 2017, Seçkin Yayınevi, Ankara
- Çetin Halman Emine, "Tasarrufun İptali, Muvazaa, İnançlı İşlem ve Nam-ı Müstear", 2016, Adalet Yayınevi, Ankara
- Çetinel Tunahan, "Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarruflar Bağlamında Tasarrufun İptali ve Muvazaa Davaları", 2020, Yetkin Yayınevi, Ankara
- Deliduman Seyithan, "İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemededen Aciz Belgesi", 1995, Yüksek Lisans Tezi
- Dural Mustafa/Sarı Suat, "Özel Hukuk", 2006, Filiz Kitabevi
- Durman Okay, "İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri", 2009, On İki Levha Yayıncılık
- Erdönmez Güray, "Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali", 2. Baskı, 2019, On İki Levha Yayıncılık
- Erişir Evrim, "Ticari İşletmenin Devrinde İstihkak ve Tasarrufun İptali Davaları Arasındaki İlişki", *BATIDER*, Aralık/2008, S: 4, S: 271-301
- Esener Turhan, "Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler", 1956, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
- Eroğlu Orhan, "Açıklamalı-İçtihatlı Tasarrufun İptali Davası ile Muvazaa Davası ve Karşılaştırılması", 2020, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık
- Ertaş Şeref, "Ticari İşletmenin Devrinde Hakların ve Borçların İntikali", *Terazi Hukuk Dergisi*, Mart/2020, S: 572-579
- Güner Senay, "6102 sayılı TTK ve 4857 sayılı İş Kanunu Düzenlemeleri Işığında İşyeri Devri ve İş İlişkilerine Etkisi", *Legal Hukuk Dergisi*, Kasım/2015, S: 114
- Güneren Ali, "İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarrufun İptali Davaları", 2004, Yetkin Yayınevi
- Güneren Ali, "Tasarrufun İptali Davaları", 2012, Yetkin Yayınevi

- Gürdoğan Burhan, "İflâs Hukuku", 1966, Ajans - Türk Matbaası, Ankara
- İmre Zahit, "Medeni Hukuka Giriş", 1976, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul
- Kaplan Hasan Ali, "Tasarrufun İptali Davası Borçlunun Mirasçılarına Karşı Açılabilir Mi?", *Terazi Hukuk Dergisi*, Eylül/2013, S:30-36
- Karamercan Fatih, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşin Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı", 2020, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi
- Kar Bektaş, "İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim", *Çalışma ve Toplum Ekonomi Dergisi*, S: 17, S: 105 Vd.)
- Karslı Abdurrahim, "İcra ve İflâs Hukuku", 3. Baskı, 2014, Alternatif Yayınevi
- Kazancı Tuncer İdil, "Tasarrufun İptali Davalarında İspat", 2015, Yetkin Yayınevi, Ankara
- Korkusuz Mehmet Refik, "İcra ve İflâs Hukuku Uygulaması", 2004, Roma Yayınları
- Kostakoğlu Cengiz, "Takip Hukukunda İptal Davaları", *Adalet Dergisi*, 1989/6 S: 7-33; *Yasa Dergisi* 1989/8 S: 1037-1060
- Kovan Hüseyin, "100 Soruda Muris Muvazaası Nedeni ile Tapu İptal ve Tescil Davaları ile Tasarrufun İptali Davaları", 2016, Adalet Yayınevi
- Kurtoğlu Serdar, "İcra Hukuku Açısından İptal Davasının Hukuki Niteliği", *İBD*, 1973/7-8)
- Kuru Baki, "Dava Şartları" (Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, 1964, Ajans - Türk Matbaası, Ankara)
- Kuru Baki, "Hukuk Muhakemeleri Usulü", 6. Baskı, C: 2, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul
- Kuru Baki, "İcra ve İflas Hukuku El Kitabı", 2013, Adalet Yayınevi, Ankara
- Kuru Baki, "İcra ve İflâs Hukuku", C: 4, 1997, Alfa Yayınevi, İstanbul
- Kuru Baki, "İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku", 2016, Legal Yayınevi
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, "İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı", 2013, Yetkin Yayınevi, Ankara
- Kuru Baki/Aydın Burak, "İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku "Ders Kitabı"", 2020, Yetkin Yayınevi, Ankara
- Muşul Timuçin, "İcra ve İflâs Hukuku", C: 2, 6. Baskı, 2013, Adalet Yayınevi, Ankara
- Muşul Timuçin, "Tasarrufun İptali Davaları", 2017, Adalet Yayınevi, Ankara
- Oğuzman Kemal, "Medeni Hukuk", 1994, Filiz Kitabevi, İstanbul
- Oğuzman Kemal/Barlas Nami, "Medeni Hukuk", 15. Baskı, 2008, Vedat Kitapçılık
- Özkaraca Ercüment, "İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu", 2008, Beta Yayınevi
- Öztek Selçuk, "İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası", 1994, Alfa Yayınevi

- Oskay Mustafa/Koçak Coşkun/Deynekli Adnan/Doğan Ayhan, "İİK. Şerhi", 2007, Turhan Kitabevi, Ankara
- Önen Turgut, "İptal Davaları" (Ank. İK. Tic. İl. Ak. D., 1969/1)
- Özsunay Ergun, "Türk Hukuku'nda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler", 1968, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
- Pekcanitez Hakan/ Özekes Muhammet/ Akkan Mine/ Taş Korkmaz Hülya, "Medeni Usul Hukuku - Pekcanitez Usul", 2017, On İki Levha Yayınevi, 2017
- Pekcanitez Hakan/ Atalay Oğuz/ Özkan Sungurtekin Meral/ Özekes Muhammet, "İcra ve İflâs Hukuku", 2013, Yetkin Yayınevi
- Pekcanitez Hakan /Atalay Oğuz /Özekes Muhammet, "Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)", 4. Baskı, On İki Levha Yayınevi
- Sarisözen İsmet, "İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptal Davasında Yargılama Usulü" (ABD. 1977/1)
- Sarisözen İsmet, "İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptal Davasında Yargılama Usulü", ABD 1977/1, S: 52 vd.)
- Schwarz Andreas B., "Borçlar Hukuku", 1948, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul
- Serozan Rona, "Medeni Hukuk", 2008, Vedat Kitapçılık
- Sertkaya Şehabettin Abdulkadir /Kul Süleyman, "Tasarrufun İptali Davaları", 2016, Adalet Yayınevi, Ankara
- Tekinay Selahattin Sulhi, "Medeni Hukuka Giriş Dersleri", 1978, Fakülteler Matbaası, İstanbul
- Toktaş Mine, "Tasarrufun İptali Davaları", 2009, Seçkin Yayınevi, Ankara
- Ulukapı Ömer, "İcra ve İflâs Hukuku", 2015, Mimoza Yayınevi
- Umar Bilge, "Türk İcra-İflâs Hukukunda İptal Davası", 1963, Fakülteler Matbaası, İstanbul
- Umar Bilge, "Aciz Hali- Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni M. K. Metininin Düşüğü Bir Yanlışlık (M. K. M. 605 F. Iı, 618)", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, Haziran 2004, Sayfa: 317-324)
- Uyar Talih, ""Muvazaa" Nedenine Dayalı Tasarrufun İptali Davalarının Koşul ve Sonuçları", *ABD*, 2017/3
- Uyar Talih, ""Muvazaalı İcra Takipleri (Borç İkrarları)" İle "Borçlunun Süresi İçinde Zamanışımı İtirazında Bulunmaması"nın Tasarrufun İptali Davasına Konu Edinmesi", *İBD*, Mayıs-Haziran/2014
- Uyar Talih, "Birden Fazla Kredi Sözleşmesinden Kaynaklanan Borç İçin Açılan Tasarrufun İptali Davalarında "Borcun Doğum Tarihli" Nasıl Belirlenir.? Tasarrufun İptali Davasının "Bedele Dönüşmesi" (İİK. 283/II) Halinde, Tazminata Esas "Gerçek Değer"ın Hesaplama Yöntemi", *Legal Hukuk Dergisi*, 2018
- Uyar Talih, "Borçlu Hakkında Üçüncü Kişi Tarafından Takip Konusu Yapılan Senedin (ve İcra Takibinin) "Muvazaalı Olduğu" İleri Sürülerek, Borçlunun Alacaklıları Tarafından "Senedin (Ve İcra Takibinin) Kendileri Bakımından Geçersiz

- Sayılmaması İçin Tasarrufun İptali Davası Açılabilir Mi ?” “İİK m. 280; TBK m. 19” (Abd. 2015/1)
- Uyar Talih, “Borçlunun, Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilen Tasarrufları”, *Legal Hukuk Dergisi*, Ekim/2018)
- Uyar Talih, “Gerekçeli-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi”, C: 11, 3. Baskı, 2010, Turhan Kitapevi, Ankara
- Uyar Talih, “Gerekçeli-İçtihatlı Türk Medeni Kanunu”, 2002, C: 2, Feryal Matbaacılık, Ankara
- Uyar Talih, “Hukuki Mütalâalar”, 2. Baskı, 2017, Bilge Yayınevi, Ankara
- Uyar Talih, “Hukuki Mütalâalar”, 3. Baskı, 2020, Bilge Yayınevi, Ankara
- Uyar Talih, “Muvazaa (TBK. 19) Nedenine Dayalı Tasarrufun İptali Davalarının (İİK m. 280) Açılma Koşulları ve Sonuçları”, *Legal Hukuk Dergisi*, Temmuz/2014
- Uyar Talih, “Tasarrufun İptali Davalarında “Alacağın Gerçek Olması” ve “Hayatın Olağan Akışına Uygunluk” Koşullarının Uygulamada Yarattığı Sorunlar”, *Legal Hukuk Dergisi* Ocak/2020
- Uyar Talih, “Tasarrufun İptali Davalarında “Alacağın Gerçekliği” (Muvazaalı Olmaması) Koşulunun Düşündürdükleri”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2017)
- Uyar Talih, “Tasarrufun İptali Davalarında “Ticari İşletmenin Devri” (İİK. 280/III), “İptale Tabi Tasarrufların Kapsamı” (İİK. 277 vd.) Konularına İlişkin Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı), 2020, C: III, Seçkin Yayınevi, Ankara
- Uyar Talih, “Tasarrufun İptali Davalarının Hukuki Niteliği ve Amacı”, (*Manisa Barosu Dergisi*, Temmuz/2008)
- Uyar Talih, “Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilecek Bazı Tasarruflar”, *Legal Hukuk Dergisi*
- Uyar Talih, “Tasarrufun İptali Davasının Uygulamada Tartışılan Yönleri”, *Legal Hukuk Dergisi*, Haziran/2014)
- Uyar Talih, “Uygulamada Tasarrufun İptali Davasının Tartışılan Yönleri”, *Legal Hukuk Dergisi*, Temmuz/2017
- Uyar Talih, “Tasarrufun İptali Davasının Uygulamada Tartışılan Yönleri”, *Legal Hukuk Dergisi*, Haziran/2014)
- Uyar Talih /Uyar Alper /Uyar Cüneyt, “İİK Şerhi”, C: 3, 2014, Bilge Yayınevi, Ankara
- Uyar Talih /Uyar Alper /Uyar Cüneyt, “İcra ve İflâs Hukuku’nda Tasarrufun İptali Davaları”, 7. Baskı, 2021, Bilge Yayınevi, Ankara
- Ülkü Murat Fatih/Karaaslan Erol, “Alacaklılardan Mal Kaçırarak Amacıyla Ticari İşletmenin Devri ve Türk Hukukunda Bir Bilinmeyen”: By. M. 179, *Manisa Barosu Dergisi*, Temmuz - Ekim/1999, S: 47-67)
- Üstündağ Saim, “İflâs Hukuku”, 8. Baskı, 2009, İstanbul
- Üstündağ Saim, “Medeni Yargılama Hukuku”, C: 1-2, 7. Bası, 2000, Nesil Matbaacılık
- Von Tuhr Andreas, “Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı” (Çev. Cevat Edge), 1983

- Yavuz Nihat, "Alacaklılardan Mal Kaçırarak Amacı ile Yapılan İşlemlerin Hukuken Nitelendirilmesi Sorunu", *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan/1986
- Yavuz Nihat, "Alacaklılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemlerin Hukuken Nitelendirilmesi Sorunu ve Bu Amaçla Yapılan Muvazaalı İşlemler Hakkında Yargıtay Uygulamasından Örnekler", *Yargıtay Dergisi*, Temmuz/1999)
- Yıldırım Mehmet Kâmil/Yıldırım Nevhis Deren, "İcra ve İflas Hukuku", 2016, Beta Yayınevi
- Yıldırım Mehmet Kâmil, "Tasarrufun İptali Davasında Ticari İşletme Devri Karinesi" (Prof. Dr. Nur Cantel'e Armağan, 2013/2, S: 471-482)
- Yılmaz Ejder, "İcra ve İflas Kanunu Şerhi", 2016, Yetkin Yayınevi, Ankara
- Yılmaz Ejder, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi", 2021, C:3, Yetkin Yayınevi, Ankara
- Zevkliler Aydın/ Acabey Mehmet Beşir/Gökyayla K. Emre, "Medeni Hukuk", 1999

TASARRUFUN İPTALİ DAVALARINDA “TAKİP KONUSU ALACAĞIN GERÇEK BİR ALACAK OLMASI” KOŞULU İLE “DAVACI- ALACAKLININ, DAVALI-BORÇLUYA TAKİP KONUSU MİKTARDAKİ PARAYI VEREBİLECEK (ÖDEYEBİLECEK) PARASAL (MALİ) GÜCÜ BULUNMASI GEREKTİĞİ” KOŞULUNUN UYGULAMADA YARATTIĞI SORUNLAR

Talih UYAR*

Ş GİRİŞ

Tasarrufun iptali davası, İcra ve İflâs Kanunu'nun 277-284'üncü ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında (ki) Kanun'un 24-31'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hükümler yakın zamana kadar İcra ve İflâs Kanunu'nun diğer hükümlerine göre, daha sınırlı bir uygulama alanı bulmuştur. Bunun başlıca nedeni, iptal davası açabilecek durumda olan alacaklıların -genel hükümlere (TBK mad. 19) göre açılan “muvazaa davası” ile “tasarrufun iptali davaları”nı aynı nitelikte görüp- borçluların “mal kaçırma kastı”nın ispatı konusundaki güçlüğü dikkate alarak, çekingen davranmış olmalarıdır. Halbuki, İİK. mad. 277 vd.'da düzenlenmiş bulunan “tasarrufun iptali davası” ile TBK. mad. 19'da düzenlenmiş bulunan “muvazaa davası”nın gerek 'açılma koşulları' ve gerekse bu davalarda 'isbatı gereken hususlar' birbirinden farklıdır. İptal davalarında, davacı-alacaklı; çok kez “iptale tâbi tasarruf”un belirli bir zaman kesiti- (örneğin; “haciz”den, “aciz”den yahut “iflâsın açılması”ndan önceki bir yıl (İİK. mad. 279/I) ya da iki yıl (İİK mad. 278/II)- içinde yapılmış olduğunu veya “işlem (tasarruf) tarihinden itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflâs yoluyla takipte bulunmuş olduğunu” (İİK mad. 280/I) ve borç-

* Avukat, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğr. Gör., ORCID: 0000-0002-1531-3646

lu ile hukuki işlemde (tasarrufta) bulunan üçüncü kişinin, borçlunun belirli derecede-(örneğin; birinci, ikinci, üçüncü derecede (İİK mad. 278/III-1; 280/II)- *kan* ya da *sıhri hısmı* olduğunu kanıtlamak suretiyle, ayrıca borçlunun “mal kaçırma kasdı”nı kanıtlamadan davasını (iddiasını) isbat edebilir...

I- Hakkında “haciz” (İİK m. 78 vd.) işlemine girişilen (iflâsta; “iflâs kararı verilen” (İİK. mad. 165, 191/I) borçlunun *tasarruf yetkisi*, bu tarihten itibaren kısıtlanır.

“Malları üzerine haciz konulması”ndan (veya *haklarında iflâs kararı verilmesi*”nden) önce, malları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilen borçlular, henüz alacaklıların -haciz ve iflâs yolu ile- takibine hedef olmadan, onlardan “mal kaçırmak” (yani, onların haklarında yapacağı takibi semeresiz bırakmak) amacı ile, malvarlığının tamamını ya da bir kısmını, bir takım “hileli” işlemlerle (yani, bedelsiz olarak ya da çok ucuz bedelle) başkalarına (özellikle, yakınlarına, kendilerinin bu amacını bilen veya bilebilecek durumda bulunan arkadaşlarına/tanıdıklarına) devredebilirler ya da bedelini kendileri ödeyerek yakınları üzerine taşınır/taşınmaz mal satın alarak malvarlığını azaltabilirler...

İşte, bu gibi kötü niyetli borçluların “alacaklılarından mallarını kaçırmak kasdı ile” yaptıkları bu tür işlemlerden zarar gören alacaklıları korumak amacı ile, onlara “tasarrufun iptali davası” denilen bir ‘dava açma hakkı’ tanınmıştır.

“Tasarrufun iptali davası”nı “bir borçlunun, alacaklılarına zarar vermek kasdıyla, mallarının haczinden veya hakkında iflâs kararı verilmeden önce, yani henüz tasarruf yetkisinin kısıtlanmadığı dönemde, alacaklılarından mallarını kaçırmak için yapmış olduğu tüm tasarrufların, *sadece davacı-alacaklı bakımından hükümsüz sayılmasını sağlamak için, ‘kural olarak’ kesin ya da geçici aciz belgesine sahip alacaklılarca, kanunda öngörülen sebeplere dayanarak, beş yıllık hak düşürücü süre içinde açılabilen, ‘borçlunun malvarlığından çıkardığı’ dava konusu mal ve haklar üzerinde davacı-alacaklıya ‘cebri icra yetkisi’ tanıyan, şahsi nitelikte bir eda davasıdır”* ş e k l i n d e tanımlayabiliriz.¹

¹ Talih Uyar/Cüneyt Uyar/Alper Uyar, “İcra ve İflâs Hukuku’nda Tasarrufun İptali Davaları”, 7. Baskı, 2021, s: 3 vd. - Benzer tanımlar için bkz: Baki Kuru “Bir borçlunun, mallarının haczinden veya iflâs etmeden önce, alacaklılarından mal

Bu davanın amacı^{2*}; borçluların henüz tasarruf yetkilerinin kısıtlanmamış olduğu dönemde (yani; “malları üzerine haciz konulmadan” veya “hakkında iflâs kararı verilmeden” önce) alacaklılarından mal kaçırmak kastı ile, kötü niyetle yapmış oldukları hukukî işlemleri, davacı-alacaklı bakımından hükümsüz sayarak, borçlunun malvarlığından uzaklaştırdığı (çıkardığı) dava konusu mal ve haklar üzerinde, alacaklının -sanki, bu mal ve haklar halâ borçluya aitmiş gibi- cebri icra yolu ile alacağını elde etmesini -bu malın haciz ve satışını isteyerek- sağlamaktır.³

kaçırmak için yapmış olduğu bağışlamalar ve şüpheli (hileli) tasarrufların iptal ettirilebilmesi için alacaklılara bir dava açma hakkı tanınmıştır ki, buna iptal davası denir (m. 277-284) (“El Kitabı”, 2013, s: 1397; “İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku”, 2016, s: 663)- Timuçin Muşul, “İİK m. 97/sondan 2. fıkradaki ve iflâstaki haller (İİK m. 277/b.2, m.245 ve 255/3) hariç olmak üzere, kesin veya geçici aciz vesikasına sahip alacaklının, kanunda öngörülen sebeplere istinatla, kabili iptal olduğunu iddia ettiği tasarrufi işlemin, sadece kendisi açısından ve aciz vesikasına bağlanmış olacağı ve ferileri nispetinde iptal edilmesini talep ederek, borçlu ile lehine tasarrufi işlemin yapıldığı üçüncü kişiye karşı açtığı, 5 yıllık hak düşürücü süreye ve basit yargılama usulüne tâbi olan, şahsi nitelikte bir davadır” (“Tasarrufun İptali Davaları”, 2. Baskı, 2017, s:17) - Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, “İcra ve İflâs takibinden önce veya takip sırasında, borçlunun alacaklının haklarını ihlâl edecek şekilde yaptığı tasarruf işlemlerinin iptali için başvuru yola tasarrufun iptali davası denir” (“İcra ve İflâs Hukuku”, 3. Baskı, 2020, s: 715) - Orhan Eroğlu, “Kesin veya geçici aciz vesikasına sahip alacaklının, borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak kastıyla yaptığı tasarruflarını, alacağı ile sınırlı olmak kaydıyla, icra takip sahasına sokmasını sağlayan, beş yıllık hak düşürücü süreye tâbi, kişisel nitelikte bir eda davasıdır” (“Tasarrufun İptali Davası”, 2. Baskı, 2020, s: 24; “İslah”, 4. Baskı, 2020, s:192) - Mehmet Necmettin Berkin “Borçlunun alacaklılarına zarar veren bazı tasarruflarını -davacı alacaklı bakımından, onun alacağı ölçüsünde- hükümsüz hale getirmeye yarayan bir dava” (“İflâs Hukuku”, 1972, s: 489)

² * Talih Uyar, “Hukuki Mütalâalar”, 2017, s: 44 vd.; 359 vd.; s: 1570 vd. - Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarının Hukuki Niteliği ve Amacı” (Manisa Bar. D. Temmuz/2008, s: 79-86) - Talih Uyar, “Hukuki Mütalâalar”, 3. Baskı, 2020, s:2 vd.; 14 vd.; 52 vd.; 88 vd.; 294 vd.; 324 vd.; 378 vd.; 405 vd.; 462 vd.; 506 vd.; 537 vd.; 655 vd.; 683 vd.; 776 vd.; 920 vd.; 1303 vd.

³ Timuçin Muşul, age. s: 23 - Orhan Eroğlu, age. s: 30 - Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Kayvaz/Emel Hanağası, “İcra ve İflâs Hukuku”, 6. Baskı, 2020, s: 556 - Baki Kuru, “El Kitabı”, s: 1397 - Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, age. s: 726 - Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes, “İcra ve İflâs Hukuku”, 14. Baskı, 2013, s: 857 - A. Şahabettin Sertkaya/Süleyman Kul, “Tasarrufun İptali Davaları”, 2016, s: 5 - Emine Halman Çetin, “Tasarrufun İptali, Muvazaa, İnançlı İşlem ve Nam-ı Müstear”, 2016, s: 17 - Ali Güneren,, “Tasarrufun İptali Davaları”, 2012, s:40 - Mine Üzün Çam, “Kamu Alacağının Korunmasında Tasarrufun İptali Davaları”, 2. Baskı, 2017, s:58 - Mahmut Coşkun, “İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat, Tasarrufun İptali Davaları”, 5. Baskı, 2019, s:887 - Tunahan Çetinel, “Alacaklılara Zarar Ver-

Yüksek mahkeme, çeşitli içtihatlarında “tasarrufun iptali davasının amacı” hakkında;

√ “İcra ve İflas Kanunu’nun 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarındaki amacın, borçlunun haciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların ‘geçersizlik’ ya da ‘iyiniyet kurallarına aykırılık’ nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamak olduğunu”⁴

√ “Tasarrufun iptali davalarının amacının, borçlunun haciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların ‘geçersizlik’ ya da ‘iyiniyet kurallarına aykırılık’ nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasına ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamak olduğunu”⁵

√ “Tasarrufun iptali davalarında amacın, borçlunun haciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların ‘geçersizlik’ ya da ‘iyiniyet kurallarına aykırılık’ nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamak olduğunu”⁶

belirtmiştir.

Aynı doğrultuda:

17. HD. 10.10.2018 T. 4073/8933

17. HD. 09.10.2018 T. 8503/8819

17. HD. 17.09.2018 T. 4747/7826

İzmir BAM. 5. HD. 18.04.2018 T. 55/585 vd. (**TALİH UYAR/ALPER UYAR/CÜNEYT UYAR** age. s: 6 vd.) (www.e-uyar.com)

II- Yapılan açıklamalardan anlaşıldığı gibi iptal davası, “dava konusu malın aynına ilişkin bir dava olmayıp kişisel bir dava”dır.⁷ Yani

me Kastıyla Yapılan Tasarruflar Bağlamında Tasarrufun İptali ve Muvazaa Davaları”, 2020, s: 29

⁴ Bknz: 17. HD. 26.11.2018 T. 6958/11230 (www.e-uyar.com)

⁵ Bknz: 17. HD. 19.11.2018 T. 946/10870 (www.e-uyar.com)

⁶ Bknz: 17. HD. 15.10.2018 T. 4016/9049 (www.e-uyar.com)

⁷ Bilge Umar, “Türk İcra-İflas Hukuku’nda İptal Davası”, 1963, s: 19- Baki Kuru, “İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku” s: 664- Baki Kuru, “İcra

bu dava sonunda, tasarrufa konu mal, alıcı (veya devir alan)nun malvarlığından çıkarılarak, tekrar borçlunun malvarlığına geri verilmez. Tasarrufa konu mal, yine alıcı (veya devir alan)ın malvarlığında kalmakla beraber, davayı kazanan davacı-alacaklı, o malı haciz ettirip sattırma ve satış bedelinden alacağını (*kişisel hakkını*) alma imkanını

ve İflâs Hukuku", C: 4, 1997, s: 3409- Baki Kuru "El Kitabı", s: 1397- Mehmet Necmettin Berkin, "İflâs Hukuku Rehberi", 1980, s: 111- Saim Üstündağ, "İflâs Hukuku", 8. Bası, 2009, s: 300- Turgut Önen, "İptal Davaları" (Ank. İk. Tic. İl. Ak. D. 1969/1, s: 39) - Serkan Kurtoğlu, "İcra Hukuku Açısından İptal Davasının Hukuki Niteliği" (İBD. 1973/7-8, s: 776 vd. - Burhan Gürdoğan, "İflâs Hukuku", 1966, s: 223- Orhan Eroğlu, age. s: 33 vd. - Turhan Esener, "Türk Hususi Hukuku'nda Muvazaalı Muameleler", 1956, s: 105- Levent Börü, "İcra ve İflâs Hukukunda Zarar Verme Kasdından Dolayı İptal "İİK. m. 280"" (AÜHF D. 2009, S: 3, s: 486)- Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, age. s: 557- Ejder Yılmaz, "İİK.Şerhi", 2016, s: 1252- Talih Uyar "'Muvazaa" Nedenine Dayalı Tasarrufun İptali Davalarının Koşul ve Sonuçları" (ABD. 2017/3, s: 266 vd.) - Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, age. s: 716 vd. - Aziz Serkan Arslan, "Tasarrufun İptali Davasından Sonra Açılan Menfi Tesbit Davasında Bekletici Mesele Yapma Sorunu" (Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C: 1, s: 254) - Hakan Albayrak, "Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları" (AÜHF D. 2015, S: 4, s: 933 - Mehmet Refik Korkusuz, "İcra ve İflâs Hukuku Uygulaması", 2004, s: 312 - Hakan Albayrak/Serkan Açar, "Tasarrufun İptali Davalarının Kamu İcra Hukuku ve Genel İcra Hukuku Çerçevesinde Özel Dava Şartları Bakımından Karşılaştırılması" (Tür. Bar. Bir. Der. Mayıs-Haziran/2016, s: 435) - Hüseyin Kovan, "100 Soruda Muris Muvazaası Nedeni ile Tapu İptal ve Tescil Davaları ile Tasarrufun İptali Davaları", 2016, s: 278 - Emine Halman Çetin, age. s: 18 - Turhan Esener, age. s: 105 - Ergun Özsunay, age. s: 233 - Coşkun Kostakoğlu, "Takip Hukukunda İptal Davaları" (Yasa D. 1989/8, s: 1039 - Adalet D. 1989/6, s: 9) - Timuçin Muşul, "İcra ve İflâs Hukuku", 6. Baskı, 2020, C: 2, s: 1744 - Haşmet Sırrı Akşener, "İcra ve İflâs Hukuku'nda Tasarrufun İptali Davaları", 2. Bası, 2017, s: 27 - Tolga Akkaya, "'Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflâs Kanununda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu" (Legal Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, 2006/3, s: 672) - İzzet Karataş/Erol Ertekin, "Tasarrufun İptali Davaları", 1998, s: 17 - Ömer Ulukapı, "İcra ve İflâs Hukuku", 2015, s: 499 - Ali Güneren, "İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarruf İptal Davaları", 2004, s: 1015 - Ali Güneren, "Tasarrufun İptal Davaları", s: 49 - Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes age. s: 858, 878 - Mehmet Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren Yıldırım, "İcra ve İflâs Hukuku", 7. Baskı, 2016, s: 565 - Timuçin Muşul, "Tasarrufun İptali Davaları", s: 18 vd. - İdil Tuncer Kazancı, "Tasarrufun İptali Davalarında İspat", 2015, s: 76- Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar, "İİK. Şerhi", 2014, C: 3, s: 4309- Sıtkı Akyazan, "Takip Hukukunda İptal Davası" (Ad. D. Mart-Nisan/1963, S: 3-4, s: 237)- İsmet Sarısözen, "İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptal Davasında Yargılama Usulü" (ABD. 1977/1, s: 56) - Fatih Karamercan, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşin Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı", 2020, s:158- Ejder Yılmaz age. s: 1203- A. Şahabettin Sertkaya/Süleyman Kul, age. s: 7 - Tunahan Çetinelage, s: 9 - Baki Kuru/Burak Aydın, "İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku "Ders Kitabı"', 2020, s: 489

elde etmiş olur. Davanın konusunun *taşınmaz* olması halinde, dava sonunda verilen hükümle, taşınmazın tapu kaydında bir değişiklik yapılmaz... “Davanın kabulüne” karar verilmesi halinde, bu hükümden sadece ‘davacı-alacaklı’ yararlanır. ‘Davalı-borçlu’dan alacaklı olan diğer alacaklılar, bu hükümden yararlanmazlar. Zaten “davanın kabulüne” karar veren mahkeme “...dava konusu şey üzerinde, davacı-alacaklıya ‘aciz vesikasında belirtilen -eğer mahkemeye kesin aciz vesikası sunulmamışsa; icra dosyasındaki alacak ve fer’ileri ile sınırlı olarak- cebri icra yetkisi tanınmasına” şeklinde karar verir...

Yüksek mahkeme, iptal davalarının bu niteliğini, çeşitli içtihatlarında;

√ “Tasarrufun iptali istemine ilişkin davada, ‘dava konusu taşınmazın davalılar arasındaki satış işlemine ilişkin tasarrufun iptali ile davacı alacaklıya icra dosyasındaki alacak ve fer’ileriyle sınırlı olarak haciz ve satış yetkisi verilmesine’ karar verilmesi gerektiğini, ‘taşınmazın önceki maliklere döndürülmesine’ şeklinde karar verilmesinin hatalı olduğunu- Alacağını temlik eden davacının, “davacı” sıfatının da ortadan kalkacağı ve onun lehine karar verilemeyeceğini”⁸

√ “İptal davasının, alacaklıya alacağını tahsil olanağını sağlayan, nisbi nitelikte, yasadan doğan bir dava olup; tasarrufa konu malların aynı ile ilgili olmadığını”⁹

√ “İptal davasının, alacaklıya alacağını tahsil olanağını sağlayan, nisbi nitelikte, yasadan doğan bir dava olup; tasarrufa konu malların aynı ile ilgili olmadığını- Kredi sözleşmesinin tanzim tarihi, alacağın doğum tarihi sayılacağından, tasarrufun bu tarihten sonra gerçekleştiğini, işin esasına girilerek İİK’nın 278.-279. ve 280. madde koşullarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerektiğini”¹⁰

belirtmiştir...

Aynı doğrultuda:

17. HD. 27.02.2018 T. 12044/1388

17. HD. 20.12.2017 T. 6676/11897

⁸ Bknz: 17. HD. 05.11.2019 T. 2397/10196 (www.e-uyar.com)

⁹ Bknz: 17. HD. 26.11.2018 T. 6958/11230 (www.e-uyar.com)

¹⁰ Bknz: 17. HD. 05.04.2018 T. 17130/3875 (www.e-uyar.com)

17. HD. 12.12.2017 T. 3577/11571

17. HD. 20.06.2017 T. 5549/7016 vd. (TALİH UYAR/ALPER UYAR/CÜNEYT UYAR age. s: 6 vd.) (www.e-uyar.com)

III- İİK mad. 277/I'de; iptal davasının, "İİK 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı tasarruflar nedeniyle açılacağı" belirtilmiştir (İİK. mad. 277).

'İptal davasına konu olan işlemler'¹¹ -kural olarak- "maddi hu-

¹¹ Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar, "İİK. Şerhi", C: 3, s: 4314 vd. - Talih Uyar, "İİK. Şerhi", C: 11, 3. Baskı, 2010, s: 18691 vd. - Talih Uyar, "Borçlu Hakkında Üçüncü Kişi Tarafından Takip Konusu Yapılan Senedin (ve İcra Takibinin) "Muvazaalı Olduğu" İleri Sürülerek, Borçlunun Alacaklıları Tarafından "Senedin (ve İcra Takibinin) Kendileri Bakımından Geçersiz Sayılması İçin Tasarrufun İptali Davası Açılabilir mi?" «İİK. 280; TBK. 19»" (ABD. 2015/1, s: 370 vd.) - Talih Uyar, "Hukukî Mütalâalar", 2. Baskı, 2017, s: 362-377; s: 428-439; s: 759-790; s: 1072-1076; s: 1251-1257; s: 1433-1442; s: 1510 vd.; s: 1572 vd. - Talih Uyar, "Hukukî Mütalâalar", 3. Baskı, 2020, s: 51-86; s: 803-828- Talih Uyar, "Tasarrufun İptal Davalarının Konusu" (İBD. Temmuz-Ağustos/2017, s: 74-132)- Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davasının Uygulamada Tartışılan Yönleri" (Legal Huk. Der. Haziran/2014, s: 169-176)- Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davalarının Konusu" (Manisa Bar. Der. 2013, S: 125, s: 8-41)- Talih Uyar, "İcra ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu" (ABD. 2011/1, s: 211-231)- Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davalarının Konusu" (Tür. Bar. Bir. Der. Eylül-Ekim/2008, s: 287-313)- Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davalarında "Ticari İşletmenin Devri", "İptale Tâbi Tasarrufların Kapsamı" ve "Mahkemeye Aciz Vesikasının Sunulması" Konularına İlişkin Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar" Çankaya Huk. Fak. Der. (Araş. Görv. Ceren Damar Armağanı), 2020, C: 3, s: 3941-3978) - Talih Uyar, "Borçlunun Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilecek 'Alacağın Temliki' Tasarrufları" (Legal Huk. Der. Mayıs/2017, s: 2411-2437) - Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilecek Bazı Tasarruflar" (Legal Huk. Der. 2017, S: 177, s: 4449-4513) - Talih Uyar, "Borçlunun, Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilen Tasarrufları" (Legal Huk. Der. 2018, S: 190, s: 4729-4801) - Talih Uyar, "Muvazaalı İcra Takipleri" (Borç İkrarları) ile "Borçlunun Süresi İçinde Zamaşımı İtirazında Bulunmaması"nın Tasarrufun İptali Davasına Konu Edilmesi" (İBD. Mayıs-Haziran/2014, s: 282-295)- Talih Uyar, "Muvazaa (TBK. 19) Nedenine Dayalı Tasarrufun İptali Davalarının (İİK. 280) Açılma Koşulları ve Sonuçları" (Legal Huk. Der. Temmuz/2014, s: 175-187) - Talih Uyar, "İİK.'nun 280. Maddesi Yarıncı İptale Tâbi Kimi Tasarruflar" (ABD. 2014/3, s: 415-448) - Talih Uyar, "Borçlu Hakkında Üçüncü Kişi Tarafından Takip Konusu Yapılan Senedin (ve İcra Takibinin) "Muvazaalı Olduğu" İleri Sürülerek, Borçlunun Alacaklıları Tarafından "Senedin (ve İcra Takibinin) Kendileri Bakımından Geçersiz Sayılması İçin Tasarrufun İptali Davası Açılabilir mi?" (ABD. 2015/1, s: 369-397) - Tolga Akkaya, "Alacaklılardan, Mal Kaçırma Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflâs Kanununda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu" (MİHDER, 2006/3, s:661-684) - Tolga Akkaya, "İcra ve İflâs Hukukunda İptale Tabi Tasarruflar" İİK. m. 277-284" (Eskişehir Bar. D. Ekim/2006, s:13-49) - Tunahan Çetinel, "Tasarrufun İptali ve Muvazaa Davaları", s: 30 vd. - Burhan Gürdoğan, "İptal Davaları

kuk bakımından tamamen geçerli olan ve alacaklıları zarara sokan işlemler”dir¹².

IV- “ ‘İvazsız tasarruflar’dan¹³ dolayı” iptal kararı (İİK mad. 278) verilebilmesi için, yani borçlunun ‘bağışlama’ ve ‘ivazsız’ tasarruflarının iptal konusu olabilmesi için **hacizden** (İİK. mad. 86) veya haciz edilecek mal bulunmaması sebebiyle **acizden** (İİK. mad. 105) veya **iflâsın açılmasından** (İİK mad. 165) itibaren geriye doğru iki sene içinde yapılmış olması gerekir. Aynı zamanda bu sürenin, haczin veya aciz vesisikasının verilmesine sebep olan **alacağın** yahut iflâs halinde, *masaya kaydedilmiş olan alacaklardan en eskisinin doğum tarihinden öteye geçmemesi gerekir*.¹⁴ Bu döneme **doktrinde**¹⁵ “şüpheli dönem” denilmektedir.

Kanun bu suretle, *geriye doğru gidecek olan süreyi sınırlandırmış olup, ileriye doğru bir süre tayin etmediğinden*¹⁶ borçlunun kendisi hak-

“İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer’e Sunulan Bildiri””, 1963, s:38-42 – Senai Olgaç, “Yargıtay İçtihatlarının Işığında İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları” (Dr. Recai Seçkin’e Armağan, 1974, s:457-480) – Timuçin Muşul, “İptal Davaları”, s: 31 vd. – Turgut Önen, “İptal Davaları” (Ankara İktisadı ve Tic. İlimler Ak. D. 1969, S:1, s:39-49) – Orhan Eroğlu, “Tasarrufun İptali Davası”, s: 147 vd.

¹² Baki Kuru, “El Kitabı”, s: 1397- Timuçin Muşul, age. s: 20 vd. - Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, age. s: 533 – Baki Kuru/ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz, “İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı”, s: 614 Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar, “İİK. Şerhi”, C: 3, s: 4314 vd. - Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, age. s: 859- Ali Güneren, a.g.e., s: 40 – Serkan Kurtuluş, “İcra ve İflas Hukuku Açısından İptal Davasının Hukuki Niteliği” (İBD., 1973/7-8, s: 776) – Ömer Ulukapı, age. s: 497 – İsmet Sarısözen, a.g.m., s: 233, dipn: 5

¹³ Talih Uyar, “Hukuki Mütâlâalar”, 3. Baskı, 2020, s: 803-828- Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilecek Bazı Tasarruflar” (Legal Huk. Der. 2017, s: 177, s: 4449-4513 - Talih Uyar, “İvazsız Tasarruflardan Dolayı İptal” (Legal Huk. Der. Ekim/2017, s: 5023-5061) - Talih Uyar, “İcra ve İflâs Hukukunda “İvazsız Tasarruflardan Dolayı” İptal” (İzmir Bar. Der. Nisan/2011, s: 103-124) - Talih Uyar, “İvazsız Tasarruflardan Dolayı İptal” (Terazi Huk. Der. Ağustos/2008, s: 93-109) - Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarında “Son İki Yıl İçinde Yapılan Tasarruflar” (İİK. 278/I, II) ve “Taşınmazın ‘Tapuda Gösterilen Satış Bedeli’ ile ‘Rayiç Bedeli’ Arasında Bir Mislini Ayan Fark Bulunması” (İİK. 278/III-2) Koşulu ile “Davacının, Davalı-Borçludaki Alacağının ‘Gerçek Bir Alacak Olması’ Koşulunun Uygulamada Yarattığı Sorunlar...” (Prof. Dr. N.M. Berkin’e Armağan, 2021, s: 1277-1349)

¹⁴ Bknz: 15. HD. 11.7.2006 T. 3271/4693; 2.3.2005 T. 5544/1162; 11.6.2004 T. 2584/3054; 21.1.2004 T. 3401/293 vb. (www.e-uyar.com)

¹⁵ Güray Erdönmez, age. s: 105 vd. – İdil Tuncer Kazancı, age. s: 125 vd.

¹⁶ Mustafa Reşit Belgesay, “İcra ve İflâs Hukuku (Sentetik Bölüm)”, C: 2, 1953, s: 163- Burhan Gürdoğan age. s: 225- Bilge Umar age. s: 63.

kında aciz vesikası verildikten sonraki tasarrufları da iptal davasına yol açar. Ancak bu durumda beş yıllık genel “*hak düşürücü süre*” (İİK mad. 284) saklıdır.

Uygulamada kısaca “*son iki sene içinde yapılan tasarruflar*”^(*) diye nitelendirilen bu tasarrufların, ne zaman yapılmış olanlarının iptal edileceği İİK mad. 278/1’de hiç de açık olmayan bir ifade ile belirtilmiştir. Bu ifadeyi şu şekilde açıklayabiliriz:

Bu madde uyarınca bir ivazsız tasarrufun iptal edilebilmesi için, öncelikle; tasarrufun, “**haciz**” (İİK mad. 86) tarihinden yani ‘haciz tutanağının düzenlendiği tarih’ten ya da tapu siciline haciz konulduğu tarih’ten veya -haciz edilecek mal bulunamamışsa veya haczedilen malların takdir edilen kıymetlerine göre, borcu karşılamayacağı anlaşılmışsa (İİK mad. 105/II) yine haciz tutanağının düzenlendiği tarih’ten yahut malların satış bedeli, alacaklının alacağına tamamen yetmemişse (İİK mad. 143/I)- “**aciz**” tarihinden veya “**iflâsın açılması**” (İİK mad. 165) tarihinden, geriye doğru iki sene içinde yapılmış olması gerekir.

Uygulamada önemi nedeniyle şu hususu hemen belirtelim ki, yakın zamana kadar **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi** “burada ‘haciz’den kastedilenin ‘borçlunun adresinde yapılan haciz işlemi olduğunu’, borçlunun taşınmazına konulan haciz işlemi kapsamadığını”¹⁷ -kanımızca, hatalı olarak- belirtiyorken, **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu** 13.05.2015 T. 17-2087/1330 sayılı kararında¹⁸ “taşınmazın tapu kaydına konulan haczin de geriye doğru iki/bir yıllık sürelerle başlangıç teşkil edeceğini” açıkça belirtmiştir...¹⁹

Yüksek mahkeme, “son iki yıllık süre” koşuluyla ilgili olarak;

√ “*Aciz belgesi niteliğindeki haciz tutanağının (en eskisinin) tarihine*

(*) Talih Uyar, “Hukukî Mütalâalar”, 3. Baskı, 2020, s: 999-1024- Talih Uyar, “Hukukî Mütalâalar”, 2. Baskı, 2017, s: 130 vd. - Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilecek Bazı Tasarruflar” (Legal Huk. Der. 2017, S: 177, s: 4449-4513) - Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarında “Son İki Yıl İçinde Yapılan Tasarruflar” (İİK. 278/I, II) ve “Taşınmazın ‘Tapuda Gösterilen Satış Bedeli’ ile ‘Rayiç Bedeli’ Arasında Bir Mislini Aşan Fark Bulunması” (İİK. 278/III-2) Koşulu ile Davacının, Davalı-Borçludaki Alacağının ‘Gerçek Bir Alacak Olması’ Koşulunun Uygulamada Yarattığı Sorunlar...” (Prof. Dr. N.M. Berkin Armağanı, 2021, s: 1277-1349)

¹⁷ A. Şahabettin Sertkaya/Süleyman Kul, age. s: 141

¹⁸ Bknz: www.e-uyar.com

¹⁹ Timuçin Muşul, “Tasarrufun İptali Davaları”, s: 364 - Tunahan Çetinel age. s: 57

göre tasarruf iki yıllık süreden sonra yapılmış olduğundan, ivazlar arasında oransızlık nedeni ile tasarrufun iptal edilemeyeceğini”²⁰

√ *“Tasarrufun iptaline ilişkin davaya ilişkin geçici aciz belgesi niteliğine haiz haciz tutanağının ‘22.11.2012’ tarihli hacize ait olduğu; iptali istenen tasarrufun ise ‘29.01.2009’ tarihinde yapıldığı ve 2 yıllık süre geçtiği; dava konusu taşınmazın gerçek değeri ile satış bedeli arasında misli fark bulunmadığı ve davalıyla borçlu arasındaki yakınlığı veya tanışıklığı iddia ve ispat edilmediğinden, davanın esastan reddine karar verilmesi gerektiğini”²¹*

√ *“Tasarrufun borcun doğumundan sonra yapıldığı, davalılar arasında yapılan taşınmaz satışında, borçlunun kendi verdiği şeyin değerine göre ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği, borçlu hakkındaki aciz belgesinin 15.10.2014 tarihinde düzenlendiği davalılar arasındaki bağışlama niteliğindeki satış işleminin ise 07.11.2013 tarihinde yapıldığı, haczedilecek mal bulunmaması sebebiyle acizden geriye doğru iki yıl içinde yapılan bütün bağışlamalar ve ivazsız tasarrufların batıl olduğu, davalılar arasındaki tasarruf işleminin bağışlama niteliğinde olması nedeniyle, davalılar arasındaki taşınmaz satış işlemi batıl olduğunu”²²*

√ *“Mahkemece, davacının yasal mirasçılarının davaya dahilini sağlayarak (HMK’nın 55) taraf teşekkülünü sağladıktan sonra, davalı borçlunun aciz hali sabit olduğundan mahkemece davanın esasına girilerek, ibraz edilen tarihli haciz tutanağından geriye doğru 2 yıllık süreden sonra satış yapılmış olduğundan İİK’nın 278/3-2. maddesindeki bedel farkının dava konusu olayda uygulanması mümkün olmadığından, borçlu ve davalı üçüncü kişinin taşınmazın bulunduğu aynı köy nüfusuna kayıtlı olmaları da dikkate alınarak, İİK’nın 280. madde koşullarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekeceğini”²³*

√ *“Üçüncü kişinin (ve yakınlarının) bankadan çektiği ya da havale ettiği paraların da borçluya ödenen para olarak kabul edilmesi gerektiği- İcra takibi sırasında yapılan fiili hacizde haczi kabil başkaca ekonomik değeri olan mahcuz bulunmadığı belirlenmiş olup, tasarruf, haciz tarihinden geriye doğru 2 yıl içinde kalmadığında, bedel farkından dolayı iptale karar verilemeyeceğini”²⁴*

²⁰ Bknz: 17. HD. 10.11.2020 T. 924/6793 (www.e-uyar.com)

²¹ Bknz: 17. HD 06.10.2020 T. 1275/5099 (www.e-uyar.com)

²² Bknz: 17. HD. 28.01.2020 T. 4125/126 (www.e-uyar.com)

²³ Bknz: 17. HD. 24.12.2019 T. 1873/12408 (www.e-uyar.com)

²⁴ Bknz: 17. HD. 16.09.2019 T. 13366/8038 (www.e-uyar.com)

√ “8.500,00 TL’ye satılan taşınmazın gerçek değerinin 12.000,00 TL olduğu belirlendiğinden, iki değer arasında önemli bir oransızlık olmadığı gibi, İİK mad. 278/3-2 gereğince iptal için aciz ve hacizden geriye doğru iki yıllık süre içinde tasarrufun yapılması gerekmekte olup davacı tarafından sunulan aciz belgelerinin tarihine göre 2 yıllık sürenin de geçmiş olduğunu”²⁵

√ “Haciz ve dava konusu tasarrufların tarihleri gözetildiğinde İİK mad. 278 uyarınca 2 yıllık sürenin gerçekleştiğini ve davalı üçüncü kişilere yapılan satışta edimler arasında aşırı fark bulunduğundan yapılan tasarrufun iptale tabi olduğunu”²⁶

√ “Borcun doğumu, tasarruf tarihinden sonra ise, davanın ön koşul yokluğu nedeni ile reddine karar verilmesi gerektiğini- Borçlu adresinde yapılan hacizler İİK mad. 105 kapsamında aciz belgesi niteliğindeyse de tasarruf hacizden 2 yılı aşan bir süre önce gerçekleşmiş olduğundan, bedel farkı gerekçeyle İİK mad. 278/3-2 uyarınca tasarrufun iptal edilemeyeceğini”²⁷

√ “Tasarrufların hacizden itibaren 2 yılı aşan bir sürede gerçekleşmiş olması halinde, bedel farkına ilişkin İİK’nın 278/3-2 maddesinin uygulanamayacağını- Diğer tasarrufun iptal sebepleri de iddia ve ispat edilemediğinden, davanın reddi gerektiğini”²⁸

√ “Mahkemenin dayanağı olan İİK mad. 278/3-2 hükmü somut olayda uygulanması mümkün olmadığı, bunun nedeninin ise, maddenin uygulanması için gerekli olan ve anılan maddenin 2 fıkrasında belirtilen 2 yıllık süre geçmiş olduğu, yani; dava konusu tasarrufların hacizden itibaren 2 yılı aşan bir sürede yapılmış olduğunu”²⁹

√ “İİK’nın 278 maddesi gereğince, en eskisinin tesis edilmiş olduğu tarihe kadar geriye doğru olan iki yıllık müddet içinde yapılan tüm bağışlamalar için tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini”³⁰

√ “Haciz tarihinden geriye doğru iki yıl içerisindeki tasarrufların iptali talep edebileceği, ancak somut olayda, dava konusu tasarrufun iptali istenilen işlemlerin iki yıllık süre içerisinde olmadığı anlaşılmalı davacının tasarru-

²⁵ Bknz: 17. HD. 18.06.2019 T. 11583/7710 (www.e-uyar.com)

²⁶ Bknz: 17. HD. 15.05.2019 T. 18596/6133 (www.e-uyar.com)

²⁷ Bknz: 17. HD. 17.12.2018 T. 19357/12265 (www.e-uyar.com)

²⁸ Bknz: 17. HD. 06.02.2018 T. 6791/639 (www.e-uyar.com)

²⁹ Bknz: 17. HD. 25.02.2018 T. 18132/4473 (www.e-uyar.com)

³⁰ Bknz: İzmir BAM 5. HD. 01.02.2018 T. 11832/158 (www.e-uyar.com)

fun iptalini talep edemeyeceğinin sabit olduğu, bu durumda mahkemece, davanın reddine karar verileceğini"³¹

√ "Dava konusu taşınmazların tapudaki satış bedelleri (ipotekle birlikte) ile bilirkişi tarafından belirlenen rayiç değer arasında misli fark bulunmasına rağmen, İİK mad. 278/2 uyarınca iki yıllık süre geçmiş olmasından dolayı dava konusu tasarrufların İİK'nın 278/3-2 madde gereğince iptalinin söz konusu olmadığını"³²

√ ".....Dava konusu tasarrufun, İİK mad. 278/3-2. maddesinde öngörülen iki yıllık süre içinde yapılmaması halinde, bedel farkının iptal nedeni olarak kabul edilemeyeceğini"³³ vd. (Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar age. s: 212 vd.) (www.e-uyar.com)

ş e k l i n d e ifade etmiştir.

Şu halde;

a) Alacaklı borçlu hakkındaki takibinin kesinleşmesi üzerine hacze (veya takip kesinleşmeden mahkemeden ihtiyati haciz kararı alarak ihtiyati hacze) gitmiş ve *alacağına yeter ölçüde mal haciz etmişse* ya da borçlusuna ait borcunu karşılayabilecek değerde bir/birkaç taşınmaza haciz koymuşsa, bu durumda borçlu aciz halinde olmadığı için iptal davası açamayacak, ancak ileride, bu malların satılması üzerine, alacağı tamamen karşılanmazsa, o zaman icra dairesinden "aciz belgesi" (*kesin aciz belgesi*)³⁴ (İİK mad. 143) olarak, bu belgeye göre iptal davası açabilecektir. Bu durumda, iki senelik sürenin başlangıcı, "*kesin aciz belgesinin düzenlenme tarihi*" değil,³⁵ kesin aciz belgesinin 'borç ödemedен aciz belgesi'nin düzenlendiği (verildiği) icra takibindeki *haciz (ihtiyati haciz) tarihi* olacaktır.^{36 37} Yani, bu haciz (ya da ihtiyati haciz) tarihinden

³¹ Bknz: 17. HD. 22.11.2017 T. 9835/10873 (www.e-uyar.com)

³² Bknz: 17. HD. 07.03.2017 T. 24872/2454 (www.e-uyar.com)

³³ Bknz: 17. HD. 13.12.2016 T. 16866/11513 (www.e-uyar.com)

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bknz: Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar, "İİK. Şerhi", C: 2, 2014, s: 2682 vd. - Talih Uyar, "İİK. Şerhi", C: 12, 2. Baskı, 2009, s: 18869 vd.

³⁵ Bu nedenle; yüksek mahkemenin kimi kararlarında (Bknz: 17. HD. 16.01.2014 T. 16478/452; 26.01.2012 T. 7668/598) (www.e-uyar.com) geçen "... tasarruf tarihi ile aciz belgesi (veya aciz belgesi niteliğindeki haciz tutanağının düzenlendiği) tarih arasında iki yılı aşkın sürenin geçmemesi gerekir. 'Aciz vesikası tarihi' ile 'tasarruf tarihi' arasında iki yıldan fazla süre geçtiğinden, tasarrufun 'fahiş fark' nedeniyle iptaline karar verilemez..." cümlesi hatalıdır...

³⁶ Baki Kuru, age. C: 4, s: 3439, dipn. 80

³⁷ Karş: Sıtkı Akyazan age. s: 182- Coşkun Kostakoğlu aqm (Ad. D. 1989/6, s: 25- Yasa D. 1989/8, s: 1051)- Haşmet Sırrı Akşener, Tasarrufun İptali Davaları, 2. Baskı, 2007, s: 360. (Bu görüşe göre; "buradaki aciz tarihi"nden maksat aciz belgesinin

geriye doğru iki sene içinde yapılan tasarruflar -ayrıca Yargıtay'a göre; -takip konusu alacağın doğumundan sonra olmaları koşulu ile- iptale tâbi olacaktır.³⁸ U y g u l a m a d a -yakın zamana kadar- "maddede sözü geçen 'haciz'den 'adreste yapılan (taşınır) haciz işlemi'nin anlaşıl-makta olduğunu, ancak "bu hatalı uygulamaya HGK'nın 13.05.2015 T. 17-2087/1330 sayılı kararı³⁹ ile son verilmiş olduğunu" -yukarıda; dipn. 8 civarında belirtmiştik...

b) Borçluya hacze giden alacaklı, borçlunun *hiç haczi mümkün ma-lına rastlamamış ise, bu durumda düzenlenen "haciz tutanağı" 'kesin aciz belgesi' (İİK mad. 105/I), hükmünde olacaktır. Buna karşın, alacaklının veya haciz ettirdiği malların kıymeti, alacağını karşılayacak düzeyde değilse, bu durumlarda düzenlenen "haciz tutanağı" 'geçici aciz belgesi'⁴⁰ (İİK mad. 105/II) niteliğinde olacaktır. Alacaklı her iki durumda da yani gerek 'kesin aciz belgesi' hükmünde olan (İİK mad. 105/I) ve gerekse 'geçici aciz belgesi' niteliğinde bulunan (İİK mad. 105/II) haciz tuta-nağına dayanarak iptal davası açabilecek ve bu takdirde, borçlunun iptal konusu olabilecek tasarrufları için, geriye doğru hesaplanacak süreye, "geçici aciz belgesi" niteliğindeki haciz tutanağının düzenlen-diği tarih, başka bir deyişle "haciz tarihi" başlangıç teşkil edecektir⁴¹...*

c) Eğer borçlu iflâs etmişse, borçlunun iptale tâbi tasarrufları için yasanın öngördüğü iki senelik süreye "**iflâsın açılma tarihi**" (İİK mad. 165) başlangıç olacaktır.

V- İptal davaları, diğer hukuk davaları gibi, *genel hükümlere göre* açılır.⁴²

Dava dilekçesinde, dava konusu iptale tabi tasarrufun ne olduğu be-lirtilir. Ancak, bu tasarrufun İİK mad. 278, 279 ve 280'den hangisininin

alındığı tarih'dir...) - Aynı doğrultuda: 17. HD. 16.1.2014 T. 16478/452; 26.01.2012 T. 7668/598 (www.e-uyar.com)

³⁸ Bknz: 15. HD. 11.7.2006 T. 3271/4693 (www.e-uyar.com)

³⁹ Bknz: www.e-uyar.com

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bknz: Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar, age. C: 2, s: 2082 vd. - Talih Uyar, "İİK. Şerhi", C: 12, «s: 18869 vd.»; «dipn. 49» civarı «s: 18875 vd.»

⁴¹ Bu konuda ayrıca bknz: GÜNAY, E. age. s: 86 vd.

⁴² Tunahan Çetinel, "Tasarrufun İptali ve Muvazaa Davaları", s: 75 vd. - İsmet Sarısözen, "İcra ve İflas Hukukuna Göre İptal Davasında Yargılama Usulü" (ABD. 1977/1, s:50-28) - Talih Uyar, "Tasarrufun İptali Davasının "Usul" den ve "Esas"tan Reddine Neden Olan Durumlar" (Nevşehir Bar. Dergisi'nde yayımlanacak) - Tali-h Uyar, "Tasarrufun İptali Davalarında Yargılama Usulü" (Legal Huk. Der. Ey-lül/2008, s:3003-3020)

kapsamına girdiği ve hangi hukukî sebeple iptal edileceğini saptamak hâkimin görevi olduğundan (HMK mad. 33), dava dilekçesinde belirtilen *hukukî sebeple* hâkim bağlı olmadığından, davacının “dava konusu tasarrufun iptal nedenini” yanlış belirtmiş olması ya da hiç belirtmemiş olması önem taşımaz.⁴³

VI- Tasarrufun iptali davasının esasına girebilmesi için gerçekleşmesi gereken “dava şartları”⁴⁴ nelerdir?;

Bilindiği gibi “*dava şartı*” *‘davanın esası hakkında yargılama yapılabilmesi ve karar verilebilmesi için varlığı veya yokluğu gerekli olan şartlar’*dir.⁴⁵

Yeni HMK’nın 114. maddesinin **1. fıkrasında** ‘*dava şartlarının neler olduğu*’ (12) bent halinde sayılarak belirtildiği gibi; **2. fıkrasında** ‘*diğer kanunlarda yer alan dava şartlarının ilişkin hükümlerin saklı olduğu*’ açıklanmıştır.

HMK’nın 114. maddesinde (12) bent halinde sayılan -ve tüm davalar için geçerli olan- dava şartları “**genel dava şartları**”, buna karşın

⁴³ Talih Uyar, “Hukuki Mütalâalar”, 3. Baskı, 2020, s:51-86; s:877-010 – Talih Uyar, “Hukuki Mütalâalar”, 2. Baskı, 2017, s:139 vd.; s:767-772; s:1534-1536 – Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilecek Bazı Tasarruflar” (Legal Huk. Der. 2017, S:177, S:4449-4513) – Baki Kuru, “İcra ve İflas Hukuku”, C: 4, S: 3546 – Baki Kuru, “El Kitabı”, S:1398; 1414 – Baki Kuru, “İstinaf”, s:665 – Güray Erdönmez, “Alacaklılara Zarar Verme Kastı İle Yapılan Tasarrufların İptali”, s:12 – Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar, “İİK. Şerhi”, C: 3, s: 4508 – Orhan Eroğlu, “Tasarrufun İptali Davası”, s:130 – Timuçin Muşul, “İptal Davaları”, s: 450

⁴⁴ Talih Uyar, “Borçlunun, Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilen Tasarrufları” (Legal Huk. Der. Ekim/2018 s:4729-4801) – Talih Uyar, “Birden Fazla Kredi Sözleşmesinden Kaynaklanan Borç İçin Açılan Tasarrufun İptali Davalarında Borcun Doğum Tarihi Nasıl Belirlenir? Tasarrufun İptali Davasının “Bedele Dönüşmesi” (İİK. 283/II) Halinde, Tazminata Esas “Gerçek Değer”in Hesaplanma Yöntemi” (Legal Huk. Der. 2018, S:184, s:1739-1758) – Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davasının “Usul”den ve “Esas”dan Reddine Neden Olan Durumlar” (Nevşehir Barosu Dergisi’nde yayımlanacak)

⁴⁵ Baki Kuru, “Medeni Usul Hukuku El Kitabı”, C: 1, s: 375-398 – Baki Kuru, “Dava Şartları” (Ord. Dr. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan, 1964, s: 109-147) – Ramazan Arslan, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Medeni Usul Hukukuna Getirdiği Başlıca Yenilikler” (Prof. Dr. Gürkan Çelebican’a Armağan, 2011, s: 439-459) – Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, “Medeni Usul Hukuku”, 6. Baskı, s: 310 vd. – Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, “Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)”, 4. Baskı, s: 243 vd. – Şanal Görgün, “Medeni Usul Hukuku”, 3. Bası, s: 144 vd. – Hakan Albayrak, “Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları” (AÜHFD. 2015/4, s: 931-974) – Tunahan Çetinel, age. s: 75 vd. – Hakan Pekcanitez, “Pekcanitez Usul Hukuku”, 15. Bası, 2017, s: 925 vd.; 950 vd.

HMK. m. 114/2’de belirtilen dava şartlarına ise, bazı davalar için öngörülmesi için “özel dava şartı” olarak nitelendirilir. Örneğin; İİK m. 277/I-1’de öngörülen ‘tasarrufun iptali davası açabilmek için kesin ya da geçici aciz belgesi ibraz etme zorunluluğu’, İİK m. 69/II’de öngörülen ‘borçtan kurtulma davası açabilmek için % 5 oranında teminat gösterme zorunluluğu’ birer “özel dava şartı”dır.⁴⁶

Uygulamada, **yüksek mahkeme** (Yargıtay 17. Hukuk Dairesi); **a)** ‘İcra takibinin kesinleşmiş olması’**nı**, **b)** ‘Alacaklının alacağının gerçek bir alacak olması’**nı**, **c)** ‘Davacının alacağının, dava konusu tasarruftan önce doğmuş olması’**nı**, tasarrufun iptali davasının “özel dava şartı” olarak kabul etmekte ve açılmış olan tasarrufun iptali davasının bu şartlar gerçekleşmeden açılmış olduğunu, yargılamanın her aşamasında tesbit ettiği taktirde, kendiliğinden ‘davanın usulden reddine’ karar vermektedir.

Tasarrufun iptali davasının –uygulamada Yargıtay tarafından aran- özel dava şartları:

a) Takip konusu alacağın, iptali istenen tasarruftan önce doğmuş olması gerekir. (Kanımızca; İsviçre’de ve Almanya’da olduğu gibi bizde de bu husus İİK’da –örneğin; İİK mad. 277’de- ayrıca öngörülmemiş olduğu için, bu hususun doktrinde bazı hukukçularca ve uygulamada Yargıtay’ca “dava şartı” olarak kabul edilmesi isabetli değildir...)

b) ‘Takip konusu alacağın gerçek bir alacak olması’ gerekir. (Bu konu, bir sonraki paragrafta (yani VII. Paragrafta) ayrıntılı olarak incelenecektir...)

c) ‘Borçlu hakkında yapılmış olan icra takibinin ve alacağın kesinleşmiş olması’ gerekir.

ç) ‘Borçlu hakkında kesin aciz belgesi ya da geçici aciz belgesi’ (niteliğinde haciz tutanağı) düzenlenmiş olmalıdır.

VII- Tasarrufun iptali davalarında davacının, davalı-borçludaki alacağının ‘g e r ç e k’ bir alacak olması gerekir.⁴⁷

⁴⁶ Hakan Albayrak, agm. s: 934

⁴⁷ Talih Uyar, “Hukuki Mütalâalar”, 3. Baskı, 2020, s:378-392; s:405-411; s:655-668; s:877-919 – Talih Uyar, “Hukuki Mütalâalar”, 2. Baskı, 2017, s:18 vd. – s:827-837; s:980-990; s:1287-1312 – Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarında “Alacağın Gerçek Olması” ve “Hayatın Olağan Akışına Uygunluk” Koşullarının Uygulamada

İptal davalarında, “davacının, davalılardan borçluda (gerçek) bir alacağının bulunması” ve “davacının; borçlu hakkında yaptığı icra takibinden bir sonuç elde edilmemiş –yani alacağın kısmen- tamamen tahsil edilmemiş olması” ön koşul olduğundan, mahkeme iptal davasının yargılaması sırasında öncelikle bu ön koşulun gerçekleşmiş olup olmadığını kendiliğinden araştırır. Mahkeme, “icra dairesinin düzenlediği aciz belgesinin geçerli olup olmadığını” tartışamaz.⁴⁸ Tersine, aciz belgesinin iptali için icra mahkemesine yapıldığı ileri sürülen şikâyetin sonucunu, kendisi için ‘bekletici mesele’ sayması gerekir.⁴⁹ Fakat, davalı-üçüncü kişi (veya borçlu) “davacının alacağının mevcut olmadığını” -örneğin muvazaaya dayandığını- iddia ve ispat edebilir.⁵⁰ Davalı-üçüncü kişi bu iddiasını ispat için ‘tanık’ dinlenebilir...⁵¹ Yani bu durumda HMK. mad. 200 uygulanmaz.⁵² Çünkü, davalı- üçüncü kişi, davacı- alacaklı ile borçlu arasındaki alacak ilişkisinde ‘üçüncü kişi’ durumundadır.⁵³ Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için, öncelikle davacının, davalı-borçluda ‘gerçek bir alacağı’nın bulunması, diğer bir deyişle ta-

Yarattığı Sorunlar” (Legal Huk. Der. Ocak/2020, s:267-309) – Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarında “Son İki Yıl İçinde Yapılan Tasarruflar (İİK. m. 278/I, II) ve “Taşınmazın ‘Tapuda Gösterilen Satış Bedeli’ le ‘Rayiç Bedeli’ Arasında Bir Mislini Aşan Fark Bulunması” (İİK. m. 278/III-2) Koşulu ile “Davacının, Davalı-Borçludaki Alacağının ‘Gerçek Bir Alacak Olması’ Koşulunun Uygulamada Yarattığı Sorunlar...” (Prof. Dr. N.M. Berkin Armağan’da yayımlanacak) – Talih Uyar, “Borçlunun, Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilecek Tasarrufları” (Legal Huk. Der. 2018, S:190, s:4729-4801) – Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarında “Davacının, Borçluda Gerçek Bir Alacağı Bulunması” Koşulunun Uygulamada Yarattığı Sorunlar” (İBD. 2015/2, s:351-362) – Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarında “Tasarrufun İptali Davalarında “Tasarrufun İptaline Karar Verilmesi” Konusunda Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar” (Tür. Bar. Bir. Der. 2018; S:135, s:517-575) – Talih Uyar, “Borçlunun, Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilen Tasarrufları” (Legal Huk. Der. Ekim/2018, s:4729-4801) – Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarında “Alacağın Gerçekliği” (Muvazaalı Olmaması) Koşulunun Düşündürdükleri” (Legal Huk. Der. 2017, S:180, s:5915-5942) – Talih Uyar, “Ticari Defter Kayıtlarına Göre “Alacaklı” Gözükten Ancak Borçlusu Hakkında Takip Konusu Yaptığı Çekleri Ticari Defterlerine İşlememiş Olan Alacaklı, Yaptığı “Takip Dosyası”na Dayanarak “Borçlusu” ve “Lehine Tasarrufla Bulunulan Üçüncü Kişi” Hakkında “Tasarrufun İptali Davası” Açılabilir mi?” (Terazi Huk. Der. Kasım/2017, S:135, s: 90-101)

48 Bknz: 15. HD. 18.5.1990 T. 1755/2258; 13. HD. 9.11.1981 T. 5203/7058 vb. (www.e-uyar.com)

49 Bknz: 15. HD. 7.5.1992 T. 2135/2460; 4.3.1992 T. 869/1042 vb. (www.e-uyar.com)

50 Baki Kuru age. C:4, s:3506

51 Bknz: 17. HD. 26.03.2013 T. 7206/4176 (www.e-uyar.com)

52 Baki Kuru, “El Kitabı”, s:1420

53 Baki Kuru, “El Kitabı”, s: 1430 – Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası age. s. 563 – Baki Kuru/Burak Aydın age. s: 499

sarrufta bulunan kimsenin gerçekten 'borçlu olması' gerekir. Eğer 'gerçek bir borç' yoksa 'alacak' da söz konusu olamayacağından, tasarrufun iptali davası dinlenmez.⁵⁴

Davacı-alacaklı, tasarrufun iptali davasını, 'ilama dayalı icra takibi'ne dayandırmışsa, 'tasarrufun iptaline' karar verilebilmesi için, 'ilamın (alacağın) kesinleşmiş olması' gerekir.^{55 56}

Tasarrufun iptali davalarında, davalı-3. kişi (ya da davalı-borçlu), "davacı alacaklının davalı borçluda gerçek bir alacağının bulunmadığını" ileri sürerse, mahkemece bu durumda nasıl bir yol izlenecektir?

"Bu iddianın tasarrufun iptali davasında araştırılmayacağı"na mı karar verilecek, yoksa "bu iddianın tasarrufun iptali davasında incelenebileceği" belirtilip "davacı alacaklı tacir ise ticari defterleri⁵⁷ ve banka hesap hareketleri⁵⁸ üzerinde mali müşavir(ler) vasıtasıyla bilirkişi incelemesi yaptırılarak, davacı-alacaklı ile davalı-borçlu arasındaki ticari ilişkinin, daacı alacaklıya takip konusu yaptığı alacak kadar bir alacak doğuracak boyutta olup olmadığı" irdelenecek midir?

Eğer davacı-alacaklı tacir ise hem kendisinin ve hem de -tacir ise davalı- borçlunun ticari defterlerinde inceleme yapılarak, takip konusu borcun defterlerde kayıtlı olup olmadığının araştırılarak, kayıtlarda var (yazılı) olduğu ölçüde 'davanın kabulüne', aksi taktirde "ön koşul yokluğundan davanın reddine"⁵⁹ karar verilmesi gerekir.

⁵⁴ Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar, "İİK. Şerhi", C:3, s:4524 vd. - Ali Güneren,, age. s:379 - Bilge Umar age. s:41 vd. - Mehmet Taze, "Tasarrufun İptali Davası" (Yayımlanmamış Yük. Lisans Tezi, s:120) - Hasan Ali Kaplan, "4949 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları", s:45 - Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar, "Tasarrufun İptali Davaları", 2011, C:2, s:1266 - Mahmut Coşkun, "Tasarrufun İptali Davaları", s:937 - E. Günay, age. s:80 - A. Şahabettin Sertkaya/Süleyman Kul, age. s:175 - Timuçin Muşul, "İptal Davaları", s:443 - Orhan Eroğlu, age. s:59 - Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, "İcra ve İflâs Hukuku", s:729 - Mustafa Oskay/Coşkun Koçak/Adnan Deynekli/Ayhan Doğan, "İİK. Şerhi", s:586 - Emine Halman Çetin, age. s:15 - Hakan Albayrak, agm. s: 943 vd. - Tunahan Çetinel, age. s: 79

⁵⁵ Bnz: HGK. 08.03.2006 T. 15-34/36; 17. HD. 20.09.2010 T. 5787/7047 (www.e-uyar.com)

⁵⁶ Hakan Albayrak, agm. s: 956

⁵⁷ Bknz: 17. HD. 17.04.2014 T. 16639/5946; 17.04.2014 T. 15081/5942; 16850/455; 8.03.2013 T. 14204/4372; 24.04.2012 T. 32/5008; HGK. 13.10.2010 T. 17-398/497 vb. (www.e-uyar.com)

⁵⁸ Bknz: 17. HD. 17.04.2014 T. 15081/5942 (www.e-uyar.com)

⁵⁹ Bknz: 17. HD. 07.05.2019 T. 7423/5597; 11.09.2018 T. 2770/7624; 28.02.2017 T.

Eğer davacı-alacaklı tacir değil ise; davacı ve davalı borçlunun takip konusu senetlerin tanzim tarihindeki ekonomik ve sosyal durumları hakkında banka kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, mali durumlarının araştırılması,⁶⁰ yıllık gelirlerinin ne olduğu,⁶¹ ve davacının böyle bir borç parayı verebilecek ekonomik gücünün bulunup bulunmadığı⁶² saptanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

Bazen, davacı-alacaklının borçludaki alacağı muvazaalı değildir; fakat davacı-alacaklının borçluda “*takip konusu yapılan miktarda*” bir alacağı da yoktur. Örneğin; davacı-alacaklı takip borçlusu hakkında, borçluya ait senette tahrifat (sahtecilik) yaparak takipte bulunmuştur. Borçlunun imzasın taklit ederek veya senedin “alacak miktarı”nda tahrifat yapmıştır. Hatta borçlu tarafından bu nedenle davacı-alacaklı hakkında “menfi tespit davası”⁶³ açılmış ya da icra mahkemesinde “imza inkarında”⁶⁴ bulunmuş olabilir. Yahut da Cumhuriyet Savcılığına –“sahtecilik” ya da “bedelsiz kalan senedin kullanılması”, “açığa atılan imzanın kötüye kullanılması” suçlarından dolayı⁶⁵ - ‘kamu davası’ açılması için şikayette bulunmuş ve Cumhuriyet Savcılığınca, davacı-alacaklı hakkında ceza mahkemesinde ‘kamu davası’ açılmıştır. Bu gibi durumlarda, tasarrufun iptali davasına bakan mahkemenin, borçlu tarafından açıldığı/açılması sağlandığı bildirilen bu davaların –kesinleşecek sonucunun “*bekletici mesele*” yapılması gerekir...

Davalı-3. kişi de davacı-alacaklının “*takip konusu yaptığı senedin (belgenin) gerçek bir alacağı aksettirmediğini*” –borçlu gibi- tasarrufun iptali davasına bakan mahkemede ileri sürebilir. Keza, takip konusu senedin “*teminat ve tahsil amacıyla verilmiş olduğu*” –yani gerçek bir alacağı ifade etmediği- de hem davalı-borçlu ve hem de davalı-3. kişi tarafından ileri sürülebilir.⁶⁶ Bunun kanıtlanması halinde mahkemece davacı-alacaklının talebi doğrultusunda “tasarrufun iptaline” karar verilemez.

11975/234; 24.05.2016 T. 11364/6282; 24.05.2016 T. 10582/6278; 14.04.2015 T. 1798/5869; 4. HD. 04.04.2011 T. 7832/3036 vb. (www.e-uyar.com)

⁶⁰ Bknz: 17. HD. 14.02.2017 T. 23545/1450 (www.e-uyar.com)

⁶¹ Bknz: 17. HD. 21.03.2017 T. 2235/3008 (www.e-uyar.com)

⁶² Bknz: 17. HD. 26.12.2017 T. 3393/12139; Samsun BAM. 2. HD. 12.01.2018 T. 1073/55; 17. HD. 13.10.2015 T. 2595/10520 vb. (www.e-uyar.com)

⁶³ Bknz: 17. HD. 29.09.2011 T. 6626/8230; 31.03.2011 T. 6372/2899; 07.03.2011 T. 11643/2001; 30.10.2007 T. 4626/3300 (www.e-uyar.com)

⁶⁴ Bknz: 17. HD. 10.03.2009 T. 3533/1270 (www.e-uyar.com)

⁶⁵ Bknz: 17. HD. 29.09.2011 T. 6626/8230 (www.e-uyar.com)

⁶⁶ Bknz: 17. HD. 21.01.2014 T. 19964/669 (www.e-uyar.com)

Yüksek mahkeme kimi kararlarında⁶⁷ “davacının gerçekten alacaklı olup olmadığının yerel mahkemece kendiliğinden araştırılması gerektiğini” kimi kararlarında⁶⁸ ise, “bu hususun davalılarca ileri sürülmesi halinde mahkemece araştırılabileceğini” belirtmiştir...

“Davacı-alacaklının gerçek bir alacağının bulunmadığı” hususu, ‘davalı borçlu ve üçüncü kişi tarafından birlikte ileri sürülebileceği’ gibi, ‘sadece davalı üçüncü kişi tarafından da yani “davalı-borçlu ile davacının anlaşarak, kendisine zarar vermek amacı ile muvazaalı olarak bir alacak yarattıkları” iddia edilerek de ileri sürülebilir.’^{69 70}

Yüksek mahkeme, bu konu (yani; ‘alacağın gerçek bir alacak olması gerektiği’ konusu) ile ilgili olarak;

√ “Tasarrufun iptali davalarında, davacının alacağının gerçek olup olmadığını ve davacı-alacaklı ile davalı-borçlu arasında takip konusu borcu doğuran ne gibi bir ilişki olduğunun araştırılmasının gerektiği; borcun dayanağı olan bonoda bedelin nakden ahzolandığı bildirildiğine göre; 110.000 TL tutarındaki paranın hangi bankadan ödendiği, davacının bu kadar yüksek miktardaki bir parayı ödünç verebilecek ekonomik durumu olup olmadığını soruşturulması, gerektiğinde davacı ile borçlu davalının ekonomik ve mali durumlarının araştırılması; şayet alacağın gerçek olduğu kanaatine varılırsa aciz hâlinin mevcut olup olmadığının belirlenmesi, ondan sonra toplanan ve toplanacak olan tüm kanutlar birlikte değerlendirilerek hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğini”⁷¹

√ “Tasarrufun iptali davasında “alacaklının borçluda gerçek bir alacağının olması” koşulunun irdelenmesi gerektiğinden, ilk derece ceza mahkemesinin sonucunun bekletici mesele yapılarak, takip dayanağı alacağın gerçek

⁶⁷ Bknz: 17. HD. 24.05.2016 T. 11364/6282; 12.04.2016 T. 14267/4635; 21.01.2014 T. 19964/669 vb. (www.e-uyar.com)

⁶⁸ Bknz: 17. HD. 07.05.2019 T. 13103/5606; 19.02.2019 T. 1554/1781; 05.06.2018 T. 4533/5858; 15.05.2018 T. 3037/5045; Samsun BAM. 2. HD. 12.01.2018 T. 1073/55; 17. HD. 07.03.2017 T. 10146/2457; 14.02.2017 T. 23545/1450; 25.10.2016 T. 18010/9337; 20.10.2016 T. 17910/9000; 07.06.2016 T. 20994/6940 vb. (www.e-uyar.com)

⁶⁹ Hakan Albayrak, agm. s: 941 vd. – Tunahan Çetinel, age s: 78 – Hülya Taş Korkmaz/Ömer Korkmaz, “Tasarrufun, İptali Davalarında Davacı Alacağının Muvazaalı Olduğu İddiası ve Bu İddianın Hukukun Temel Hak ve İlkeleri ile Bağlantısı” (Fasikul Huk. Dr. C: 11, S: 111, Şubat/2019, s: 645 vd.)

⁷⁰ Bknz: HGK. 26.03.1997 T. 15-890/127 (www.e-uyar.com)

⁷¹ Bknz: HGK. 14.09.2021 T. (17)4-2773/987 (www.e-uyar.com)

olmadığının anlaşılması durumunda’, davanın ön koşul yokluğundan reddine karar verilmesi gerektiğini”⁷²

√ *“Davalı üçüncü kişinin “takip dayanağı bonoyu alacaklı ile borçlunun anlaşarak düzenlendiği” iddiası üzerine, davacı-alacaklının beyanından, ‘alacağın gerçek bir alacak olmadığı’nın tespiti halinde, ‘tasarrufun iptali davasının ön koşul yokluğundan reddine ve davalılar lehine maktu vekalet ücretine karar verilmesi’ gerektiğini”⁷³*

√ *“Borçlu şirketin ticari defterlerinde inceleme yapılarak davacı ile ilgili olarak bir taşeronluk sözleşmesinin bulunup bulunmadığı, davacı ile borçlu arasındaki işin niteliği ne olduğu ve ne kadar sürdüğü, ödeme yapılıp yapılmadığının araştırılarak, tüm deliller birlikte değerlendirmek sureti ile davacı alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkinin niteliği ve ‘alacağın gerçek olup olmadığı’ tespit edilerek, alacağın gerçek olduğunun saptanması halinde, şimdiki gibi davanın kabulüne, aksi durumda ‘davanın ön koşul yokluğundan reddine karar verilmesi’ gerekeceğini”⁷⁴*

√ *“Tasarrufun iptali davasının, ‘alacağın gerçek olmaması’ nedeniyle ‘ön koşul yokluğundan reddine’ karar verildiğine göre, maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiğini”⁷⁵*

√ *“Davalının kendisine olan; ‘altın borcu’ nedeni ile davalıdan alacaklı olduğunun, beyan edilmesi üzerine, davanın, İİK’nın 277. vd. maddelerine dayalı ‘tasarrufun iptali’ olarak nitelendirmesi sonucu tasarrufun, İİK. m. 277. uyarınca iptal edildiği; fakat, tasarrufun iptali davası şartlarının (dava-cının alacağının gerçek olması, takibin kesinleşip kesinleşmediği, icra dosyasından usulüne uygun alınmış aciz vesikası bulunup bulunmadığı, borcun doğumunun tasarruf tarihinden önce olup olmadığı) tartışılıp, gerekçelendirmeden karar verilmesinin doğru görülmediğini”⁷⁶*

√ *“Davalı borçlu tarafından, davacı aleyhine, ‘bononun bedel kısmında tahrifat olduğu’ iddiasıyla açılan menfi tespit davası, alacağın gerçek olup olmadığını belirleyeceğinden, bu davanın sonucunun beklenerek daha sonra eldeki tasarrufun iptali davasının görülmesi gerekeceğini”⁷⁷*

⁷² Bknz: 4. HD. 08.06.2021 T. 1931/2552 (www.e-uyar.com)

⁷³ Bknz: 4. HD. 26.05.2021 T. 1158/1733 (www.e-uyar.com)

⁷⁴ Bknz: 17. HD. 17.02.2021 T. 6402/1495 (www.e-uyar.com)

⁷⁵ Bknz: 17. HD. 13.10.2020 T. 4132/5503 (www.e-uyar.com)

⁷⁶ Bknz: 17. HD. 07.10.2020 T. 617/5184 (www.e-uyar.com)

⁷⁷ Bknz: 17. HD. 13.07.2020 T. 3083/4742 (www.e-uyar.com)

√ “Tasarrufun iptalini isteyen davacının açtığı takibin gerçek bir alacağa ilişkin olması gerektiği- Davacının alacağının asıl borçlu şirketin ticari kayıtlarında yer almadığı, ‘borçlu şirkette önceden sigortalı işçi olarak çalışan davacının gemi satışından elde ettiği gelirden borç verdiği’ iddiasını ilişkin iddiasının somut bilgi ve belgelerle ispatlayamadığı anlaşıldığından, ablalarının banka kayıtlarında 1.000.000,00 USD’lik gemi satış parasının yatırıldığı ya da borç verilen para ile ilgili bir çıkış ve bilginin olmadığı anlaşıldığından, tasarrufun iptali davasının ‘ön koşul yokluğundan reddine’ karar verilmesi ve davalılar lehine maktu vekalet ücreti takdir edilmesi gerektiğini”⁷⁸

√ “Davacının gerçek bir alacaklı, borçlunun da gerçek borçlu olmadığı anlaşıldığı halinde, tasarrufun iptali davasının, ‘önkoşul yokluğu’ nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğini”⁷⁹

√ “Tasarrufun iptali davasında, davalı-üçüncü kişinin, “davacının alacağının gerçek olmadığını” ileri sürmesi halinde, mahkemece davacı alacaklı ile davalı borçlu arasında gerçek bir alacak borç ilişkisinin olup olmadığı incelenmesi gerektiğini- Davacı alacaklının ‘alacağının gerçek bir alacağa dayandığını ve bu nedenle taraf sıfatına sahip olduğunu ispatlaması gerektiğini- Tarafların, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorunda olduğu, belgeyi ibraz etmesine karar verilen tarafın, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmemesi ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermemesi ya da belgenin elinde bulunduğunu inkar etmesi ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmemesi, halinde, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanının kabul edileceğini; bu hususun, mahkemece, davalı borçluya HMK mad 220/3 uyarınca ihtar edilmesi ve davalının defterlerini ibraz etmemesi halinde yine bu maddeye göre bir değerlendirme yapması gerektiğini”⁸⁰

√ “Davacının, alacağın gerçek bir alacak olduğunu ispatlayamadığı ve yapılan bilirkişi incelemesinde de ‘alacak ile ilgili bir hususa rastlanılmadığı’ gerekçesi ile, ‘önşart yokluğundan açılan tasarrufun iptali davasının davanın reddine’ karar verileceğini”⁸¹

√ “Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için, davacının borçludaki alacağının gerçek olması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş

⁷⁸ Bknz: 17. HD. 18.02.2020 T. 5545/1647 (www.e-uyar.com)

⁷⁹ Bknz: 17. HD. 09.12.2019 T. 3821/11646 (www.e-uyar.com)

⁸⁰ Bknz: 17. HD. 03.12.2019 T. 3921/11416 (www.e-uyar.com)

⁸¹ Bknz: 17. HD. 06.11.2019 T. 1133/10255 (www.e-uyar.com)

olması, iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olması ve borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin (İİK'nın 277 md) bulunması gerektiğini”⁸²

√ “Tasarrufun iptali davalarının görülebilirlik şartlarından birisinin de gerçek bir alacağın varlığı (tasarrufta bulunan kişinin borçlu olması) olduğunu- Gerçek bir borç yoksa alacak da söz konusu olamayacağından iptal davasının dinlenmesinin mümkün olmayacağını- Davalılar alacaklı davacının alacağının gerçek olmadığını savunmuş, yargılama boyunca davacı alacaklı alacağın dayanağı konusunda bir açıklama yapılmamış ve davalı üçüncü kişinin tanığı aynı zamanda borçlu şirket ortağı ifadesinde “kendisinin ve kardeşinin borçlu şirket ortağı oldukları, üçüncü kişinin öz yeğenleri olduğunu, dava konusu kağıt fabrikası binasını sattıklarını ve başka bir yere taşındıklarını, ancak satılan yerin daha sonra kıymetlendiğini, davacıya bildiği kadarı ile borcu olmadığı” yönündeki beyanı karşısında davanın reddine ilişkin mahkeme kararının yerinde olduğunu”⁸³

√ “Tasarrufun iptaline ilişkin davasında tacir olan davalı alacaklı ve borçlunun ticari defterleri üzerinde konuşan uzman bilirkişi aracılığı ile inceleme yapılarak takip konusu bonoya dayalı bir alacağın gerçekte var olup olmadığının tespiti gerektiğini”⁸⁴

√ “Tasarrufta bulunanın, alacaklıya gerçek bir borcu olmadığı iddia ediliyorsa, bu durumda tasarruf sahibinin öncelikle borçlu sıfatı çözümlenmesi gerektiğini, bu nedenle, üçüncü kişi-davalının, borcun gerçek olmadığı iddiası ve muvazaanın varlığı yönündeki savunmasının araştırılmasında zorunluluk bulunduğunu”⁸⁵

√ “Tasarrufun iptali davasında, üçüncü kişinin dayandığı ancak irdelenmeyen alacaklı ...'ın borçlunun iş yerinde çalışıp çalışmadığının sosyal güvenlik kayıtları da getirtilerek, dava dayanağı takip konusu alacağın gerçek olup olmadığı bir başka ifadeyle muvazaalı olarak yapıldığı iddiasının yeniden ayrıntılı olarak taraf delilleri toplandıktan sonra, değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğini”⁸⁶

√ “Davalı üçüncü kişiler, asli müdahilin takip konusu alacağının gerçek olmadığını ileri sürdüklerinden bu iddianın ön sorun olarak incelenip

⁸² Bknz: 17. HD. 23.10.2019 T. 4452/9821 (www.e-uyar.com)

⁸³ Bknz: 17. HD. 07.05.2019 T. 13103/5606 (www.e-uyar.com)

⁸⁴ Bknz: 17. HD. 07.05.2019 T. 7423/5597 (www.e-uyar.com)

⁸⁵ Bknz: 17. HD. 19.02.2019 T. 1554/1781 (www.e-uyar.com)

⁸⁶ Bknz: 17. HD. 05.06.2018 T. 4533/5858 (www.e-uyar.com)

değerlendirilmesi gerektiği; takibin kambiyo hukukuna ilişkin olmasına ve kesinleşmesinin alacağın gerçek olmadığı iddiasının incelenmesine engel olmadığını”⁸⁷

√ “3. kişi vekilleri, “takip konusu alacağın gerçek bir alacak olmadığı”ni ileri sürdüğünden, mahkemece bu savunma üzerinde durularak davacı vekilinden bu yöndeki açıklamaları ve delillerinin sorulması, özellikle takip konusu senedin vade tarihi, davacı ile borçlu davalının akraba-arkadaş, kapı komşusu olup olmadığı da göz önünde bulundurularak davacı vekilinin bildireceği deliller ile davalılar 3. kişi vekilleri tarafından bildirilen delillerin tamamının toplanması, gerektiğinde davacı ve davalı borçlunun takip konusu senedin tanzim tarihindeki ekonomik ve sosyal durumları hakkında zabıta araştırması yaptırılması, banka kayıtları, vergi ve ticaret sicil kayıtları istenerek tarafların ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması toplanacak tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi ve ön koşulların bulunması halinde ise davanın esası yönünden İİK’nın 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı iptal şartlarının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini”⁸⁸ vb. (TALİH UYAR/UYAR,A./ UYAR,C. age. s: 771 vd.) (www.e-uyar.com)

belirtmiştir.

VIII- Her davada olduğu gibi, “tasarrufun iptali” davalarında da “ispat yükünün hangi tarafa ait olduğu” konusu önem taşır. Hukukumuzda, bu konuya ışık tutan hüküm “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür” şeklindeki MK. mad. 6’dır.⁸⁹ Bu davalarda *ispat yükü* -kural olarak- davacı alacaklıdır.⁹⁰

• **Doktrinde**⁹¹ -oybirliği ile- “ispat yükünün, hayatın olağan akı-

⁸⁷ Bknz: 17. HD. 15.05.2018 T. 3037/5045 (www.e-uyar.com)

⁸⁸ SAMSUN BAM 2. HD. 12.01.2018 T. 1073/55 (www.e-uyar.com)

⁸⁹ Bu hükme ait “1998/1999 Tasarısı” ile “1984 Tasarısı” ve “1971 Tasarısı”ndaki gerekçeler için bknz: Talih Uyar, “Gerekçeli-İçtihatlı Türk Medeni Kanunu”, 2002, C: 2, s: 1507

⁹⁰ İdil Tuncer Kazancı, age. s: 147; 163; 185

⁹¹ Sema Taşpınar, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımında Rolü” (AÜHFD. 1996/1-4, s: 551) - Yavuz Alangoya, “Hayatın Olağan Akışı” s: 523 - Baki Kuru, “Hukuk Muhakemeleri Usulü”, C: 2, s: 1989 - İlhan Postacıoğlu, “Medeni Usul Hukuku”, s: 537 - Bilge Umar /Ejder Yılmaz “İspat Yükü”, 2. Baskı, 1980, s: 60 - Necmettin Berkin, “Medeni Usul Hukuku Rehberi”, 1980, s : 172 - Sabri Şakir Ansay age. s: 248 - Saim Üstündağ, “Medeni Yargılama Hukuku”, 7. Bası, 2000, s: 616 vd. - A. Şahabettin Sertkaya/Süleyman Kul, age. s: 352

şına aykırı iddia ve savunmada bulunana düştüğü” kabul edilmekte olduğu gibi, **Yargıtay** da bu konuya ilişkin içtihatlarında öteden beri ‘doktrindeki görüş doğrultusunda’ içtihatla bulunmuştur.

Davalı-borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişilerin iddia ve savunmalarında “*hayatın olağan akışına aykırılık*” bulunması halinde, bu tutarsız iddia ve savunmalar, taraflar arasında yapılmış olan tasarrufların iptaline neden olur.

“Hayatın olağan akışına *aykırılık*”^(*) ne demektir? “Hayatın olağan akışı” kriteri, hukukçuların olaylara yorum getirmede kullandıkları ölçülerden ve prensiplerden birisidir. Buna göre insanların genelinin, sosyal yapı içerisinde yapageldikleri davranışlar “hayatın olağan akışı” kriterini oluşturmakta ve bu kriter de hukuki problemlerin yorumlanmasında kullanılmaktadır.⁹²

(*) Yavuz Alangoya, ““Senete Karşı Senetle İspat” Kuralı ve “Hayatın Olağan Akışı” Kavramı” (Prof. N. Kocayusufpaşaoğlu Armağanı, 2004, s: 521-531) - Abdullah Demir, “Yargıtay İctihatlarındaki “Hayatın Olağan Akışı” Kriteri ve İslam Hukukundaki, “Zahiri Kal Delili”” (Terazi Huk. Der. Aralık/2008, s: 129-133) - Talih Uyar, “Hukuki Mütalâalar”, 3. Baskı, 2020, s: 87-124; s: 505-535; s: 747-759; s: 776-802; s: 877-919; s: 999-1024- Talih Uyar, “Hukuki Mütalâalar”, 2. Baskı, 2017, s: 11-13; s: 65-71; s: 134-139; s: 269-272; s: 381-382; s: 576-578; s: 1086-1089; s: 1097 vd. ; s: 1159 vd. - Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davasının Uygulamada Tartışılan Yönleri” (Legal Huk. Der. Haziran/2014, S. 169-176) - Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarında “Alacağın Gerçek Olması” ve “Hayatın Olağan Akışına Uygunluk” Koşullarının Uygulamada Yarattığı Sorunlar” (Legal Huk. Dr. Ocak/2020, s: 267-302) - Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davalarında “Ticari İşletmenin Devri” (İİK. 280/III), “İptal Tabi Tasarrufların Kapsamı” (İİK. 278, 279, 280) ve “Mahkemeye Aciz Vesikası Sunulması” (İİK. 277) Konularına İlişkin Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar” (Ceren Damar Şenel Armağanı, C:3, 2020, s: 3941-3978) - Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davasında Konu Olabilecek Bazı Tasarruflar” (Legal Huk. Der. 2017, S: 177, s: 4449-4513) - Talih Uyar, “Borçlunun Tasarrufun İptali Davasında Konu Olabilen Tasarrufları” (Legal Huk. Der. Ekim/2018, S: 190, s: 4729-4801) - Talih Uyar, “Uygulamada Tasarrufun İptali Davasının Tartışılan Yönleri” (Legal Huk. Der. Temmuz 2017, s: 497-543) - Talih Uyar, “Muvazaa Nedenine Dayalı Tasarrufun İptal Davalarının (İİK. m. 280/I) Açılma Koşulları ve Sonuçları” (Legal Huk. Der. S: 139, Temmuz/2014, s: 175-187) - Talih Uyar, “Borçlu Hakkında Üçüncü Kişi Tarafından Takip Konusu Yapılan Senedin (ve İcra Takibinin) “Muvazaalı Olduğu” İleri Sürülerek, Borçlunun Alacaklıları Tarafından “Senedin (ve İcra Takibinin) Kendileri Bakımından Geçersiz Sayılması İçin Tasarrufun İptali Davası” Açılabilir Mi.?” (ABD. S: 2015/1, s: 369-397) - Talih Uyar, “Birden Fazla Kredi Sözleşmesinden Kaynaklanan Borç İçin Açılan Tasarrufun İptali Davalarında Borcun Doğum Tarihi Nasıl Belirlenir Tasarrufun İptali Davasının “Bedele Dönüşmesi” (İİK. m. 283/II) Halinde Tazminata Esas “Gerçek Değer”in Hesaplanma Yöntemi” (Legal Huk. Der. Nisan/2018, S: 184, s: 1739-1758)

92 Abdullah Demir, agm. s: 129

Başka bir deyişle; tecrübe (hayatın olağan akışı) kuralları “hayatta sık tekrar eden, tekrarlanması ihtimal dahilinde olan olayların veya bilimsel ve teknik bilgilerin oluşturduğu ve kendilerini oluşturan somut olaylardan bağımsız hale gelmiş kurallar”dır; vak’a tesbitinde, hukukun olaya uygulanmasında, hakimin bir değer hükmü vermesinde, delillerin değerlendirilmesi ve bir delilin ispat değerinin saptanmasında, muhtevası belli olmayan kuralların (kötüniyet gibi) uygulanmasında önemli rol oynar.⁹³

“Hayatın olağan akışı” kriteri, Yargıtay ve diğer üst derece mahkemelerinde, pek çok alandaki hukuki problemlerin çözülmesinde bir yorum kuralı olarak kullanılmaktadır. Yargıtay “hayatın olağan akışı” kriterini, “olayların sebep-sonuç ilişkisine uygun olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinin irdelenmesi, sosyal yapı içerisinde olağan karşılanacak türden olup olmadığının belirlenmesi” şeklinde anlamaktadır. Söz gelimi “bir ikrarının delil değerinin ortaya konulması için diğer şartların yanında hayatın olağan akışına uygun düşüp düşmediğinin de araştırılması gerektiği” ifade edilmektedir.⁹⁴

“Hayatın olağan akışı” kriterinin uygulama alanı oldukça geniştir. Aynı zamanda, “aksi ispatlanana kadar doğru kabul edilen bir karine” olduğundan, hukukçular için adaletli karar vermede kullanılan, oldukça pratik bir kriter niteliğini taşımaktadır.

Sonuç olarak “hayatın olağan akışı” kriteri, mevcut hukukumuzda hukukçuların hemen her alanda uygulayabildikleri, onların işlerini kolaylaştıran önemli bir prensiptir.⁹⁵ Hangi olayların ‘*hayatın olağan akışına aykırı olduğu*’ tasarrufun iptali davasına bakan mahkeme tarafından takdir edilecektir.⁹⁶

- Uygulamada;
- Borçlunun, taşınmazı satın aldıktan çok kısa bir süre sonra elinden çıkarmış olması,
- Dava konusu taşınır/taşınmaz rayiç değerinin çok üstünde bir bedelle satılmış olması (yukarı doğru aşırı oransızlık),

⁹³ Yavuz Alangoya, agm. s: 528; dipn. 32

⁹⁴ Abdullah Demir, agm. s:130

⁹⁵ Abdullah Demir, agm. s:133

⁹⁶ Güray Erdönmez, age. s: 197

- Borçlunun taşınırını/taşınmazını satın alan 3. kişinin, borçlunun yakını (hışmı) olması,
- Borçlunun taşınmazını elinden çıkardığı halde, taşınmazda uzun süredir oturuyor olması,
- Taşınmazın halen borçlunun (boşandığı eşi, annesi, kızı vb.) tarafından kullanılıyor olması,
- Borçlunun sattıktan sonra, aracını kullanmaya devam etmesi,
- Üçüncü kişi tarafından taşınmazının/araçlarının, rayiç bedelinin iki katı bir bedelle satın alınması,
- Üçüncü kişinin, borçlunun komşusu, vekili, avukatı, mali müşaviri olması,
- Takip konusu borcun, borçlu tarafından -ödeme emri, icra daire-sinde teslim alınarak kabul edilip, takibin kesinleştirilmesi,
- Borçluya ait taşınırları/taşınmazları satın alan üçüncü kişilerin alım (mali) gücünün bulunmaması,
- Borçlunun aynı gün birden fazla taşınmazını satması,

‘hayatın olağan akışına uygun düşmeyen’ işlemler olarak kabul edilmektedir.⁹⁷

● **Yüksek mahkeme** “tasarrufun iptali davaları”nda ‘hayatın olağan akışı’ kriteri ile ilgili olarak;

√ “Dava konusu taşınmaz üzerindeki ipotekler dikkate alındığında taşınmazın tapudaki satış bedeli ile gerçek değeri arasında bedel farkı bulunmuyorsa da, taşınmazın 15.11.2013 tarihinde satılmasına rağmen 15.03.2014 tarihinde borçluya ödeme emrinin bu adrese tebliğ edildiği ve 24.03.2014 tarihinde aynı adreste haciz yapıldığı, buna göre, satışa rağmen borçlunun satış yapılan konutta oturmaya devam etmesinin, hayatın olağan akışına aykırı olduğu gibi, delil olarak sunulan istihkak davası ile ilgili olarak yapılan yargılama sırasında ibraz edilen kira sözleşmesinin, satıştan önceki 01.11.2013 tarihli olması olguları dikkate alındığında, satışın mal kaçırma amacı ile yapıldığının anlaşıldığını”⁹⁸

⁹⁷ A. Şahabettin Sertkaya/Süleyman Kul, age. s: 352

⁹⁸ Bknz: 17. HD. 03.03.2020 T. 5130/2451 (www.e-uyar.com)

√ “15.05.1994 tarihinde ölen murisin mirasının rızaen taksim edildiği iddiasının 14.04.2005- 30.04.2008, 11.06.2008, 15.02.2010 gibi tarihlerinde icra edilmiş olmasının, yaşam deneyimlerini uygun olmadığını”⁹⁹

√ “Taşınmazın çok kısa zaman aralığı ile ikinci kez devredilmiş olmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu ve alacaklıdan mal kaçırma saikini ortaya koyduğu, yapılan resmi satışta davalı üçüncü kişinin, diğer satıştaki üçüncü kişinin vekili sıfatı ile vekaleten işlemin tarafı olduğu, borçlular ile üçüncü kişi arasında yapılan protokolün de, ‘borçluların, alacaklısından mal kaçırma saikini’ ve ‘alıcının, borçluların aciz içinde olduğunu bilebilecek durumda olduğunu’ gösterdiğinden, söz konusu tasarrufların İİK mad. 278/2- 3. ile 280 gereğince iptali gerektiğini”¹⁰⁰

√ “Davalı borçlu davalı-üçüncü kişi arasında imzalanan adi nitelikteki protokolde ödemelerin çek ile ödeneceği düzenlenmiş olup, ticari hayatta vadedeli ödeme aracı olarak kullanılan çeklerin ileri tarihli düzenlenmesinin hayatın olağan akışına uygun olduğu gözetildiğinde ve davalılar arasında dava konusu gayrimenkul satımı haricinde bir ticari ilişki olduğu da iddia edilmediğinden, taraflar arasındaki protokolün imzalandığı gün olan borçlunun firmasına eft ile para gönderilmesi ve protokole konu çeklerin de tahsil edilmesi karşısında, tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmesi gerektiğini”¹⁰¹

√ “Anne-oğul davalılar arasındaki tasarrufun İİK mad. 278/3-1 maddesi gereğince başış niteliğinde olup iptali gerektiğini- Borçlu ile akraba olan davalının İİK. mad. 280 uyarınca, borçlunun mali durumunu ve alacaklıların ızzar kastını bilebilecek kişilerden olduğunu- Dayanak alınan zabıta araştırmasında borçlunun dava konusu adreste 2010 yılında oturduğu, şu anda bir başka şahsın oturduğunun tespit edildiği görüldüğünden, borçlunun halen haciz adresinde oturduğu gibi bir sonuç çıkarmak mümkün olmadığı gibi yargılamanın başından beri borçlunun ikamet adresinin bir başka adres olduğuna dair kayıtlar da bulunduğundan, mahkemenin, ‘borçlunun halen haciz adresinde oturduğuna’ ilişkin zabıta araştırması olduğuna ilişkin tespitinin yerinde olmadığını”¹⁰²

⁹⁹ Bknz: 17. HD. 2019 T. 4617/12059 (www.e-uyar.com)

¹⁰⁰ Bknz: 17. HD. 03.12.2019 T. 2138/11411 (www.e-uyar.com)

¹⁰¹ Bknz: 17. HD. 27.11.2019 T. 3788/11149 (www.e-uyar.com)

¹⁰² Bknz: 17. HD. 25.12.2018 T. 5178/12710 (www.e-uyar.com)

√ “Dava konusu paranın davalı üçüncü kişi tarafından borçluya ödendiğine ilişkin yazılı bir belge (banka havalesi, banka hesap hareketleri gibi) sunulmadığı gibi serbest avukatlık yapan davalı üçüncü kişinin öğretmenlik yapan ve başka bir geliri bulunmayan borçluya üç buçuk yıl boyunca, aldığı borcu ödemediği altı kez toplamda 120.500,00 TL’lik borç vermesi, senetlerin vade tarihlerinin altı ay, iki yıl yedi ay gibi uzun sayılabilecek bir süreyle verilmesi, senetlerden biri için iki buçuk yıl sonra (takip zamanaşımı dolmasa da, avukatlık yapan birisinin kendi alacağı için iki buçuk yıl beklemesinin doğal olmadığı) icra takibine geçilmesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığını”¹⁰³

√ “Borçluya ait farklı vasıflardaki 7 adet taşınmazın aynı gün aynı kişiye satışı hayatın olağan akışına aykırı olduğundan, üçüncü kişinin borçlunun mal kaçırma kastını bildiğinin varsayılacağını”¹⁰⁴

√ “Davacının borçlunun 12 günlük oğlunun böyle bir taşınmazı alım gücünün olmayacağından, bedelinin borçlu tarafından ödendiğini iddia ettiği, davalıların ise ‘taşınmazın babaannesi tarafından bedelinin ödendiğini ve torununa bağış yaptığını’ ileri sürdüğü, borçlunun oğlu adına olan taşınmazın borçlu tarafından alındığı davacı tarafından kesin ve güçlü delillerle ispat edilemediğinden, tasarrufun iptali davasının reddi gerektiğini”¹⁰⁵

√ “Dava konusu taşınmazın, 27.04.2010 tarihinde borçlu tarafından davalı M.’e, onun tarafından da bir hafta sonra 04.05.2010 tarihinde davalı D.’e, onun tarafından da yaklaşık iki yıl sonra 20.04.2012 tarihinde davalı H.’ya satılmış olmasına rağmen anılan taşınmazın 2007 yılından 30.05.2012 tarihine kadar yani davalı H.’ya satılincaya kadar borçlu tarafından kullanıldığını, davalı D. veya borçlu tarafından davalı borçlunun anılan taşınmazın satıştan sonraki iki yıllık kullanımıyla ilgili kullanımı haklı gösterecek (kira veya başka haklı bir neden) bir neden ileri sürülmediği, bu durumun hayatın olağan akışına uygun olmadığını”¹⁰⁶

√ “Aynı taşınmaz ile ilgili iki farklı kıymet takdir raporları bulunması halinde, çelişkinin giderilerek, bulunan değer ile borçluya ait diğer taşınmaz değerleri birlikte toplam miktarın, davacı alacaklının borcunu karşılamaya yetmesi halinde tasarrufun iptali davasının, borçlunun aciz halinin bulun-

¹⁰³ Bknz: Ankara BAM. 26. HD. 09.02.2018 T. 532/190 (www.e-uyar.com)

¹⁰⁴ Bknz: İzmir BAM. 5. HD. 01.02.2018 T. 1183/58 (www.e-uyar.com)

¹⁰⁵ Bknz: 17. HD. 30.01.2018 T. 17118/401 (www.e-uyar.com)

¹⁰⁶ Bknz: Ankara 26. BAM. HD. 19.01.2018 T. 2536/75 (www.e-uyar.com)

maması nedeni ile 'ön koşul yokluğundan' reddine, aksi durumda ise, borçlunun borcuna karşılık borcunun 3 katı değerinde hissesini kardeşine devretmesine yönelik tasarrufun iptali için açılan davanın kabulüne karar verilmesi gerektiğini"¹⁰⁷

√ *"Davalı ile tanık beyanı arasındaki çelişkili yönler, taşınmazda halen davalı üçüncü kişinin oturmasına rağmen bu konuda davalı dördüncü kişi tarafından yapılmış bir açıklamanın olmaması dikkate alınarak, ifadelerdeki çelişkilerin giderildikten sonra ve davalı üçüncü kişi ile dördüncü kişi arasında 'gerçek' bir satışın olup olmadığı göz önünde bulundurularak, davalı dördüncü kişinin kötü niyetinin yeniden değerlendirilmesi gerekirken, dördüncü kişi hakkındaki davanın reddine karar verilmesinin hatalı olduğunu"¹⁰⁸*

√ *"1941 doğumlu ticaretle uğraşmayan ev hanımı borçlunun kiracısından 20.000,00 TL borç alıp senet vermesini gerektirecek hukuki ilişki net olarak ortaya konulmadığı gibi, hasta olduğu için ihtiyaç duyduğu ve bu nedenle borç aldığı iddiası inandırıcılıktan uzak olup, yargılama sırasında alacağını bu kez borçlunun damadına tahsil edilmemesi halinde rücu edilmeme koşulu ile temlik edilmesi de yaşam deneyimlerine aykırı olduğundan, alacağını gerçek olduğundan söz edilemeyeceği ve bu durumda 'davalıların anne-kız olmaları nedeni ile aralarındaki tasarrufun bağış niteliğinde olduğu ve ivazlar arasında oransızlık olduğundan' bahisle davanın kabulüne karar verilmesinin isabetsiz olduğunu"¹⁰⁹*

√ *"Dava konusu taşınmazın davalı şirketin işyeri olduğu, bu hali ile yapılan işlemin işyeri devri niteliğinde olup İİK'nın 280.maddesindeki gerekli ilan ve bildirimlerin yapıldığı iddia ve ispat edilmediği gibi satışın ertesi günü borçluya kiraya verilmesi dairemiz ve giderek Yargıtay kararlarıyla süreklilik kazanmış görüşüne göre, yaşam deneyimlerine uygun olmadığını, böyle bir işlem içerisinde olan davalı üçüncü kişinin diğer iki taşınmaz ile ilgili olarak da borçlunun mali durumu ve alacaklılarını izrar kastını bildiği ve bilmesi gereken şahıslardan olduğunun anlaşılması bulunmasına göre, davanın kabulüne karar verilmesi gerekeceğini"¹¹⁰*

√ *"Taşınmazı devralan davalının, davalı borçlunun oğlundan alacaklı olan dava dışı bir kişinin yakın arkadaşı olduğu, bu hususun cevap dilekçesin-*

¹⁰⁷ Bknz: 17. HD. 11.04.2017 T. 7850/3962 (www.e-uyar.com)

¹⁰⁸ Bknz: 17. HD. 28.03.2017 T. 2314/3316 (www.e-uyar.com)

¹⁰⁹ Bknz: 17. HD. 14.03.2017 T. 2363/2732 (www.e-uyar.com)

¹¹⁰ Bknz: 17. HD. 07.03.2017 T. 25105/2427 (www.e-uyar.com)

de açık ve ayrıntılı olarak açıklandığı, ipotek taksitlerinin borçlu tarafından, bir kısmının ise dava dışı bu kişi tarafından bankaya ödendiği, davalı borçlunun, oğlundan alacaklı olan dava dışı bu kişinin ipotek taksitlerini ödemesinin *hayatın olağan akışına uygun olmadığını*”¹¹¹

√ “Davalı borçlunun aynı günde on dokuz adet taşınmaz sattığı bu taşınmazlardan üçünü davalıya, beşini davalı ile aynı soyadını taşıyan kişilere satıldığı, yine takip dosyasındaki ihalede dava konusu takip borçlularına ait iki taşınmazın icra ihalesi sonucu davalı tarafından alındığı, borçlu ile davalının aynı ilçe, köy ve ciltte nüfusa kayıtlı olduğu, faaliyet yerleri farklı olsa da faaliyet alanlarının aynı olması gibi maddi ve hukuki olgular gözönüne alındığında davalının İİK’nın 280/1 maddesi kapsamında borçlunun durumunu ve amacının bilebilecek kişilerden olduğunun kabulü gerektiği; yine borçlu vekilinin savunmasında diğer davalının satış bedelinin 25.000 TL’sini banka aracılığıyla ödediğini, kalan 12.715,30 TL’nin de takip borçlusu şirketin borcuna mahsup edildiğini belirttiğinden diğer davalının da borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek durumda olduğunun kabulü gerektiğinden dava konusu tasarrufların İİK’nın 280/1 maddesi gereğince davacının alacak ve fer’ileriyle sınırlı olarak iptaline karar verilmesi gerekeceğini”¹¹² vb. (Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar

age. s:495 vd.) (www.e-uyar.com)

belirtmiştir.

IX- Tasarrufun iptali davalarında, borçlu ile işlemde bulunmuş olan davalı-üçüncü kişinin “dava konusu taşınmazları/taşınıruları satın alabilecek parasal (mâli) güce sahip olup olmadığı” ya da “borçluya ‘borç/satın alma bedeli’ olarak para verdiğini iddia ederek icra takibinde bulunmuş olan davacı-alacaklının, borçluya gerçekten bu miktardaki parayı verebilecek (ödeyebilecek) parasal (mâli) gücünün bulunup bulunmadığı” mahkemece araştırılabilir mi?¹¹³

¹¹¹ Bknz: 17. HD. 27.02.2017 T. 23913/1993 (www.e-uyar.com)

¹¹² Bknz: 17. HD. 17.01.2017 T. 11030/166 (www.e-uyar.com)

¹¹³ Talih Uyar, “Tasarrufun İptali Davasının Uygulamada Tartışılan Yönleri” (Legal Huk. Der. Haziran/2014, s:169-176) – Talih Uyar, “Borçlunun, Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilen Tasarrufları” (Legal Huk. Der. 2018, S:190, s:4729-2801) – Talih Uyar, “Uygulamada Tasarrufun İptali Davasının Tartışılan Yönleri” (Legal Huk. Der. Temmuz/2017, s:497-543) – Talih Uyar, “Borçlu Hakkında Üçüncü Kişi Tarafından Takip Konusu Yapılan Senedin (ve icra Takibinin) “Muvazaalı Olduğu” İleri Sürülerek, Borçlunun Alacaklıları Tarafından “Senedin (ve İcra Ta-

• **Yüksek mahkeme, -kanımızca** da isabetli olarak- bu soruya aşağıdaki şekilde “olumlu” cevap vermiştir. Gerçekten **yüksek mahkeme**, bu konuyla ilgili olarak;

√ “Tasarrufun 1. derecede yakın akrabalar arasında yapılması ve en son maliki olan davaluların henüz 20-22 yaşlarında öğrenci olup taşınmazı almaya yetecek ekonomik güçlerinin bulunmaması, taşınmazın akit tarihindeki değeri ile keşfen belirlenen değeri arasında misli fark bulunması nedenleriyle tasarrufun iptale tabi olduğunu”¹¹⁴

√ “Dava konusu taşınmazın davalı-borçlu şirket malvarlığı ile bir ilgisi olmadığı kabul edilmişse de, taşınmazın borçlu şirket yetkilisinin eşi adına tescil ettirildiği ileri sürüldüğünden, asıl borçlu şirketin %95 hissedarının davalı üçüncü kişinin eşi, %5 hissedarının ise davacı üçüncü kişinin babası olduğu gözetilerek, üçüncü kişinin, dava konusu taşınmazları satın alabilecek ekonomik gücü olup olmadığı, taşınmazların aslında eşi veya babası tarafından, davalı üçüncü kişi adına alınıp alınmadığının araştırılarak, sonucuna göre davalı üçüncü kişi, elinden çıkarmış olduğundan, davacıdan İİK mad. 282 gereği satın alan şahsı davaya dahil edip etmeyeceği, yoksa davasını bedele dönüştürüp dönüştürmeyeceği sorularak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğini”¹¹⁵

√ “Dava konusu taşınmazın, davalı-borçlu şirket malvarlığı ile bir ilgisi olmadığı kabul edilmişse de, ‘taşınmazın, borçlu şirket yetkilisinin eşi adına tescil ettirildiği’ ileri sürüldüğünden, asıl borçlu şirketin %95 hissedarının davalı üçüncü kişinin eşi, %5 hissedarının ise davacı üçüncü kişinin babası olduğu gözetilerek, üçüncü kişinin, dava konusu taşınmazları satın alabilecek ekonomik gücü olup olmadığı, taşınmazların aslında eşi veya babası tarafından, davalı üçüncü kişi adına alınıp alınmadığının araştırılarak, sonucuna göre davalı üçüncü kişi, elinden çıkarmış olduğundan, davacıdan İİK mad. 282 gereği satın alan şahsı davaya dahil edip etmeyeceği, yoksa davasını bedele dönüştürüp dönüştürmeyeceği’ sorularak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğini”¹¹⁶

kibinin) Kendileri Bakından Geçersiz Sayılması İçin Tasarrufun İptali Davası Açılabilir mi?” (ABD. 2015/1, s:369-397) – Talih Uyar, “İİK’nun 280. Maddesi Uyarınca İptale Tabi Kimi Tasarruflar” (ABD. 2014/3, s:415-448) – Talih Uyar, “Hukuki Mütalâalar”, 2. Baskı, 2017, s:272 vd.; 391 vd.; 1098 vd.; 1158 vd.

¹¹⁴ Bknz: 17. HD. 25.12.2019 T. 671/12476 (www.e-uyar.com)

¹¹⁵ Bknz: 17. HD. 25.11.2019 T. 3551/11086 (www.e-uyar.com)

¹¹⁶ Bknz: 17. HD. 25.11.2019 T. 3551/11086 (www.e-uyar.com)

√ “Davacının “borçlunun 12 günlük oğlunun böyle bir taşınmazı alım gücünün olmayacağından bedelinin borçlu tarafından ödendiğini” iddia ettiği, davalıların ise “taşınmazın babaannesi tarafından bedeli ödendiği ve torununa bağış yaptığını” ileri sürdüğü, borçlunun oğlu adına olan taşınmazın borçlu tarafından alındığı, davacı tarafından kesin ve güçlü delillerle ispat edilemediğinden, tasarrufun iptali davasının reddi gerektiğini”¹¹⁷

√ “Takibin gerçek bir alacağa ilişkin olmasının da tasarrufun iptali davasının koşullarından biri olduğunu- Davalı üçüncü kişi, “alacaklının alacağının muvazaalı olduğunu” iddia ettiğinden, mahkemece ticari defterler üzerinde inceleme yapılarak takip konusu senet borcunun var olup olmadığı ve neye ilişkin olduğu tespit edilerek, davacının böyle bir borcu verebilecek ekonomik durumu olup olmadığı da araştırılarak ve diğer delillerle birlikte değerlendirilerek alacağın gerçekliği araştırılarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğini”¹¹⁸

√ “Davacı, ‘borçlunun mal kaçırmak için bedelini ödeyerek satın aldığı taşınmazı ekonomik gücü olmayan kardeşi adına tapuda tescil ettirdiğini’ ileri sürerek ‘tasarrufun iptali’ni talep etmiş olduğundan, mahkemece ‘dava konusu alacağın dayanağı olan ilamın kesinleşme tarihinin, tapudaki tasarruf işlemlerinden sonra olduğu’ gerekçesiyle davanın reddinin hatalı olduğu; ilamın dayanağı olan sözleşme, tasarruftan önce olduğundan ve bu taşınmazların satın alım tarihlerine göre takibin süresinde yapıldığı, haciz tutanağı düzenlendiği ve İİK. mad. 105 uyarınca, borçlunun aciz halinin oluştuğu görüldüğünden, gayrimenkullerin adına tescili tarihinde davalı üçüncü kişinin bu taşınmazları gerçek değerlerine göre satın almaya ekonomik gücünün yeterli olup olmadığı ve nam-ı müstear hususunun mahkemece değerlendirilmesi gerektiğini”¹¹⁹

√ “Davalı borçlu ile üçüncü kişi şirket arasında organik bağ olduğu, dava konusu taşınmazın satışından sonra borçlunun organik bağ içinde olunan diğer şirket ortaklığından ayrıldığı satıştan sonra ancak dava dayanağı takipten önce aralarında uyuşmazlık çıktığı ve davaların bulunduğu, takip dayanağı 900.000 USD olarak büyük miktardaki borcun 30.05.2008 tarihinde verilmiş olmasına rağmen senedin vadesinin 30.12.2011 tarihine verildiği, alacaklı tarafından dava konusu taşınmazın tapu kayıtlarının istendiği anla-

¹¹⁷ Bknz: 17. HD. 30.01.2018 T. 17118/401 (www.e-uyar.com)

¹¹⁸ Bknz: 17. HD. 26.12.2017 T. 3993/12139 (www.e-uyar.com)

¹¹⁹ Bknz: 17. HD. 15.03.2017 T. 22269/2789 (www.e-uyar.com)

sıldığından, mahkemece, davacı alacaklının takip konusu bononun düzenlendiği 30.05.2008 tarihinde 900.000 USD elden borç verebilecek mali duruma sahip olup olmadığı kolluk aracılığı ile araştırılması, davacının şirketi var ise bu şirket kayıtlarında böyle bir alacak borç ilişkisinin varlığı ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak, alacağın gerçek olup olmadığının tespiti gerektiğini”¹²⁰

√ *“Mahkemece alınan bilirkişi raporunda taşınmazı satan şahusların mameleklerinde bir artış olmadığı gibi satın alan şahusların da alım gücünün olmadığı belirtildiğinden, zaten müteahhit olan borçlunun tüm taşınmazları kızı, eşi ve yakın akrabaları adına tescilinin de yaşam deneyimlerine uygun olmadığı anlaşıldığından bu taşınmazlar yönünden davanın kabulüne karar verilmesi gerekeceğini”¹²¹*

√ *“Mahkemece alınan bilirkişi raporunda taşınmazı satan şahusların mameleklerinde bir artış olmadığı gibi satın alan şahusların da alım gücünün olmadığı belirtildiğinden, zaten müteahhit olan borçlunun tüm taşınmazları kızı, eşi ve yakın akrabaları adına tescilinin de yaşam deneyimlerine uygun olmadığı anlaşıldığından bu taşınmaz yönünden davanın kabulüne karar verilmesi gerekeceğini”¹²²*

√ *“Tasarrufun iptali davalarında alacaklıya alacağını tahsil imkanı sağlanırken, alacaklının alacağının şeklen varlığı değil, gerçekliğinin de amaçlandığının gözardı edilmemesi gerektiğini- Somut olayda davalı üçüncü kişinin, davacı alacaklının borçluya, 400.000 TL ödünç ekonomik gücü olmadığını, borçlu ile aralarında husumet olması nedeniyle icra takibinin başlatıldığını belirterek alacağın muvazaalı olduğunu iddia ettiği, ancak mahkemece bu hususta her hangi bir araştırma yapılmadığını- Bu nedenlerle, mahkemece dosya içerisindeki bilgi ve belgeler dikkate alınarak, gerekirse davacının alacağının da açıklattırılarak takip konusu alacağın gerçek bir alacak olup olmadığı tartışılarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğini”¹²³*

√ *“Davalının kardeşine yapılan tasarrufun bağışlama hükmünde olduğu ve alacaklılardan mal kaçıрма nedeniyle yapıldığından iptale tabi olduğu yönündeki karar isabetli ise de, diğer davalılarla ilgili taşınmazı üçüncü kişiden satın alan kişinin borçlu ya da kardeşi ile arasında kirvelikten dolayı tanidik-*

¹²⁰ Bknz: 17. HD. 07.06.2016 T. 20994/6940 (www.e-uyar.com)

¹²¹ Bknz: 17. HD. 05.04.2016 T. 12040/4257 (www.e-uyar.com)

¹²² Bknz: 17. HD. 05.04.2016 T. 11974/4256 (www.e-uyar.com)

¹²³ Bknz: 17. HD. 13.10.2015 T. 2595/10520 (www.e-uyar.com)

lık olup olmadığı üzerinde durulmaması, son malike satış yapıldıktan sonra dahi taşınmazda uzun süredir borçlunun oturmaya devam ettiği hususunun gözetilmemesi ve son malikin taşınmazı alabilecek ekonomik güce sahip olmadığı yönündeki tanık beyanları ile birlikte değerlendirme yapılarak tasarrufların iptale tabi olup olmadıkları üzerinde durulmadan eksik inceleme ile karar verilemeyeceğini"¹²⁴

√ "Davaya konu aracın satış bedelinin 3. kişi durumundaki davalı tarafından ödendiğinin ispat edilemediği' gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiş ise de tasarrufun iptali davasında, davalının uzun yıllar çalışmış olduğu ve dava konusu aracı kendi geliriyle satın almış olabileceği açıksa, bu durumun aksinin davacı tarafından ispatlanması gerekeceğini"¹²⁵

√ "Davalı borçlunun, dava konusu araçları parasını kendi vererek diğer oğlu adına satın almasına ilişkin tasarrufların, namı müstear şeklinde muvazaalı yapıldığı gerekçesi ile iptal edilebileceğini, borçlunun oğlunun, tasarrufların yapıldığı sırada gerek sigortalılık başlangıcı gerekse işe başlama tarihi nazara alındığında, iptale tabi tasarrufların bedelini ödeyebilecek ekonomik güce sahip olduğunun hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, borçlunun mamelekenden çıkan para ile üçüncü kişinin malvarlığına giren artışların da tasarrufun iptaline konu olabileceğini, tanık beyanlarının tek başına iyiniyet ve ekonomik durumun ispatında yeterli olmadığını"¹²⁶

√ "Davalı borçlunun, diğer borçlu davalının yanında ücretli olarak çalışan bir kişi olduğu, dava konusu taşınmazı satın alabilecek maddi durumunun bulunmadığı, taşınmazın davalı borçlunun talimatı doğrultusunda davalı üçüncü kişiye sattığı, üçüncü kişi olan davalının borçlu davalılar aleyhine icra takibi yaptığı, dolayısıyla tasarruf tarihinden öncesine ait ticari ilişkilerinin olduğu, taşınmaz üzerinde bulunan ipotek bedelinin de tamamen ödenip ödenmediği yeterince araştırılmadığı anlaşıldığında, mahkemece borçlu davalılar arasındaki ilişkinin araştırılması, üçüncü kişi davalının borçlu davalılar aleyhine yaptığı icra takipleri gözönüne alınarak aralarında daha önce başlayan ticari ilişki olup olmadığı ve bu nedenle borçluların mali durumu ile alacaklıları ızzar kastını bilen veya bilmesi gereken kişilerden olup olmayacağıın karar yerinde tartışılması ve bu konuda İİK. mad. 280'in uy-

¹²⁴ Bknz: 17. HD. 09.06.2014 T. 4544/9210 (www.e-uyar.com)

¹²⁵ Bknz: 17. HD. 09.12.2013 T. 15485/17309 (www.e-uyar.com)

¹²⁶ Bknz: 17. HD. 09.09.2013 T. 7129/11624 (www.e-uyar.com)

gulama yeri olup olmadığının tartışılması gerekeceğini"¹²⁷

√ "Davalı üçüncü kişi, dava konusu taşınmazı babasından kalan mirastan elde ettiği para ile satın aldığını savunarak mirasçılar arasında yapılan miras devir senedi başlıklı bir belge ibraz etmişse de, mahkemece davalı tarafından sunulan miras devir senedinde yazılı taşınmazların tapu kayıtlarının getirtilerek taşınmazların kime ait oldukları, kimden kime kaldıkları, satılıp satılmadıkları, davalıya bu taşınmazlardan dolayı kalan para olup olmadığı, ayrıca miras kalmış ise hangi tarihte kaldığının saptanması, yine davalının tasarruf tarihindeki ekonomik durumunun ayrıntılı olarak araştırılması ondan sonra toplanan ve toplanacak tüm delillerin birlikte değerlendirilerek nasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekeceğini, bu araştırmalar yapılmadan 'muvazaanın kanıtlanamaması' nedeniyle davanın reddine karar verilmesinin hatalı olacağını"¹²⁸

√ "İptal davalarında, borçlu ile işlemde bulunan davalı-üçüncü kişilerin, 'dava konusu taşınırları/taşınmazları satın alabilecek mali güce sahip olup olmadıkları'nun mahkemece araştırılması gerekeceğini"¹²⁹

belirtmiştir...

*

Bir olayda;

- Davacı (A) vekili 10.03.2019 tarihli "dava dilekçesi"nde özetle;

"-Davalı-borçlu (B)'nin; ... ili ... ilçesi ... mahallesi 64 pafta, 674 ada, 49 parsel, 1 ve 3 no'lu bağımsız bölümlerde adına kayıtlı ½ paylarının tamamını, diğer davalı kardesi (C)'ye 13.03.2015 tarihinde devrettiğini, (C)'nin, adı geçen 1 no'lu taşınmazdaki payını 06.02.2019 tarihinde 235.000 TL. bedelle baldızı olan diğer davalı (D)'ye, aynı yerdeki 3 no'lu taşınmazdaki payını ise 19.02.2019 tarihinde 142.000 TL. bedelle eşi olan diğer davalı (E)'a devrettiğini, 'alacaklılardan mal kaçırmak kastı ve kötüniyet ile yapılmış olan bu devir tasarruflarının iptali ile

¹²⁷ Bknz: 17. HD. 23.05.2013 T. 5840/7545 (www.e-uyar.com)

¹²⁸ Bknz: 17. HD. 29.11.2012 T. 12777/13299 (www.e-uyar.com)

¹²⁹ Bknz: 15. HD. 07.04.2011 T. 9155/3212; 22.11.2010 T. 10925/9928; 26.10.2010 T. 5342/8805; 01.07.2010 T. 2225/6230; 04.11.2008 T. 2340/5093; 23.10.2008 T. 1876/4885; 17.04.2008 T. 362/2022; 14.04.2008 T. 1112/1914; 28.01.2008 T. 5538/339; 15. HD. 23.01.2007 T. 6400/235; 08.04.1993 T. 1572/1646 vb. (www.e-uyar.com)

müvekkilinin ... İcra Müdürlüğü'nün ... sayılı dosyadaki alacağının tahsilini sağlamak için taşınmazların kaydına teminatsız ihtiyati haciz konulmasına karar verilmesini',

-Müvekkili alacaklı-davacı ile borçlu-davalı (B)'nin adı geçen taşınmazların 4.700.000,00 USD bedelle satışı konusunda mutabakata vardıklarını, 09.11.2014 tarihinde HARİCİ TAŞINMAZ SATIM PROTOKOLÜ tanzim ettiklerini, bu kapsamda müvekkilinin davalı Yakup'a haricen 2.350.000 USD ödemede bulunduğunu, ancak davalı (B)'nin devir işlemini gerçekleştiremediğini ve borçlu-davalı ile müvekkilinin 10.01.2015 tarihli FESİH PROTOKOLÜ düzenlediklerini ve davalı-borçlunun ödenen tutar olan 2.350.000,00 USD'nin iadesi için müvekkili lehine 10.01.2015 tanzim ve 10.01.2020 vadeli 2.350.000,00 USD tutarlı bir bono keşide ettiğini,

-Davalı-borçlu (B'nin bu senet tutarını gününde ödemeyince müvekkilinin bu senedi ... İcra Müdürlüğü'nün ... sayılı dosyası ile takibe koyduğunu, borçlunun ikametgâhında 26.02.2020 tarihinde fiili haciz yapıldığını ve 'borçlunun haczi kabil malı bulunmadığı' hususunun haciz tutanağında belirtildiğini, bu haciz tutanağının 'geçici aciz vesikası' hükmünde olduğunu,

-Davalı-borçlu (B)'nin ... ili ... ilçesinde bulunan, yukarıda bahsettiği 1 ve 3 no'lu bağımsız bölümlerdeki ½ payını kardeşi diğer davalı (C)'ye 13.03.2015 tarihinde danışıklı olarak devrettiğini,

-Borçlu-davalı (B)'nin malvarlığının borçlarını ödemeye yetmediğini, davalı (C)'nin kardeşi olan borçlu (B)'nin içinde bulunduğu ekonomik durumu çok iyi bildiğini,

-Dava konusu taşınmazların borçlu tarafından, diğer davalı (3. kişi) (C)'e piyasa rayiçlerinin fevkalade altında bir bedelle devredildiğini,

-Davalılardan (E)'un, davalı İsrail'in eşi olduğunu, diğer davalı (D)'nin ise davalı (E)'un kız kardeşi olduğunu, tüm davalıların kötü-niyetli olduğunu,

-Davalıların kötüniyetinin kanıtlanmaması halinde; davalı-borçlu (B) ile doğrudan tasarrufta bulunan üçüncü kişi (C) hakkındaki tasarrufun iptali davasının bedele dönüştüğünü,

-Yukarıda bahsedilen taşınmazlar hakkında yapılmış olan tasarrufların iptali ile dava konusu taşınmazların 'haciz ve satışını isteme yetkisi verilmesi'ni talep zorunluluğu doğduğunu"

b e l i r t e r e k, "teminatsız olarak -mahkemece aksi kanaate varılması halinde- teminat karşılığında yukarıda belirtilen taşınmazların kaydına ihtiyati haciz konulmasına karar verilmesini" talep etmiştir.

- Davalı (E) vekili "*cevap dilekçesi*"nde özetle;

"-Davacı tarafca dava değerinin noksan gösterilmek suretiyle ek-sik harç yatırıldığını, söz konusu harç eksikliği giderilmeden davaya devam edilmemesi gerektiğini,

-Açılmış olan tasarrufun iptali davasının İİK'da belirtilen hak düşürücü sürelerle tabi olduğunu, bu davada ise bu sürelerin geçirilmiş olduğunu, bu sebeple davanın esasına girilmeden, 'hak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle' davanın reddine karar verilmesi gerektiğini,

-Davanın görülebilmesi için, alacaklının alacağının gerçek olması gerektiğini, eğer gerçek bir borç ilişkisi yoksa, alacak da söz konusu olmayacağı için, iptal davasının dinlenmesinin hukuken mümkün olmadığını, davacı (A) ile davalı (B)'nin muvazaalı bir şekilde gerçek olmayan bir alacak yaratma gayreti içinde bulduklarını, bu nedenle davacı tarafından davalı (B)'ye yapıldığı iddia olunan 2.350.000,00 USD'lik ödemenin 'haricen yapıldığı'nın ifade edildiğini,

-Davacı tarafın ödeme yaptığını iddia ettiği dönemde yaşı itibariyle davacının ekonomik olarak ailesine bağlı olan ve hiçbir maddi geliri bulunmayan bir kişi olduğunu, bu nedenle davacının 4.700.000,00 USD bedelle bir taşınmaz satın almasının eşyanın tabiatına uygun düşmediğini, davacının o tarihte 'bu kadar parası olduğunu ve bunu davalı (B)'ye ödediğini' somut ispat vasıtası ile ispat etmesi gerektiğini,

-10.01.2015 tarihinde taraflarca düzenlendiği iddia olunan fesih protokolüne istinaden davacı tarafın 2.350.000,00 USD ödemenin iadesi için yıllarca davalı (B)'den hiçbir talepte bulunmamasının ve beş yıllık faiz talebinden de vazgeçerek ciddi miktardaki alacağının iadesi için 'beş yıl sonrasına 10.01.2020 vade tarihli 2.350.000,00 USD tutarlı bonoyu kabul ettiğini ve bonodan kaynaklanan alacağını icra takibi sonucunda tahsil edemediğini' öne sürmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu,

-Davacı ile davalı (B)'nin aralarında anlaşarak muvazaalı bir alacak yarattıklarını, sayın mahkeme tarafından öncelikle bu iddialarının incelenmesi gerektiğini, Yargıtay'ın içtihatlarının da bu doğrultuda olduğunu, ezcümle;

√ Yargıtay 17. HD. 07.06.2016 T. 20994/6940, (www.e-uyar.com)

√ Yargıtay 17. HD. 14.03.2016 T. 22872/3110, (www.e-uyar.com)

√ Yargıtay 17. HD. 26.12.2017 T. 3993/12139, (www.e-uyar.com)

√ Yargıtay 17. HD. 05.11.2013 T. 11822/15085, (www.e-uyar.com)

√ HGK. 19.06.2002 T. 15-495/528 (www.e-uyar.com)

sayılı kararlarında bu hususların açıkça belirtilmiş olduğunu,

-Davacı-alacaklının, davalı (B)'ye 09.11.2014 tarihinde haricen 2.350.000,00 USD verebilecek mali duruma (parasal güce) sahip olmadığını

belirterek, “haksız ve hukuki dayanaktan yoksun olan davanın reddine karar verilmesini” talep etmiştir.

• Davalı (D) vekili 26.06.2020 tarihli “cevap dilekçesi”nde özetle;

“-Dava değeri belirlenirken, davacının icra takibine konu alacağının miktarı ya da taşınmazın değerinin esas alınması ve bu değer üzerinden nisbi harç ödenmesi gerektiğini, davacı taraf dilekçesinde ‘dava konusu gayrimenkullerin değerini ve kendisi tarafından da kaç para üzerinden satın alınmak istediğini’ açıkça ifade etmişken, bu bedelin onda biri tutarında bir bedel üzerinden eksik harç ödeyerek davasını açtığını, bu nedenle davacıya eksik harcın tamamlattırılmasını, aksi takdirde ‘davanın açılmamış sayılmasına’ karar verilmesi gerektiğini,

-Huzurdaki davanın hak düşürücü süre geçtikten sonra açılmış olduğunu, bu sebeple esasa girilmeden ‘hak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle davanın reddine karar verilmesini’ talep ettiklerini,

-Davanın şartlarının oluşmadan davanın açıldığını, gerçekten huzurdaki davanın görülebilmesi için, davacının, davalı borçluda gerçek bir alacağının bulunması gerektiğini, halbuki davacının diğer davalı (B)'den olduğunu iddia ettiği alacağın gerçek olmayan bir alacak olduğu, davacının ‘09.11.2014 tarihinde (B)'ye 2.350.000,00 USD haricen ödeme yaptığını bildirdiğini’ ve ‘diğer ortakların satışa rıza

göstermemeleri üzerine 10.01.2015 tarihinde fesih protokolü imza ederek ödenen tutarın iadesi için (B)'den 10.01.2015 düzenleme tarihli ve 10.01.2020 tarihli bir senet aldığını' öne sürmüş ve bu alacağına istinaden de tasarrufun iptali talebinde bulunduğunu, davacının anlattığı bu durumun hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, davalı (B)'un, diğer davalı (C) ile anne ve babasından sürekli para istediğini ve bu talebinin (C) tarafından kabul edilmemesi üzerine sırf (C)'u zor durumda bırakmak için bu mizansenin kurgulayarak bu davayı açtığını,

- '4.700.000,00 USD bedelle gayrimenkulü aldığını' iddia eden davacının, gayrimenkulün diğer malikleri ile görüşmeden 2.350.000,00 USD gibi çok yüksek bedelli gayrimenkullerin tamamının sahibi olmayan kişiye ödeme yapmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu,

-Gayrimenkullerin tamamının sahibi olmayan kişiye '2.350.000,00 USD bedel ödediğini' iddia eden davacının bu kişiden ne gayrimenkullerin 'devrini garanti altına almak' için, ne de ödediği paranın 'teminatı olmak üzere' hiçbir şey almamasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu,

-Davacının, sözde ödemenin yapıldığı tarihte henüz yirmili yaşlarda olan, ekonomik olarak eve bağlı olan, geliri ve malvarlığı olmayan bir kişi olduğunu, ailesinin ekonomik bakımdan çok sıkıntılı olduğu bir dönemde, sırf yatırım olsun diye 4.700.000,00 USD'lik gayrimenkul almasının gerçekçi olmadığını,

-Davacının öncelikle bu paranın kaynağını ve bu miktarda bir parasının var olduğunu ispat etmesi gerektiğini,

-Davacı tarafından davalıya yapıldığı iddia edilen ödemenin belge ve dekontu bulunmadığını, davacı 'bu ödemenin haricen yapıldığını' söylemekte ise de 2.350.000,00 USD gibi yüksek miktarda paranın 'elden yapılacak bir ödeme' olmadığını,

-'Fesih sözleşmesi' ve 'beş yıl sonrasına alınan senedin' tam bir kurgunun sonucu olduğunu, 4.700.000,00 USD bedel ile iki gayrimenkul satın almak isteyen ve taşınmazın hissedarları ile hiç görüşmeyen, 'gayrimenkul devrini' ve verdiği parayı teminata bağlama gereği duymayan davacının, önce diğer davalıya 2.350.000 USD ödeme yapmış ve sonrasında gayrimenkulü alamayınca, 'faizsiz ve teminatsız olarak' ödediği parayı geri almak için davalı (B)'ye beş yıl vade verdiğini, bu durumun hayatın normal akışı içinde kabulünün mümkün olmadığını,

-Yargıtay içtihatlarının da bu doğrultuda olduğunu, nitekim;

√ HGK. 19.06.2002 T. 15-495/528, (www.e-uyar.com)

√ 17. HD. 05.11.2013 T. 11822/150858, (www.e-uyar.com)

√ 17. HD. 07.06.2016 T. 20994/6940, (www.e-uyar.com)

sayılı kararlarda bu hususun açıkça dile getirildiğini,

-İİK uyarınca tasarrufun iptali için gerekli diğer ‘dava şartları’nın da olayda gerçekleşmediğini, borçlu davalı hakkında alınmış bir aciz vesikası bulunmadığını,

-Müvekkilinin alım-satım işleminin gerçek ve içinde hiçbir muvazaa barındırmayan, hukuken geçerli bir işlem olduğunu,

belirterek, “*haksız davanın reddine, masraf ve ücreti vekaletin karşı taraf üzerinde bırakılmasına karar verilmesini*” arz ve talep etmiştir.

• Davalı (C) vekili 29.06.2020 tarihli “*cevap dilekçesi*”nde özetle;

“-Mevcut dava değerinin gerçeği yansıtılmakta olup, tespit edilecek yeni dava değeri çerçevesinde eksik harcın davacı tarafça tamamlanması gerektiğini, davacı tarafın dava değerini 188.500,00 TL. olarak göstererek bu davayı açtığını, bu rakamın davanın harca esas gerçek değerini göstermediğini, bu nedenle dava konusu iki taşınmazların her birinin konusunda uzman bilirkişiler vasıtasıyla ayrı ayrı değer tespitlerinin yapılarak ya da sözde 2.350.000,00 USD olarak ifade edilen borç miktarı dikkate alınarak eksik harcın davalı tarafa tamamlattırılması gerektiğini,

-Davanın İİK m. 278’de düzenlenen -iki yıllık- hak düşürücü süre içerisinde açılmamış olduğunu, sırf bu nedenle davanın reddi gerektiğini, dava konusu olayda taşınmazların devir tarihinin 13.03.2015 olması, davacı tarafından geçici aciz vesikası niteliğinde olduğu iddia edilen haciz tutanağının ise 26.02.2020 tarihi olduğu dikkate alındığında, huzurdaki dava açısından hak düşürücü sürenin geçmiş olduğunu, yani kısaca ‘**son iki yıl içindeki ivazsız (karşılıksız) tasarrufların iptale tabi olduğunu**’, buna göre borçlunun son iki yıldan daha önce yapmış olduğu ivazsız (karşılıksız) tasarrufların iptale tabi olmadığını, bu nedenle 13.03.2015 tarihli tasarrufun, tarih itibarıyla iptal sınırlarının dışında kaldığını,

-Aciz tutanağının 'kesin veya geçici aciz vesikası' hükmünü haiz olabilmesi için, gidilen adreste hiç veya yeteri kadar kabili haciz malın bulunmaması hususunun tek başına yeterli olmadığını, ayrıca 'borçlunun başkaca kabili haciz malının olmadığını' da haciz tutanağında açıkça belirtilmesi gerektiğini,

-Davalı-borçlu (B)'nin hali hazırda faal olan birçok şirketinin de bulunduğunu, bu nedenle borçlu (B)'nin bu şirketlerdeki hisseleri paraya çevrilmeden, borçlu hakkında aciz vesikasının düzenlenemeyeceğini,

-Huzurdaki davada, davacı (A) ile davalı-borçlu (B) tarafından organize edilmiş olan bir dava olup, 'gerçek bir alacağı' dayanmadığını,

-Davacı (A)'nın davalı-borçlu (B)'nin oğlu (F) ile olan yakın arkadaşlığı değerlendirildiğinde, huzurdaki davanın davacı (A) ile davalı-borçlu (B) ile birlikte müvekkiline karşı haksız, konusu Türk Ceza Kanunu anlamında suç da teşkil edecek şekilde organize edildiğini açıkça ispat ettiğini, müvekkili (C)'un (A)'nın ailesinden olan alacağını ancak icra takibi ile tahsil edebildiği hususu dikkate alındığında, (A)'nın 2015 yılında 4.700.000,00 USD bedelle bir satım protokolü yapabilmesi ve (B)'ye 2.350.000,00 USD. tutarında ödeme yapabilmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, bu nedenle davacı (A)'nın o tarihte 4.700.000,00 USD.'i nereden temin ettiğinin huzurdaki dava açısından son derecede önem taşıdığını, (A)'nın o tarihlerde ne iş yaptığı, banka hesapları, kredi kartları, vergisel gelirinin sayın mahkeme tarafından araştırılması gerektiğini,

-Tasarrufa konu olan taşınmazların, davacı yanın tüm iddialarının aksine TMK.'nin 732. maddesinde düzenlenen önalım hakkının kullanılması sonucunda müvekkili (C)'a gerçek bir satış ilişkisi kapsamında devredilmiş olduğunu,

-Sonuç olarak; huzurdaki davanın, davalı (B)'nin oğlu (F) ile yakın arkadaş olan davacı (A) ve davalı-borçlu (B) tarafından organize edilmiş olup, 'gerçek bir alacak' mevcut olmadığını, davacı (A)'nın banka hesapları üzerinde incelemeler yapılmasını, (B)'ye verdiğini iddia ettiği 2.350.000,00 USD'nin elden verilmesinin hayatın olağan akışına aykırı olması sebebiyle, bu hususun davacı tarafça ispatlanmadığını, tasarrufa konu taşınmazların TMK'nın 732. maddesinde düzenlenen

önalım hakkının kullanılması sonucunda müvekkili (C)’ye devredilmiş olduğundan, davacı yanın haksız ve mesnetsiz iddialarının reddine karar verilmesini” arz ve talep edilmiştir.

• Dosyaya sunulmuş olan 11.10.2021 tarihli **“BİLİRKİŞİ KURULU EK RAPORU”** nda özetle;

“-Dava dosyasına GELİR İDARESİ BAŞKANLIĞI tarafından gönderilen belgeler incelendiğinde; ‘sözde işlem tarihinde 26 yaşında olan’ davacı (A)’nın 2014-2015 yıllarında 4.700.000,00 USD bedelle ilgili taşınmazları alabilmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu kesin biçimde görülmekte olup, bu gerçeğin dosyaya intikal eden GELİR İDARESİ BAŞKANLIĞI’nın yazıları ile de kesin biçimde vergi dairesine verilmiş tüm beyannameler incelendiğinde daha düşük rakamlarla vergi tarh ve tahakkuk ettirildiğinin görülmekte olduğunu,

-Sayın mahkeme tarafından davacı (A)’nın söz konusu taşınmaz satım protokolünün ve senedin tarihi olan 2014-2015 yıllarındaki ekonomik durumunun tespit edilebilmesi amacıyla ilgili dairelere müzekkereler yazılmış olduğu, akabinde GELİR İDARESİ BAŞKANLIĞI tarafından 19.04.2021 tarihinde sayın mahkemenize gönderilen davacı (A)’ya ait 2014-2015-2016-2017 takvim yılı yıllık gelir beyannameleri tarh ve tahakkuk fişleri incelendiğinde, 2014 ve 2015 yıllarında henüz 26 yaşında olan davacı (A)’nın 2015 yılında yalnızca 6.607,88 TL. gelir beyan ettiği, 2016 yılında ise 67.445,29 TL. zarar beyan ettiğinin beyannamelerinde görülmekte olduğunu, dolayısıyla sözde alacaklı (A) tarafından 2.350.000,00 USD gibi yüksek meblağlı bir paranın verildiği-ne dair ortada somut bir belge dahi olmadan ve gelir ve gider yönünde dava dosyasına sunulan yıllık gelir vergisi beyanlarında da bu büyüklükte bir beyanın olmaması, haricen (B)’ye vermesinin şaibeli olarak gözükmesi ve ayrıca davacı (A)’nın sözde işlem tarihinde 2.350.000,00 USD gibi yüksek meblağlı bir parayı vermesinin mümkün olmadığı ortada gözükmele, yıllık gelir beyannameleri ve tarh ve tahakkuk eden yıllık gelir vergi beyannameleri tek tek irdelenip incelendiğinde ise muhasebe sistemi yönünde huzurdaki dava konusu döviz bazında TL. karşılığı böyle büyük bir gelir-giderin kayıtlarda beyan akışı olmadığı ve daha düşük yıllık gelir vergisi beyannamesinde gösterilmiş olduğunun tespit edildiğini,

-Neticede; davacı yanın, söz konusu 2.350.000,00 USD bedelin dava dosyasına sunulan dilekçelerinde 'haricen ödendiğini' iddia etmekte, ancak buna ilişkin herhangi somut bir dekonta dava dosyasında rastlanılmamış olduğunu, ortada ciddi bir alım iddiası olup, bu tutarın huzurdaki dava günü yönünden irdelenip incelendiğinde, yıllık beyannamelerde dava konusu yüksek rakamlara rastlanmadığı, ortada anlaşmalı, muvazaalı ve şaibeli bir alım satım ticareti yapılmış olduğunun görüldüğünü,

-Dava konusu 2.350.000,00 USD'nin huzurdaki dava günü itibarıyla, döviz kurundan 42.000.000,00 TL. yapmakta olduğunu"

belirtmiştir.

• Davalı (C) vekili, 27.10.2021 tarihli BİLİRKİŞİ HEYETİ EK RAPORU'na karşı beyanlarını içeren dilekçesinde özetle;

"-Sözde işlem tarihinde 26 yaşında olan davacı (A)'nın, 2014-2015 yıllarında 4.700.000,00 USD bedelle, dava konusu taşınmazları alabilmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu,

-Davacı (A)'nın 2015 yılında yalnızca 6.607,88 TL. gelir beyan ettiğini, 2016 yılında ise 67.445,29 TL. zarar beyan ettiğini, bu hususun GELİR İDARESİ BAŞKANLIĞI tarafından sayın mahkeme dosyasına gönderilen belgelerle kesin şekilde sabit olduğunu,

-Sözde alacaklı (A)'nın 2.350.000,00 USD gibi yüksek meblağlı bir parayı davalı (B)'ye verdiğine dair ortada en ufak somut, ikna edici bir belge bulunmadığını,

-Ödendiği iddia edilen 2.350.000,00 USD'nin bugünkü kurdan yaklaşık değerinin 42.000.000,00 TL.'ye eşit olduğunu,

-Davacı (A)'nın sözde 2.350.000,00 USD tutarındaki alacağına karşılık beş yıl vadeli senet almasının, huzurdaki davanın organize bir şekilde açılmış olduğunu ispatlamakta bulunduğu,

-Günümüz ekonomik koşullarında hiç kimsenin bu denli ciddi tutardaki alacağını beş yıl gibi uzun vadeli senet olarak, faiz uygulamaksızın talep etmesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığını,

-Davacı (A)'nın sözde alacağını dava konusu taşınmaz üzerinde ipotek tesis ederek garanti altına almadan, bu yola başvurmadan talep etmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu,

-Taraflar arasında sözde düzenlenmiş protokolün 6. maddesinde ‘protokole aykırı davranılması halinde’ 470.000,00 USD’ye kadar cezai şart belirlenmiş olmasına rağmen, üstelik bu protokol davalı Yakup tarafından sözde feshedilmiş olmasına rağmen, sözde alıcı K. tarafından protokolde öngörülen bu cezai şart yönünden herhangi bir hukuki girişimde bulunulmamış olduğunu,

-Sayın bilirkişi heyeti tarafından mahkemeye sunulan Ek Rapor’da açıkça ‘Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından 19.04.2021 tarihinde sayın mahkememize gönderilen davacı (A)’ya ait 2014-2015-2016-2017 takvim yıllarına ait gelir beyannamelerindeki tarh ve tahakkuk fişleri incelendiğinde 2014 ve 2015 yıllarında henüz 26 yaşında olan davacı (A)’nın, 2015 yılında yalnızca 6.607,88 TL. gelir beyan ettiği, 2016 yılında ise 67.445,29 TL. zarara beyan ettiği, dolayısıyla (A)’nın, 2.350.000,00 USD gibi yüksek meblağlı bir parayı verdiği dair ortada somut bir belge bulunmadığının belirtilmiş olduğunu, hatta bilirkişilerce de davacı (A) ile davalı (B) arasındaki işlemin ‘şaiBELİ İŞLEM’ olarak nitelendirilmiş olduğunu”

b e l i r t e r e k, dosyadaki mevcut deliller ve dosyaya sunulan Ek Rapor’daki tespitler doğrultusunda ‘davanın reddine karar verilmesi gerektiği’ ifade olunmuştur.

• Davalı (E) vekili tarafından dosyaya sunulan 26.10.2021 tarihli, BİLİRKİŞİ KURULU EK RAPORU’na karşı beyanlarını içeren dilekçe-de özetle;

“-Mahkeme dosyasına Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından gönderilen belgeler doğrultusunda, iddia olunan işlem tarihi itibariyle 26 yaşında olan davacı (A)’nın 4.700.000,00 USD bedelle dava konus taşınmazları edinebilmesinin mümkün olmadığını, Vergi Dairesine gönderilen davacı (A) ile ilgili tüm beyannameler değerlendirildiğinde; davacı (A)’nın 2015 yılında 6.607,88 TL. gelir beyan ettiği, 2016 yılında ise 67.445,29 TL. zarar beyan ettiği görüldüğünden ve bilirkişi ek raporunda ‘davacı (A)’nın iddia olunan işlem tarihi itibariyle söz konusu yüksek meblağlı parayı vermesinin mümkün olmadığı’ açıkça belirtilmiş olduğundan,

-10.01.2015 tarihinde taraflarca düzenlendiği iddia olunan fesih protokolüne istinaden davacı tarafın 2.350.000,00 USD ödemesinin

iadesi için yıllarca davalı (B)'den faiz olarak hiçbir talepte bulunmamasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, ayrıca davacı tarafın sözde alacağı için ipotek tesis etmek gibi bir yola başvurmamış olması, keza protokolün 6. maddesinde belirtilen 470.000,00 USD cezai şart yönünden de herhangi bir girişimde bulunmamasının eşyanın tabiatına uygun düşmediğini,

-Sayın bilirkişi heyetinin de davacı ile davalı (B) arasındaki alacak-borç ilişkisinin gerçek olmayıp, muvazaalı olduğunu ortaya koyduğunu”

belirterek “*hukuki dayanaktan yoksun olan davanın reddine karar verilmesi gerektiğini*” ifade etmiştir.

• İlk derece mahkemesi olan ... Asliye Hukuk Mahkemesi, 23.11.2021 T. ve ... sayılı ‘*gerekçeli kararı*’nda özetle;

“.....davacı asil ile davalı (B) arasında imzalanan 09.11.2014 tarihinde taşınmaz harici satım sözleşmeden sonra, davalı (B) tarafından davaya konu taşınmaz, diğer davalı olan kardeşi (C)'ye 13.03.2015 tarihinde devrettiği, (C) 1 no'lu taşınmazdaki payının tamamını 06.02.2019 tarihinde baldızı olan diğer davalı (D)'ye devrettiği, 3 no'lu taşınmazdaki payını ise 19.02.2019 tarihinde eşi olan diğer davalı (E)'ye devrettiği, bilirkişi raporuna göre dava konusu taşınmazın satış tarihinde değeri ile satış senedinde gösterilen değerler arasında misli fark bulunduğu, bu da satışın muvazaalı olduğunu gösterdiği, UYAP üzerinde yapılan sorgulamada davalı tarafların kardeş-eş ve baldız oldukları, bu da davalıların (B)'nin borcunu bilmekte veya bilebilecek durumda olduğunu gösterdiği, dava konusu taşınmazların gerçek bedelini ödendiğini ispatlayamamasına göre, tasarrufun ivazsız olduğu kanaatine varılarak, davanın kabulüne karar vermek gerekmiş (tir).....”

ş e k l i n d e hüküm kurmuştur.

*

Somut olayda;

• Yukarıda¹³⁰ ayrıntılı olarak bahsettiğimiz gibi ‘ivazsız tasarruflardan dolayı’ (İİK. mad. 278) iptal kararı verilebilmesi için, dava ko-

¹³⁰ Bknz: Yuk. dipn. 12-40

nusu tasarrufun ‘haciz’den (İİK mad. 86) veya ‘haciz edilecek mal bulunmaması sebebiyle aciz’den (İİK. mad. 105) veya ‘iflasın açılması’ndan (İİK mad. 165) itibaren geriye doğru iki sene içinde yapılmış olması gerekir.

Davalı-borçlu (B) ile davalı (C) arasındaki 13.03.2015 tarihli tasarrufa ilişkin olarak;

Mütalâa (ve dava) konusu uyuşmazlıkta dava konusu taşınmazın devir tarihi 13.03.2015, davacı-alacaklı tarafından ‘geçici aciz vesikası’ niteliğinde olduğu belirtilen ‘haciz tutanağı’nın düzenlenme tarihi ise 26.02.2020’ dir.

Bu nedenle, dava konusu tasarrufun iptaline karar verilebilmesi için, haciz tutanağının düzenlenme tarihinden (26.02.2020’den) en fazla iki yıl öncesinde (yani; 26.02.2018 tarihinde) yapılmış olması gerekirdi. Halbuki dava konusu tasarruf 13.03.2015 tarihinde yapılmış olduğundan, hiçbir şekilde bu tasarrufun iptaline karar verilmez!...

Bu husus davalı (C) vekili tarafından dosyaya sunulmuş olan 29.06.2020 tarihli “cevap dilekçesi”nde de isabetli olarak ifade edilmiştir.

Yüksek mahkemenin “*son iki yıllık süre*”ye ilişkin -kamu düzeni ile ilgili olan ve mahkemece re’sen dikkate alınması gereken- bu konudaki içtihatları yukarıda -dipn: 19-38- sunulmuştur...

• Yine yukarıda¹³¹ ayrıntılı olarak belirttiğimiz gibi ‘tasarrufun iptali davasının esasına girilebilmesi için gerçekleşmesi gereken’ dava şartlarından (HMK mad. 114) biri olan “*davacının, davalı-borçludaki alacağının g e r ç e k bir alacak olması*” koşulu, tasarrufun iptali davasının ‘özel dava koşulu’dur.¹³²

Eğer davacı-alacaklı tacir ise hem kendisinin ve hem de -tacir ise davalı- borçlunun ticari defterlerinde inceleme yapılarak, takip konusu borcun defterlerde kayıtlı olup olmadığının araştırılarak, kayıtlarda var (yazılı) olduğu ölçüde ‘davanın kabulüne’, aksi taktirde “ön koşul yokluğundan davanın reddine”¹³³ karar verilmesi gerekir.

¹³¹ Bknz: Yuk. dipn. 43-45

¹³² Bknz: Yuk. dipn. 46-87

¹³³ Bknz: 17. HD. 07.05.2019 T. 7423/5597; 11.09.2018 T. 2770/7624; 28.02.2017 T. 11975/234; 24.05.2016 T. 11364/6282; 24.05.2016 T. 10582/6278; 14.04.2015 T. 1798/5869; 4. HD. 04.04.2011 T. 7832/3036 vb. (www.e-uyar.com)

Eğer davacı-alacaklı tacir değil ise; davacı ve davalı borçlunun takip konusu senetlerin tanzim tarihindeki ekonomik ve sosyal durumları hakkında banka kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, mali durumlarının araştırılması,¹³⁴ yıllık gelirlerinin ne olduğu,¹³⁵ ve davacının böyle bir borç parayı verebilecek ekonomik gücünün bulunup bulunmadığı¹³⁶ saptanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

Davalı-3. kişi de davacı-alacaklının “*takip konusu yaptığı senedin (belgenin) gerçek bir alacağı aksettirmediğini*” -borçlu gibi- tasarrufun iptali davasına bakan mahkemede ileri sürebilir. Keza, takip konusu senedin “*teminat ve tahsil amacıyla verilmiş olduğu*” -yani gerçek bir alacağı ifade etmediği- de hem davalı-borçlu ve hem de davalı-3. kişi tarafından ileri sürülebilir.¹³⁷ Bunun kanıtlanması halinde mahkemece davacı-alacaklının talebi doğrultusunda “tasarrufun iptaline” karar verilemez.

Yüksek mahkeme kimi kararlarında¹³⁸ “davacının gerçekten alacaklı olup olmadığının yerel mahkemece *kendiliğinden* araştırılması gerektiğini” kimi kararlarında¹³⁹ ise, “bu hususun *davalılarca ileri sürülmesi halinde* mahkemece araştırılabileceğini” belirtmiştir...

Yüksek mahkeme “*tasarrufun iptali davalarında, alacağın gerçek olması gerektiği*” konusunu çeşitli kararlarında açıkça -bknz: Yuk. dipn. 70-87- ifade etmiştir. Bu husus en son Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 14.09.2021 T. E: 2017/(17)4- 2773, K: 987 sayılı OYBİRLİĞİ ile verdiği kararında çok ayrıntılı bir şekilde belirtilmiştir:

“.....*Davalı üçüncü kişinin alacağın gerçek olmadığı ve borçlunun aciz hâlinde olmadığı yönündeki savunmasının üzerinde durulmasının gerektiği,*

¹³⁴ Bknz: 17. HD. 14.02.2017 T. 23545/1450 (www.e-uyar.com)

¹³⁵ Bknz: 17. HD. 21.03.2017 T. 2235/3008 (www.e-uyar.com)

¹³⁶ Bknz: 17. HD. 26.12.2017 T. 3393/12139; Samsun BAM. 2. HD. 12.01.2018 T. 1073/55; 17. HD. 13.10.2015 T. 2595/10520 vb. (www.e-uyar.com)

¹³⁷ Bknz: 17. HD. 21.01.2014 T. 19964/669 (www.e-uyar.com)

¹³⁸ Bknz: 17. HD. 24.05.2016 T. 11364/6282; 12.04.2016 T. 14267/4635; 21.01.2014 T. 19964/669 vb. (www.e-uyar.com)

¹³⁹ Bknz: 17. HD. 07.05.2019 T. 13103/5606; 19.02.2019 T. 1554/1781; 05.06.2018 T. 4533/5858; 15.05.2018 T. 3037/5045; Samsun BAM. 2. HD. 12.01.2018 T. 1073/55; 17. HD. 07.03.2017 T. 10146/2457; 14.02.2017 T. 23545/1450; 25.10.2016 T. 18010/9337; 20.10.2016 T. 17910/9000; 07.06.2016 T. 20994/6940 vb. (www.e-uyar.com)

zira aynı zamanda dava şartı olan bu hususların da mahkemece kendiliğinden araştırılacağı hususunda bir kuşku bulunmamaktadır. Mahkemece bu yönde yapılmış bir araştırma ve inceleme bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece davacının alacağının gerçek olup olmadığının araştırılması....., davacı Murat K. ile borçlu davalı Murat Ç. arasında borcu doğuran ne gibi bir ilişki olduğunun araştırılması, borcun dayanağı olan bonoda bedelin nakden ahzoluğunda bildirildiğine göre 110.000TL tutarındaki paranın hangi bankadan ödendiği, davacının bu kadar yüksek miktarda bir parayı ödünç verebilecek ekonomik durumu olup olmadığının soruşturulması, gerektiğinde davacı ile borçlu davalının ekonomik ve mali durumlarının araştırılması; şayet alacağın gerçek olduğu kanaatine varılırsa, aciz hâlinin mevcut olup olmadığının belirlenmesi, ondan sonra toplanan ve toplanacak olan tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekmekte iken;'davanın kabulüne' karar verilmesi yerinde değildir....." (EK-1)

- Davacı-alacaklı (A)'nın somut olaydaki davranışından kaynaklanan 'hayatın olağan akışına aykırılık' teşkil eden davranışları hakkında;

-Davalı (E) vekili "cevap dilekçesi"nde;

√ "Davanın görülebilmesi için, alacaklının alacağının gerçek olması gerektiğini, eğer gerçek bir borç ilişkisi yoksa, alacak da söz konusu olmayacağı için, iptal davasının dinlenmesinin hukuken mümkün olmadığını, davacı (A) ile davalı (B)'nin muvazaalı bir şekilde gerçek olmayan bir alacak yaratma gayreti içinde bulduklarını"

√ "Davacı tarafın ödeme yaptığını iddia ettiği dönemde yaşı itibariyle davacının ekonomik olarak ailesine bağlı olan ve hiçbir maddi geliri bulunmayan bir kişi olduğunu, bu nedenle davacının 4.700.000,00 USD bedelle bir taşınmaz satın almasının eşyanın tabiatına uygun düşmediğini"

√ "Davacı ile davalı (B)'nin aralarında anlaşarak muvazaalı bir alacak yarattıklarını, sayın mahkeme tarafından öncelikle bu iddialarının incelenmesi gerektiğini"

belirtmiştir.

-Davalı (D) vekili "cevap dilekçesi"nde;

√ "Davanın şartlarının oluşmadan davanın açıldığını, gerçekten huzurdaki davanın görülebilmesi için, davacının, davalı borçluda gerçek bir alacağının bulunması gerektiğini, halbuki davacının diğer davalı (B)'den olduğunu iddia ettiği alacağın gerçek olmayan bir alacak olduğunu"

belirtmiştir.

-Davalı (C) vekili “cevap dilekçesi”nde;

√ “Huzurdaki davada, davacı (A) ile davalı-borçlu (B) tarafından organize edilmiş olan bir dava olup, ‘gerçek bir alacağa’ dayanmadığını”

√ “Davacı (A)’nın 2015 yılında 4.700.000,00 USD’yi nereden temin ettiğinin huzurdaki dava açısından son derecede önem taşıdığını, (A)’nın o tarihlerde ne iş yaptığı, banka hesapları, kredi kartları, vergisel gelirinin sayın mahkeme tarafından araştırılması gerektiğini”

√ “Sonuç olarak; huzurdaki davanın, davalı (B)’nin oğlu (F) ile yakın arkadaş olan davacı (A) ve davalı-borçlu (B) tarafından organize edilmiş olup, ‘gerçek bir alacak’ mevcut olmadığını, davacı (A)’nın banka hesapları üzerinde incelemeler yapılmasını”

belirtmiştir.

-Dosyaya sunulmuş olan 11.10.2021 tarihli BİLİRKİŞİ KURULU EK RAPORU’nda;

√ “GELİR İDARESİ BAŞKANLIĞI tarafından 19.04.2021 tarihinde sayın mahkemenize gönderilen davacı (A)’ya ait 2014-2015-2016-2017 takvim yılı yıllık gelir beyannameleri tarh ve tahakkuk fişleri incelendiğinde, 2014 ve 2015 yıllarında henüz 26 yaşında olan davacı (A)’nın 2015 yılında yalnızca 6.607,88 TL. gelir beyan ettiği, 2016 yılında ise 67.445,29 TL. zarar beyan ettiğinin beyannamelerinde görülmekte olduğunu, dolayısıyla sözde alacaklı (A) tarafından 2.350.000,00 USD gibi yüksek meblağlı bir paranın verildiğine dair ortada somut bir belge dahi olmadan ve gelir ve gider yönünde dava dosyasına sunulan yıllık gelir vergisi beyanlarında da bu büyüklükte bir beyanın olmaması, haricen (B)’ye vermesinin şaibeli olarak gözükmesi ve ayrıca davacı (A)’nın sözde işlem tarihinde 2.350.000,00 USD gibi yüksek meblağlı bir parayı vermesinin mümkün olmadığı ortada gözükmekle, yıllık gelir beyannameleri ve tarh ve tahakkuk eden yıllık gelir vergi beyannameleri tek tek irdelenip incelendiğinde ise muhasebe sistemi yönünde huzurdaki dava konusu döviz bazında TL. karşılığı böyle büyük bir gelir-giderin kayıtlarda beyan akışı olmadığı ve daha düşük yıllık gelir vergisi beyannamesinde gösterilmiş olduğunun tespit edildiğini”

√ “Neticede; davacı yanın, söz konusu 2.350.000,00 USD bedelin dava dosyasına sunulan dilekçelerinde ‘haricen ödendiğini’ iddia etmekte, ancak buna ilişkin herhangi somut bir dekonta dava dosyasında rastlanılmamış ol-

duğunu, ortada ciddi bir alım iddiası olup, bu tutarın huzurdaki dava günü yönünden irdelenip incelendiğinde, yıllık beyannamelerde dava konusu yüksek rakamlara rastlanmadığı, ortada anlaşmalı, muvazaalı ve şaibeli bir alım satım ticareti yapılmış olduğunun görüldüğünü”

belirtmiştir.

• Yine yukarıda¹⁴⁰ ayrıntılı olarak belirttiğimiz gibi; ‘gerek davalı borçlunun’ ve gerekse ‘davalı-üçüncü kişiler’in iddia ve savunmalarında “*h a y a t ı n o l a ğ a n a k ı ş ı - n a a y k ı r ı l ı k*” bulunması halinde, bu tutarsız iddia ve savunmalar taraflar arasında yapılmış olan tasarruflarına iptaline neden olur.

“Hayatın olağan akışına aykırılık” kriteri, özellikle tasarrufun iptali davalarında çok sık uygulama alanı bulur. Yukarıda¹⁴¹ hangi olayların “hayatın olağan akışına aykırı” bulunarak, tasarrufun iptali davasının kabulüne/reddine neden olduğu belirtilmişti.

Bu hususun **yüksek mahkemece** nasıl değerlendirildiği de keza yukarıda¹⁴² ifade edilmişti...

Bu konuda;

-Davalı (E) vekili “cevap dilekçesi”nde;

√ “*Davacı tarafın ödeme yaptığını iddia ettiği dönemde yaşı itibariyle davacının ekonomik olarak ailesine bağlı olan ve hiçbir maddi geliri bulunmayan bir kişi olduğunu, bu nedenle davacının 4.700.000,00 USD bedelle bir taşınmaz satın almasının eşyanın tabiatına uygun düşmediğini*”

√ “*10.01.2015 tarihinde taraflarca düzenlendiği iddia olunan fesih protokolüne istinaden davacı tarafın 2.350.000,00 USD ödemenin iadesi için yıllarca davalı (B)’den hiçbir talepte bulunmamasının ve beş yıllık faiz talebinden de vazgeçerek ciddi miktardaki alacağının iadesi için ‘beş yıl sonrasına 10.01.2020 vade tarihli 2.350.000,00 USD.tutarlı bonoyu kabul ettiğini ve bonodan kaynaklanan alacağını icra takibi sonucunda tahsil edemediğini’ öne sürmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu*”

belirtmiştir.

¹⁴⁰ Bknz: Yuk. dipn. 92-111

¹⁴¹ Bknz: Yuk. dipn. 95-96

¹⁴² Bknz: Yuk. dipn. 98-111

-Davalı (D) vekili “cevap dilekçesi”nde;

√ “Davacının ‘09.11.2014 tarihinde (B)’ye 2.350.000,00 USD haricen ödeme yaptığını bildirdiğini’ ve ‘diğer ortakların satışa rıza göstermemeleri üzerine 10.01.2015 tarihinde fesih protokolü imza ederek ödenen tutarın iadesi için (B)’den 10.01.2015 düzenleme tarihli ve 10.01.2020 tarihli bir senet aldığını’ öne sürmüş ve bu alacağına istinaden de tasarrufun iptali talebinde bulunduğunu, davacının anlattığı bu durumun hayatın olağan akışına aykırı olduğunu”

√ “4.700.000,00 USD bedelle gayrimenkulü aldığını’ iddia eden davacının, gayrimenkulün diğer malikleri ile görüşmeden 2.350.000,00 USD gibi çok yüksek bedelli gayrimenkullerin tamamının sahibi olmayan kişiye ödeme yapmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu”

√ “Gayrimenkullerin tamamının sahibi olmayan kişiye ‘2.350.000,00 USD bedel ödediğini’ iddia eden davacının bu kişiden ne gayrimenkullerin ‘devrini garanti altına almak’ için, ne de ödediği paranın ‘teminatı olmak üzere’ hiçbir şey almamasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu”

√ “Davacının, sözde ödemenin yapıldığı tarihte henüz yirmili yaşlarda olan, ekonomik olarak eve bağlı olan, geliri ve malvarlığı olmayan bir kişi olduğunu, ailesinin ekonomik bakımdan çok sıkıntılı olduğu bir dönemde, sırf yatırım olsun diye 4.700.000,00 USD’lik gayrimenkul almasının gerçekçi olmadığını”

√ ‘Fesih sözleşmesi’ ve ‘beş yıl sonrasına alınan senedin’ tam bir kurgunun sonucu olduğunu, 4.700.000,00 USD bedel ile iki gayrimenkul satın almak isteyen ve taşınmazın hissedarları ile hiç görüşmeyen, ‘gayrimenkul devrini’ ve verdiği parayı teminata bağlama gereği duymayan davacının, önce diğer davalıya 2.350.000 USD ödeme yapmış ve sonrasında gayrimenkulü alamayınca, ‘faizsiz ve teminatsız olarak’ ödediği parayı geri almak için davalı (B)’ye beş yıl vade verdiğini, bu durumun hayatın normal akışı içinde kabulünün mümkün olmadığını

belirtmiştir.

-Davalı (C) vekili “cevap dilekçesi”nde,

√ “(A)’nın 2015 yılında 4.700.000,00 USD. bedelle bir satım protokolü yapabilmesi ve (B)’ye 2.350.000,00 USD tutarında ödeme yapabilmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu”

√ "Davacı (A)'nın, davalı (B)'ye verdiğini iddia ettiği 2.350.000,00 USD'nin elden verilmesinin hayatın olağan akışına aykırı olması sebebiyle, bu hususun davacı tarafça ispatlanamadığını, tasarrufa konu taşınmazların TMK'nın 732. maddesinde düzenlenen önalım hakkının kullanılması sonucunda müvekkili (C)'ye devredilmiş olduğundan, davacı yanın haksız ve mesnetsiz iddialarının reddine karar verilmesini"

talep etmiştir.

-Dosyaya sunulmuş olan BİLİRKİŞİ KURULU EK RAPORU'nda;

√ "Dava dosyasına GELİR İDARESİ BAŞKANLIĞI tarafından gönderilen belgeler incelendiğinde; 'sözde işlem tarihinde 26 yaşında olan' davacı (A)'nın 2014-2015 yıllarında 4.700.000,00 USD bedelle ilgili taşınmazları alabilmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu kesin biçimde görülmekte olup, bu gerçeğin dosyaya intikal eden GELİR İDARESİ BAŞKANLIĞI'nın yazıları ile de kesin biçimde vergi dairesine verilmiş tüm beyannameler incelendiğinde daha düşük rakamlarla vergi tarh ve tahakkuk ettirildiğinin görülmekte olduğu"

belirtilmiştir.

-Davalı (C) vekili BİLİRKİŞİ HEYETİ EK RAPORU'na karşı beyanlarını içeren dilekçede;

√ "Sözde işlem tarihinde 26 yaşında olan davacı (A)'nın, 2014-2015 yıllarında 4.700.000,00 USD bedelle, dava konusu taşınmazları alabilmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu"

√ "Sözde alacaklı (A)'nın 2.350.000,00 USD gibi yüksek meblağlı bir parayı davalı (B)'ye verdiğine dair ortada en ufak somut, ikna edici bir belge bulunmadığını"

√ "Günümüz ekonomik koşullarında hiç kimsenin bu denli ciddi tutardaki alacağını beş yıl gibi uzun vadeli senet olarak, faiz uygulamaksızın talep etmesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığını"

√ "Davacı A'nın sözde alacağını dava konusu taşınmaz üzerinde ipotek tesis ederek garanti altına almadan, bu yola başvurmadan talep etmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu"

belirtmiştir.

-Davalı (E) vekili tarafından dosyaya sunulan BİLİRKİŞİ KURULU EK RAPORU'na karşı beyanlarını içeren dilekçede;

√ “Bilirkişi ek raporunda ‘davacı (A)’nın iddia olunan işlem tarihi itibarıyla söz konusu yüksek meblağlı parayı vermesinin mümkün olmadığınin’ açıkça belirtilmiş olduğunu”,

√ “10.01.2015 tarihinde taraflarca düzenlendiği iddia olunan fesih protokolüne istinaden davacı tarafın 2.350.000,00 USD ödemesinin iadesi için yıllarca davalı (B)’den faiz olarak hiçbir talepte bulunmamasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, ayrıca davacı tarafın sözde alacağı için ipotek tesis etmek gibi bir yola başvurmamış olması, keza protokolün 6. maddesinde belirtilen 470.000,00 USD cezai şart yönünden de herhangi bir girişimde bulunmamasının eşyanın tabiatına uygun düşmediğini”

ifade etmiştir.

• Yukarıda¹⁴³ belirttiğimiz gibi tasarrufun iptali davalarında, borçlu ile işlemde bulunmuş olan davalı-üçüncü kişinin “dava konusu taşınmazları/taşınırları satın alabilecek parasal (mâli) güce sahip olup olmadığı” ya da “borçluya ‘borç/satın alma bedeli olarak para verdiğini iddia ederek icra takibinde bulunmuş olan davacı-alacaklının, borçluya gerçekten bu miktardaki parayı verebilecek (ödeyebilecek) parasal (mâli) gücünün bulunup bulunmadığı” mahkemece araştırılabilir.

Yüksek mahkemenin bu konudaki ‘olumlu’ içtihatları yukarıda¹⁴⁴ belirtilmişti.

-Davalı (E) vekili cevap dilekçesinde;

√ “Davacı tarafın ödeme yaptığını iddia ettiği dönemde (yani; 09.11.2014 tarihinde) , dava konusu taşınmazları satın alacak 4.700.000,00 USD satış bedelini ödeyecek kadar parası olduğunu ve bunun yarısını peşin olarak (yani; 2.350.000,00 USD’yi) (B)’ye ödediğini ispat etmesi gerektiğini, mali durumunun (parasal gücünün) buna müsait olduğunu ispat etmesi gerektiğini”

belirtmiştir.

-Davalı (D) vekili cevap dilekçesinde,

√ “Davacının, sözde ödemenin yapıldığı tarihte henüz yirmili yaşlarda

¹⁴³ Bknz: Yuk. dipn. 112

¹⁴⁴ Bknz: Yuk. dipn. 113-128

olan, ekonomik olarak eve bağlı olan, geliri ve malvarlığı olmayan bir kişi olduğunu, ailesinin ekonomik bakımından çok sıkıntılı olduğu bir dönemde, sırf yatırım olsun diye 4.700.000,00 USD’lik gayrimenkul almasının gerçekçi olmadığını”

belirtmiştir.

-Davalı (C) vekilinin BİLİRKİŞİ HEYETİ EK RAPORU’na karşı beyanlarını içeren dilekçesinde;

√ “Sayın bilirkişi heyeti tarafından mahkemeye sunulan Ek Rapor’da açıkça ‘Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından 19.04.2021 tarihinde sayın mahkemenize gönderilen davacı (A)’ya ait 2014-2015-2016-2017 takvim yıllarına ait gelir beyannamelerindeki tarh ve tahakkuk fişleri incelendiğinde 2014 ve 2015 yıllarında henüz 26 yaşında olan davacı (A)’nın, 2015 yılında yalnızca 6.607,88 TL. gelir beyan ettiği, 2016 yılında ise 67.445,29 TL. zarara beyan ettiği, dolayısıyla (A)’nın 2.350.000,00 USD gibi yüksek meblağlı bir parayı verdiğiine dair ortada somut bir belge bulunmadığının belirtilmiş olduğunu, hatta bilirkişilerce de davacı (A) ile davalı (B) arasındaki işlemin ‘şaiBELİ İŞLEM’ olarak nitelendirilmiş olduğunu”

b e l i r t e r e k, dosyadaki mevcut deliller ve dosyaya sunulan Ek Rapor’daki tespitler doğrultusunda ‘davanın reddine karar verilmesi gerektiği’ ifade olunmuştur.

*

SONUÇ: İncelenen dava dosyasının içeriğinden (yani; dava dilekçesi ile davalıların cevap dilekçelerinden, Ek Bilirkişi Heyeti Raporu’ndan, ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararından) ve İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı’nın 2021/150316 Sor. sayılı dosyasının incelenmesi sonucunda;

a) Somut olayda; ‘tasarrufun iptali davası’nın dinlenebilmesi için gerçekleşmesi gereken ‘dava özel şartı’ olan “**takip konusu alacağın gerçek bir alacak olması**” koşulu¹⁴⁵ gerçekleşmemiştir.

Gerçekten; davacı (A)’nın, davalılardan (B)’ye 2.350.000,00 USD ödemede bulunduğunu iddia ettiği 09.11.2014 tarihinde (26 yaşında

¹⁴⁵ Bknz: Yuk. dipn. 46-87

olan), ekonomik olarak ailesine bağlı olan ve hiçbir geliri bulunmayan¹⁴⁶ bir kişinin -yine dava dosyasına sunulmuş olan 11.10.2021 tarihli BİLİRKİŞİ KURULU EK RAPORU'na göre- (dava günü itibariyle TL. değeri 42.000.000,00 TL. olan) *dava konusu 2.350.000,00 USD miktarındaki bir parayı, davalılardan (B)'ye ödemiş kabul edilmesi hayatın olağan akışına aykırıdır...*

Davacı (B), ... Cumhuriyet Başsavcılığı'na ... Sor. dosyasına 04.11.2021 tarihinde verdiği ifadesinde (ŞÜPHELİ İFADE TUTANAĞI'nda) açıkça ".....(A) bana 2.350.000,00 USD.'yi -yani anlaştığımız paranın yarısını- nakden e l d e n ö d e d i....Bunun üzerine biz de 10 Ocak 2015 tarihinde bir 'fesih protokolü' düzenledik. Ben bu fesih protokolüne istinaden 10 Ocak 2015 tarihinde, 10 Ocak 2020 vadeli ve alıcısı (A) olan 2 milyon 350 bin USD bedelli bir bono düzenleyerek (A)'ya teslim ettim..." ş e k l i n d e ifade vermiştir.

Davacı (A)'nın davalı (B)'ye 'elden verdiği' iddia ettiği 2.350.000,00 USD (yani; BİLİRKİŞİ HEYETİ EK RAPORU'nda bunun 'dava günü' itibariyle TL. karşılığı 42.000.000,00 TL. olan bu miktardaki para) konusunda BİLİRKİŞİ HEYETİ EK RAPORU'nda; "*Neticede davacı yan*

¹⁴⁶ Davacı K. davalıların cevap dilekçelerinde ileri sürdüğü bu hususa cevap verip, bu konudaki kanıtlarını mahkemeye sunmamış ancak dosyaya mahkemeye görevlendirilmiş olan bilirkişi kurulu tarafından verilen 11.10.2021 tarihli Bilirkişi Kurulu Ek Raporu'nda açıkça "Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından 19.04.2021 tarihinde mahkeme dosyasına gönderilen 2014-2015-2016-2017 takvim yıllarına ait gelir beyannameleri tarh ve tahakkuk fişleri incelendiğinde; '2014 ve 2015 yıllarında henüz 26 yaşında olan davacı K'nın 2015 yılında yalnızca 6.607,88 TL. gelir beyan ettiği, 2016 yılında ise 67.445,29 TL. zarar beyan ettiği' beyannamelerinde görülmektedir. Dolayısıyla, sözde alacaklı K. tarafından 2.350.000,00 USD gibi yüksek meblağlı bir para verildiğine dair ortada somut bir belge dahi olmadan ve gelir gider yönünden dava dosyasına sunulan yıllık Gelir Vergisi beyanlarında da bu büyüklükte bir beyan olmaması, haricen ...'a bu kadar yüksek miktarda para vermesinin şaibeli olarak gözükmesi ve ayrıca K'nın sözde işlem tarihinde 2.350.000,00 USD gibi yüksek meblağlı bir parayı vermesinin mümkün olmadığı gözükmele, yıllık gelir beyannameleri ve tarh ve tahakkuk eden yıllık gelir vergisi beyannameleri tek tek irdelenip incelendiğinde ise, muhasebe sistemi yönünden huzurdaki dava konusu döviz bazında TL. karşılığı böyle büyük bir gelir/gidere dair kayıtlarda beyan akışı olmadığı ve daha düşük bir gelirin Yıllık Vergi Beyannamesinde gösterilmiş olduğu tespit edilmiştir.... Yine dava dosyasına sunulmuş bulunan aynı Bilirkişi Kurulu Ek Raporu'na göre (dava günü itibariyle TL. karşılığı 42.000.000,00 TL. olduğu belirtilen) dava konusu 2.350.000,00 USD'nin davacı-alacaklı tarafından davalılardan ...'a ödenmiş kabul edilmesi 'hayatın olağan akışına aykırı'dır.

söz konusu 2.350.000,00 USD bedelin dava dosyasına sunulan dilekçelerinde ‘haricen ödendiğini’ iddia etmekte ancak buna ilişkin herhangi somut bir dekonta dava dosyasında rastlanılmamıştır. Ortada ciddi bir alım iddiası olup, bu tutar huzurdaki dava günü döviz kurundan 42.000.000,00 TL. yapmakta olduğu, vergi dairesi kayıtları da gelir yönünden irdelenip incelendiğinde, yıllık beyannamelerde dava konusu kadar yüksek bir rakama rastlanılmadığı, ortada karşılıklı anlaşmalı, muvazaalı ve şaibeli bir alım-satım ticareti yapılmış olduğu gözükmele.....” ş e k l i n d e açıklamada bulunulmuştur.

42.000.000,00 TL. tutarındaki paranın ‘elden verilmesi’ tutarlı, geçerli/gerçek bir ödeme midir?

Bir ‘tasarrufun iptali davası’nda; **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu** 14.09.2021 T. E: 2017/(17)4-2773, K: 987 ve **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi** (19.11.2013 T. E: 2012/13785, K: 2013/16011) :

“.....borcun dayanağı olan bonoda bedelin nakden ahzolunduğu bildirildiğine göre, 110.000,00 TL. tutarındaki paranın h a n g i b a n k a d a n ödendiği, davacının bu kadar yüksek miktarda bir parayı verebilecek ekonomik durumu olup olmadığının soruşturulması.....” gerekçesiyle, ilk derece mahkemesince verilmiş olan ‘tasarrufun iptaline’ ilişkin hüküm oybirliğiyle bozulmuştur (EK-1).

b) Somut olayda, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu “tasarrufun iptali davasının kabulüne” ilişkin kararında hiç dikkate almadığı, değerlendirmedeği başka ‘hayatın olağan akışına aykırı’ olan hususlar da mevcuttur. Gerçekten;

aa-Davacı-alacaklı (A)’nın 09.11.2014 tarihinde elden ödediğini iddia ettiği 2.350.000,00 USD’nin (yani; dava tarihi itibarıyla 42.000.000,00 TL.’nin) iadesi için beş yıl sonrasına 10.01.2020 vade tarihli bonoyu kabul ederken, davalı-borçludan hiçbir faiz ve teminat (ipotek, kefil vs.) talep etmemesi **hayatın olağan akışına aykırı** bir davranış teşkil eder...

bb- Davacı-alacaklı (A) ile davalı (B) arasındaki ‘alım/satım protokolünün feshi’ sözleşmesinin 6. maddesinde davacı lehine öngörülmüş olan ‘470.000 USD cezai şart’ yönünden, davacı-alacaklının hiçbir girişimde (talepte) bulunmamış olması da **hayatın olağan akışına aykırıdır.**

c) Tasarrufun iptali davalarında “borçluya ‘borç/satın alma bedeli’ olarak para verdiğini iddia ederek icra takibinde bulunmuş olan davacı/alacaklının borçluya gerçekten bu miktardaki parayı verebilecek (ödeyebilecek) parasal (mali) gücünün bulunup bulunmadığı” mahkemece araştırılabileceğinden¹⁴⁷ ve somut uyuşmazlıkta da mahkemece atanan bilirkişi kurulunca dosyaya sunulan 11.10.2021 tarihli BİLİRKİŞİ KURULU EK RAPORU’nda (bknz: Yuk. s: 30/31; 36) “.....davacı-alacaklı (A)’nın işlem tarihinde (26 yaşında olduğu) 2014-2015 yıllarında 4.700.000,00 USD bedelle, ilgili taşınmazları alabilmesinin mümkün görülmediği.....2014-2015-2016-2017 takvim yıllarına ait gelir vergisi beyannamelerine ilişkin tarh ve tahakkuk fişleri incelendiğinde; 2015 yılında yalnızca 6.607,88 TL. gelir beyan ettiğinin, 2016 yılında ise 67.445,29 TL. zarar beyan ettiği”nin tespit edildiği, bu nedenle davacı-alacaklı (A)’nın **dava konusu taşınmazı satın alabilecek parasal (mali) gücü bulunmadığı** çok net olarak görülmektedir.

d) Ayrıca somut olayda, dava konusu taşınmazın (3. kişi) (C)’ye (borçlu) (B) tarafından devir tarihi 13.03.2015, davacı-alacaklı tarafından ‘geçici aciz vesikası’ niteliğinde olduğu belirtilen ‘haciz tutanağı’nın düzenlenme tarihi ise 26.02.2020’dir.

Bu nedenle, dava konusu tasarrufun iptaline karar verilebilmesi için, haciz tutanağının düzenlenme tarihinden (26.02.2020’den) en fazla iki yıl öncesinde (yani; 26.02.2018 tarihinde) yapılmış olması gerekirdi. Halbuki dava konusu tasarruf 13.03.2015 tarihinde yapılmış olduğundan, hiçbir şekilde bu tasarrufun iptaline karar verilemez!...

Bilgi ve takdirlerinize saygıyla sunulur.

Kaynakça

- Alangoya Yavuz, “Senete Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı” (Prof. N. Kocayusufpaşaoğlu Armağanı, 2004, Seçkin Yayınları)
- Akkaya Tolga, “Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflâs Kanununda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu” (Legal Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, 2006/3)
- Akkaya Tolga, “İcra ve İflâs Hukukunda İptale Tabi Tasarruflar “İİK. m. 277-284”” (Eskişehir Bar. D. Ekim/2006)

¹⁴⁷ Bknz: Yuk. dipn. 112-128

- Akşener Haşmet Sırrı, "İcra ve İflas Hukuku'nda Tasarrufun İptali Davaları", 2. Bası, 2017, Legal Yayınevi
- Akyazan Sıtkı, "Takip Hukukunda İptal Davası" (Ad. D. Mart-Nisan/1963)
- Albayrak Hakan, "Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları" (AÜHFD. 2015/4)
- Albayrak Hakan/Ağar Serkan, "Tasarrufun İptali Davalarının Kamu İcra Hukuku ve Genel İcra Hukuku Çerçevesinde Özel Dava Şartları Bakımından Karşılaştırılması" (Tür. Bar. Bir. Der. Mayıs-Haziran/2016)
- Albayrak Hakan, "Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat", 2013, Yetkin Yayınevi
- Arslan Aziz Serkan, "Tasarrufun İptali Davasından Sonra Açılan Menfi Tespit Davasında Bekletici Mesele Yapma Sorunu" (Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C: 1, 2014, Yetkin Yayınevi)
- Arslan Ramazan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Medeni Usul Hukukuna Getirdiği Başlıca Yenilikler" (Prof. Dr. Gürkan Çelebican'a Armağan, 2011, Ank. Huk. Fak. Yayınları)
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Ayvaz Taşpınar Sema/Hanağası Emel, "İcra ve İflâs Hukuku", 2020, Yetkin Yayınevi
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Ayvaz Taşpınar Sema/Hanağası Emel, "Medeni Usul Hukuku", Yetkin Yayınevi
- Atalı, Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin "Tasarrufun İptali Davası", 2020, Yetkin Yayınevi
- Belgesay Mustafa Reşit, "İcra ve İflâs Hukuku (Sentetik Bölüm)", C: 2, 1953, İstanbul Üniversitesi Yayınları
- Berkin Necmettin Mehmet, "Tatbikatçılara İcra ve İflâs Hukuku Rehberi", 1980, Filiz Kitabevi
- Berkin Necmettin Mehmet, "İflâs Hukuku", 1972, Fakülteler Matbaası, İstanbul
- Börü Levent, "İcra ve İflâs Hukukunda Zarar Verme Kasdından Dolayı İptal "İİK. m. 280"" (AÜHFD. 2009)
- Coşkun Mahmut, "İçtihatlı İİK." C: 4, 2016, Seçkin Yayınevi, Ankara
- Coşkun Mahmut, "İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat, Tasarrufun İptali Davaları", 2016, Seçkin Yayınevi, Ankara
- Coşkun Mahmut, "İtirazın İptali, Menfi Tespit, Tasarrufun İptali Davaları", 2017, Seçkin Yayınevi, Ankara
- Çam Uzun Mine, "Kamu Alacağının Korunmasında Tasarrufun İptali Davaları", 2017, Seçkin Yayınevi, Ankara
- Çetin Halman Emine, "Tasarrufun İptali, Muvazaa, İnançlı İşlem ve Nam-ı Müstear", 2016, Adalet Yayınevi, Ankara
- Çetinel Tunahan, "Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarruflar Bağlamında Tasarrufun İptali ve Muvazaa Davaları", 2020, Yetkin Yayınevi, Ankara
- Erdönmez Güray, "Alacaklılara Zarar Verme Kasdıyla Yapılan Tasarrufların İptali", 2. Baskı, 2019, On İki Levha Yayıncılık

- Esener Turhan, "Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler", 1956, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
- Eroğlu Orhan, "Açıklamalı-İçtihatlı Tasarrufun İptali Davası ile Muvazaa Davası ve Karşılaştırılması", 2020, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık
- Eroğlu Orhan, "İslah", 4. Baskı, 2021, Seçkin Yayınevi
- Görgün Şanal, "Medeni Usul Hukuku", 3. Bası, 2014, Yetkin Yayınevi
- Güneren Ali, "İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları ile Tasarrufun İptali Davaları", 2004, Yetkin Yayınevi
- Güneren Ali, "Tasarrufun İptali Davaları", 2012, Yetkin Yayınevi
- Gürdoğan Burhan, "İflâs Hukuku", 1966, Ajans - Türk Matbaası, Ankara
- Gürdoğan Burhan, "İptal Davaları "İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer'e Sunulan Bildiri"", 1963
- Kaplan Hasan Ali, "Tasarrufun İptali Davası Borçlunun Mirasçılarına Karşı Açılabilir Mi?" (Terazi Huk. D. Eylül/2013, S:30-36)
- Karamercan Fatih, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşin Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı", 2020, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi
- Karataş İzzet/Ertekin Erol, "Tasarrufun İptali Davaları", 1998, Yetkin Yayınevi
- Kazancı Tuncer İdil, "Tasarrufun İptali Davalarında İspat", 2015, Yetkin Yayınevi, Ankara
- Korkusuz, Mehmet Refik "İcra ve İflâs Hukuku Uygulaması", 2004, Roma Yayınları
- Korkmaz Taş Hülya/ Korkmaz Ömer, "Tasarrufun, İptali Davalarında Davacı Alacağının Muvazaalı Olduğu İddiası ve Bu İddianın Hukukun Temel Hak ve İlkeleri ile Bağlantısı" (Fasikul Huk. Dr. C: 11, S: 111, Şubat/2019, s: 645 vd.)
- Kostakoğlu Cengiz, "Takip Hukukunda İptal Davaları" (*Adalet Dergisi*, 1989/6 S: 7-33; *Yasa Dergisi* 1989/8 S: 1037-1060)
- Kovan Hüseyin, "100 Soruda Muris Muvazaası Nedeni ile Tapu İptal ve Tescil Davaları ile Tasarrufun İptali Davaları", 2016, Adalet Yayınevi
- Kurtoğlu Serdar, "İcra Hukuku Açısından İptal Davasının Hukuki Niteliği" (İBD. 1973/7-8)
- Kuru, Baki "Dava Şartları" (Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, 1964, Ajans - Türk Matbaası, Ankara)
- Kuru Baki, "Hukuk Muhakemeleri Usulü", 6. Baskı, C: 2, Demir Demir Müşavirlik Ve Yayıncılık, İstanbul
- Kuru Baki, "İcra ve İflas Hukuku El Kitabı", 2013, Adalet Yayınevi, Ankara
- Kuru Baki, "İcra ve İflâs Hukuku", C: 4, 1997, Alfa Yayınevi, İstanbul
- Kuru Baki, "İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku", 2016, Legal Yayınevi
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, "İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı", 2013, Yetkin Yayınevi, Ankara
- Kuru Baki/Aydın Burak, "İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku "Ders Kitabı"", 2020, Yetkin Yayınevi, Ankara

- Muşul Timuçin, "İcra ve İflâs Hukuku", C: 2, 6. Baskı, 2013, Adalet Yayınevi, Ankara
- Muşul Timuçin, "Tasarrufun İptali Davaları", 2017, Adalet Yayınevi, Ankara
- Olgaç Senai, "Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları" (Dr. Recai Seçkin'e Armağan, 1974, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları)
- Oskay Mustafa/Koçak Coşkun/Deynekli Adnan/Doğan Ayhan, "İİK. Şerhi", 2007, Turhan Kitabevi, Ankara
- Önen Turgut, "İptal Davaları" (Ank. İk. Tic. İl. Ak. D., 1969/1)
- Özsunay Ergun, "Türk Hukuku'nda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler", 1968, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
- Pekcanitez Hakan, "Pekcanitez Usul Hukuku", 15. Bası, 2017
- Pekcanitez, Hakan/ Atalay Oğuz/ Özkan Sungurtekin Meral/ Özekes Muhammet, "İcra ve İflâs Hukuku", 2013, Yetkin Yayınevi
- Pekcanitez Hakan /Atalay Oğuz /Özekes Muhammet, "Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)", 4. Baskı, On İki Levha Yayınevi
- Sarısözen İsmet, "İcra ve İflas Hukukuna Göre İptal Davasında Yargılama Usulü" (ABD. 1977/1)
- Sarısözen İsmet, "İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptal Davasında Yargılama Usulü" (ABD. 1977/1, S: 52 vd.)
- Sertkaya Şehabettin Abdulkadir /Kul Süleyman, "Tasarrufun İptali Davaları", 2016, Adalet Yayınevi, Ankara
- Taşpınar Sema, "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımında Rolü" (AÜHFD. 1996/1-4, s: 551)
- Taze Mehmet, "Tasarrufun İptali Davası" (Yayımlanmamış Yük. Lisans Tezi)
- Ulukapı Ömer, "İcra ve İflâs Hukuku", 2015, Mimoza Yayınevi
- Umar Bilge, "Türk İcra-İflas Hukukunda İptal Davası", 1963, Fakülteler Matbaası, İstanbul
- Umar Bilge, "Aciz Hali- Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni M. K. Metninin Düştüğü Bir Yanlışlık (M. K. M. 605 F. 1ı, 618)", (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Haziran 2004, Sayfa: 317-324)
- Uyar Talih, ""Muvazaa" Nedenine Dayalı Tasarrufun İptali Davalarının Koşul ve Sonuçları" (ABD. 2017/3)
- Uyar Talih, ""Muvazaalı İcra Takipleri (Borç İkrarları)" İle "Borçlunun Süresi İçinde Zamanaşımı İtirazında Bulunmaması"nın Tasarrufun İptali Davasına Konu Edilmesi" (İBD. Mayıs-Haziran/2014)
- Uyar Talih, "Birden Fazla Kredi Sözleşmesinden Kaynaklanan Borç İçin Açılan Tasarrufun İptali Davalarında "Borcun Doğum Tarihli" Nasıl Belirlenir.? Tasarrufun İptali Davasının "Bedele Dönüşmesi" (İİK. 283/II) Halinde, Tazminata Esas "Gerçek Değer"in Hesaplama Yöntemi" (Legal Huk. Der. 2018)
- Uyar Talih, "Borçlu Hakkında Üçüncü Kişi Tarafından Takip Konusu Yapılan Senedin (ve İcra Takibinin) "Muvazaalı Olduğu" İleri Sürülerek, Borçlunun Alacaklıları Tarafından "Senedin (Ve İcra Takibinin) Kendileri Bakımından Geçersiz Sayılması İçin Tasarrufun İptali Davası Açılabilir Mi?" "İİK. 280; TBK. 19"" (ABD. 2015/1)

- Uyar Talih, "Borçlunun, Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilen Tasarrufları" (Legal Huk. Der. Ekim/2018)
- Uyar Talih, "Gerekçeli-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi", C: 11, 3. Baskı, 2010, Turhan Kitapevi, Ankara
- Uyar Talih, "Gerekçeli-İçtihatlı Türk Medeni Kanunu", 2002, C: 2, Feryal Matbaacılık, Ankara
- Uyar Talih, "Hukuki Mütalâalar", 2. Baskı, 2017, Bilge Yayınevi, Ankara
- Uyar Talih, "Hukuki Mütalâalar", 3. Baskı, 2020, Bilge Yayınevi, Ankara
- Uyar Talih, "Muvazaa (TBK. 19) Nedenine Dayalı Tasarrufun İptali Davalarının (İİK. 280) Açılma Koşulları ve Sonuçları" (Legal Huk. Der. Temmuz/2014)
- Uyar Talih, "Tasarrufun İptali Davalarında "Alacağın Gerçek Olması" ve "Hayatın Olağan Akışına Uygunluk" Koşullarının Uygulamada Yarattığı Sorunlar" (Legal Huk. Der. Ocak/2020)
- Uyar Talih, "Tasarrufun İptali Davalarında "Alacağın Gerçekliği" (Muvazaalı Olması) Koşulunun Düşündürdükleri" (Legal Huk. Der. 2017)
- Uyar Talih, "Tasarrufun İptali Davalarında "Ticari İşletmenin Devri" (İİK. 280/III), "İptale Tabi Tasarrufların Kapsamı" (İİK. 277 vd.) Konularına İlişkin Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar" [Çankaya Üniv. Huk. Fak. Der. (Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı), 2020, C: III, Seçkin Yayınevi, Ankara
- Uyar Talih, "Tasarrufun İptali Davalarının Hukuki Niteliği ve Amacı" (Manisa Bar. D. Temmuz/2008)
- Uyar Talih, "Tasarrufun İptali Davasına Konu Olabilecek Bazı Tasarruflar" (Legal Huk. Der. 2017)
- Uyar Talih, "Tasarrufun İptali Davasının Uygulamada Tartışılan Yönleri" (Legal Huk. Der. Haziran/2014)
- Uyar Talih, "Uygulamada Tasarrufun İptali Davasının Tartışılan Yönleri" (Legal Huk. Der. Temmuz/2017)
- Uyar Talih /Uyar Alper /Uyar Cüneyt, "İİK. Şerhi", C: 3, 2014, Bilge Yayınevi, Ankara
- Uyar Talih /Uyar Alper /Uyar Cüneyt, "İcra ve İflas Hukuku'nda Tasarrufun İptali Davaları", 7. Baskı, 2021, Bilge Yayınevi, Ankara
- Üstündağ Saim, "İflâs Hukuku", 8. Baskı, 2009, Filiz Kitabevi, İstanbul
- Üstündağ Saim, "Medeni Yargılama Hukuku", C: 1-2, 7. Bası, 2000, Nesil Matbaacılık
- Yıldırım Mehmet Kamil/Yıldırım Nevhis Deren, "İcra ve İflas Hukuku", 2016, Beta Yayınevi
- Yıldırım Mehmet Kamil, "Tasarrufun İptali Davasında Ticari İşletme Devri Karinesi" (Prof. Dr. Nur Cantel'e Armağan, 2013/2, S: 471-482)
- Yılmaz Ejder, "İcra ve İflas Kanunu Şerhi", 2016, Yetkin Yayınevi, Ankara
- Yılmaz Ejder, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi", 2021, C:3, Yetkin Yayınevi, Ankara

