

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 : 27. 09. 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 yetişecek 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 Burak ERDEM**
Güçlü Yürütme Organının Egemen Olduğu Afrika Başkanlık Sistemleri ve Nijerya Örneği / African Presidential Systems in which the Powerful Executive Branch Dominates and the Example of Nigeria
- 43 Bahattin ARAS**
Cezaevlerinde Hükümlü ve Tutuklulara Yönelik Zor Kullanılmasının ve Kelepçe Takılmasının Sınırları / Limits of The Use of Force and Handcuffs Against Convicts and Detainees in Prisons
- 105 Kazım Furkan AĞKUŞ / Oğuz BANDIR**
Ceza Muhakemesinde Temyiz Kanun Yolu ve Getirdiği Tartışmalar / Cassation in Criminal Procedure and Relevant Discussions
- 155 Müzeyyen EROĞLU DURKAL / Aynur HASOĞLU**
İdari Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesinde Zamanaşımı Sorunu / The Problem of Statute of Limitations in Fulfilling Administrative Judicial Decisions
- 183 Pınar ALTINOK ORMANCI**
Türkiye'de Yoksulluk Nafakasına İlişkin Güncel Gelişmeler ve Nafakanın Süreye Bağlanması Meselesi – İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme / Current Developments Regarding Post-Divorce Maintenance in Turkey and the Issue of Limiting its Duration- a Comparative Study with Swiss Law
- 205 Emel BADUR**
Boşanma Davalarında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması / Protection of the Personal Health Data in Divorce Cases
- 251 Didem KAYALI**
Uluslararası Özel Hukuk Perspektifinden Akıllı Sözleşmeler / Smart Contracts from the Perspective of Private International Law
- 285 Hülya ATLAN GÜRER**
Zamanaşımından Feragat / Waiver of the Prescription

329 Artür KARADEMİR

İsviçre ve Amerikan Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Yolda ve Eğitimde Geçen Sürelerin Çalışma Süresiyle İlişkisi / The Relationship between Travel Time, Time Spent in Training Programs and Working Time: A Comparative Analysis of Turkish, Swiss and American Law

367 Özde DEREBOYLULAR

Kuzey Kıbrıs Hukukunda Tutuklama Tedbirinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Değerlendirilmesi / The Evaluation of the Arrest Measure in the Law of North Cyprus in the Context of European Convention on Human Rights

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin Eylül-Ekim 2022 sayısını sizlere ulaştırmanın mutluluğunu yaşıyoruz.

Eylül ayı başı itibariyle yeni adli yılı açmış bulunuyoruz. Yeni adli yılın ülkemize, yargı sistemimize, meslektaşlarımıza hayırlı ve uğurlu olmasını temenni ediyorum.

Adli yıl açılış konuşmamda da dikkat çektiğim üzere, yargı sisteminizin sorunları ve onun kurucu unsurlarından olan savunmanın içerisinde bulunduğu olumsuz tablo sadece "yargıya işi düşmüşlerin" meselesi değildir. Yargının bir bütün olarak kalitesinin artırılması, sadece avukatlarla ya da yargı camiasıyla sınırlı bir "meslek sorunu" da değildir. Yargıda yapılacak reform; toplumsal, siyasal ve hatta ekonomik alandaki sorunların çözümünün en temel ön koşullarından biridir. Öyle ki, hukukun üstünlüğünün, yargı bağımsızlığının ve yargının hesap verebilirliğinin sağlandığı bir hukuk sistemi; "insan onuruna yaraşır bir gündelik hayat akışının" güvencesidir. Çünkü biliyoruz ki; güçlü, bağımsız ve tarafsız bir yargı olmadan demokrasi olmayacağı gibi; evrensel hukuk ilkeleri üzerinde yükselen güçlü bir savunma makamı olmadan gerçek anlamda bir hukuk devleti de söz konusu dahi olamaz.

*

Dergimizin bu sayısında anayasa hukuku, idare hukuku, ceza yargılaması hukuku, aile hukuku, medeni yargılama hukuku, sözleşmeler hukuku, iş hukuku ve infaz hukuku alanlarında önemli çalışmalar yer alıyor. Her biri hukuk sistemimiz içerisindeki önemli sorunlara

Başkan'dan

ışık tutan bu çalışmalar dolayısıyla, yazarlarımıza; ayrıca makaleleri titiz bir değerlendirme sürecinden geçiren hakemlerimize teşekkür ediyorum. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin zamanında ve alana katkı sunacak bir içerikle yayınlanması konusunda hassasiyet gösteren dergi emekçilerimize de bir kez daha teşekkür ediyorum.

Saygılarımla

Av. R. Erinç Sağkan
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

GÜÇLÜ YÜRÜTME ORGANININ EGEMEN OLDUĞU AFRIKA BAŞKANLIK SİSTEMLERİ VE NİJERYA ÖRNEĞİ

AFRICAN PRESIDENTIAL SYSTEMS IN WHICH THE POWERFUL EXECUTIVE BRANCH DOMINATES AND THE EXAMPLE OF NIGERIA

Burak ERDEM*

Özet: Sömürgeci devletlerden bağımsızlıklarını kazandıkları 1960'lı yıllardan itibaren Afrikalı uluslar, anayasa hazırlama faaliyetlerine yoğun biçimde girişmişler ve hazırladıkları anayasalarda hükümet sistemi tercihlerine de yer vermişlerdir. Kimi devletler, sömürgecilik dönemlerinden miras kalan parlamenter sistemi benimserken kimi Afrika ülkeleri ise tek başlı yürütme organının esas olduğu başkanlık sistemini tercih etmiştir. Bununla birlikte, başkanlık sisteminin benimsendiği Afrika anayasalarının birçoğunun kuvvetler ayrılığı ilkesini hâkim kılacak anayasal mekanizmalardan yoksun olduğu gözlemlenmektedir. Bu menfi duruma devletlerde mevcut politik atmosfer, siyasi kültür ve gelenekler ile siyasi katılım olanaksızlıkları gibi etmenler de eklendiğinde Afrika başkanlık sistemleri pratikte, güçlü yürütme organının tek başına egemen olduğu sistemlere evrilmektedir. Gerek siyasi gerek ekonomik açıdan Afrika kıtasının en güçlü devletlerinden biri olan Nijerya'nın hükümet sistemi, bu sava iyi bir örnek teşkil etmektedir. Gerçekten de yasama ve yürütme organları arasındaki dengeyi sağlayabilecek hukuki mekanizmalardan büyük ölçüde mahrum bırakılmış Nijerya Anayasası, ülkede geçerli siyasi konjonktürün de etkisiyle hem parlamento hem de yargısal merciler üzerinde ağır şekilde hâkimiyet kurmuş bir devlet başkanının varlığına zemin hazırlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Afrika Başkanlık Sistemleri, Afrika Hükümet Sistemleri, Büyük Şefler Demokrasisi, Nijerya Hükümet Sistemi

Abstract: Since the 1960s, after gaining independence from colonial states, African nations have intensively engaged in constitution-making activities and have included their preferences for the government system in their constitutions. While some states have adopted the parliamentary system inherited from colonial times; some others have preferred the presidential system in which a single-headed executive branch is essential. However, it is observed that most of the African constitutions in which the presidential sys-

* Arş. Gör., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, burakerdem@cankaya.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4462-2648, Makalenin Gönderim Tarihi: 07.04.2022, Kabul Tarihi: 01.09.2022

tem is adopted, lack constitutional mechanisms that can make the principle of separation of powers prevails. When factors such as the current political atmosphere, political culture and traditions, and the infeasibility of political participation in the states are added to this negative situation, African presidential systems evolve into systems in which the strong executive branch dominates in practice. The government system of Nigeria, which is one of the most powerful states in the African continent, both politically and economically, is a good example of this argument. Indeed, the Nigerian Constitution, which has been largely deprived of the legal mechanisms that could ensure the balance between the legislative and executive powers, prepares the ground for the existence of a head of state who has heavily dominated both the parliament and the judicial authorities with the effect of the present political conjuncture in the country.

Keywords: African Presidential Systems, Forms of Government in Africa, Big Men Democracy, Form of Government in Nigeria

GİRİŞ

İlk olarak, modern anlamda ilk yazılı anayasa kabul edilen 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası ile ortaya çıkan başkanlık sistemi, ilerleyen süreçte önce Latin Amerika uluslarını etkilemiş, sonrasında ise etkisini bütün dünyaya yaymıştır. 20. yüzyıla gelindiğinde başkanlık sisteminin ortaya koyduğu siyasi yapıdan en çok etkilenen kıta, şüphesiz Afrika olmuştur. Öyle ki başkanlık sistemini benimseyen, günümüzde mevcut devletlerin neredeyse yarısının Sahra Altı Afrika'da konumlandığı gözlemlenmektedir.

Her ne kadar başkanlık sistemini tercih etmiş olsalar da Afrika devletlerinin büyük bir çoğunluğu, ABD örneğinde olduğu gibi yasama ve yürütme organları arasındaki dengeyi sağlamaya elverişli anayasal mekanizmalara hukuk düzenlerinde yer vermemiştir. Tek başlı yürütme organının esas olduğu, yasama ve yürütme organlarının teoride birbirlerinden kesin çizgilerle ayrıldığı bu devletlerde, uygulamada ise oldukça güçlü bir yürütme organıyla karşılaşmakta; başkan eksenli merkezi otorite, birçok durumda parlamento, yerel yönetim organları ve hatta yargısal merciler üzerinde hâkimiyet kurmaktadır.

İki bölümden oluşan bu çalışmanın ilk bölümünde, anayasal düzeyde başkanlık sistemini tercih eden ve hükümet sistemlerini güçlü bir yürütme organı etrafına inşa eden Afrika devletlerin yapısı incelenecek ve bu bağlamda ülkelerde mevcut siyasi atmosfer, seçim sistemleri, siyasi katılım olanakları ile yasama, yürütme ve yargı organlarının birbirleriyle olan ilişkileri genel hatlarıyla ele alınacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise, güçlü bir yürütme organının esas olduğu gerek siyasi gerek ekonomik açıdan kıtanın en güçlü devletlerinden Nijerya'nın hükümet sisteminin, ilk bölümde anlatılan Afrika başkanlık sistemlerinin genel nitelikleriyle ne denli örtüştüğü hususu, somut veriler ve anayasal hükümler ışığı altında irdelenecektir. Sert kuvvetler ayrılığına dayalı başkanlık sisteminde, yasama ve yürütme organları arasındaki dengenin sağlanmasında oldukça önemli işlevleri haiz karşılıklı etkileşim araçlarının Nijerya hukukunda ne şekilde düzenlendiğine ve bunun ülkede mevcut güçlü yürütme organı üzerindeki tesirine de yine bu bölümde ayrıntılı şekilde değinilecektir.

I. AFRIKA BAŞKANLIK SİSTEMLERİ

A. AFRIKA'DA BAŞKANLIK SİSTEMLERİNİ ORTAYA ÇIKARAN TARİHSEL SÜREÇ

İlk kez on sekizinci yüzyıl sonlarında, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın hazırlanış sürecinde ortaya çıkan başkanlık sistemi, bir sonraki yüzyılda bağımsızlığını kazanan Latin ulusları tarafından benimsenerek dünya üzerinde etki doğurmaya başlamıştır. Anayasal sistemlerinin inşasında aydınlanmacı, reformist ve liberal düşünceler ile Kuzey Amerika ve Avrupa devletlerindeki siyasi tecrübelerden büyük ölçüde faydalanmayı hedefleyen Latin milletleri üzerinde en büyük tesire sahip ülke, kuşkusuz Amerika Birleşik Devletleri olmuştur. Henüz genç bir devlet olmasına karşın kuruluş safhasını büyük oranda tamamlaması, bağımsızlık mücadelesini İngiltere gibi güçlü bir sömürgeci monarşiye karşı kazanmış olması olgularıyla birlikte ABD ile Latin devletleri arasındaki coğrafi yakınlık, bu durumun başlıca sebeplerindendir.¹

İkinci Dünya Savaşı sonrası, neredeyse tüm dünyada meydana gelen dekolonizasyon süreciyle beraber sömürgeciliğin sona ermeye başlaması, başkanlık sisteminin evrensel çapta yayılma hızını artırmış ve Afrika kıtasında başkanlık hükümet sistemini benimseyen cumhuriyetlerin doğumuna yol açmıştır. Bu durumun temel nedeni,

¹ Murat Açıl, Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi, On İki Levha, 2018, s. 9-10; Şule Özsoy Boyunsuz, Dünyada Başkanlık Sistemleri, İmge Kitabevi, 2017, s. 79-80.

bağımsızlıklarını henüz kazanan devletlerin, ulusal birliklerini sağlamak ve ekonomik açıdan gelişmek için ihtiyaç duydukları güçlü yürütme organının ancak başkanlık sistemiyle yaratılabileceği düşüncesidir. Öyle ki günümüzde mevcut başkanlık sistemlerinin neredeyse yarısının Sahraaltı Afrika cumhuriyetlerince kullanıldığı gözlemlenmektedir.²

Tıpkı Latin Amerika ülkeleri gibi, Afrikalı devletler de bağımsızlıklarını uzun yıllar süren sömürgecilik geçmişleri sonrası kazanmış olsalar da başkanlık sisteminin tarihsel gelişimi bakımından bu iki kıta arasında birtakım farklılıklar mevcuttur. Bu farklılıklar ise temelde, iki kıtanın geçirdiği sömürgecilik geçmişlerinin benzeşmezliği üzerinde yoğunlaşmaktadır. Gerçekten de Latin Amerika ülkeleri, bağımsızlıklarını 15. yüzyıldan beri süregelen kanlı savaşlar sonucu 19. yüzyılın başlarında kazanmışken; Afrika devletlerinin bağımsızlıklarını kazanma serüveni 20. yüzyılın ortalarına değin sürmüştür. Dolayısıyla, Latin Amerika devletlerinin başkanlık sistemini benimsedikleri dönemde henüz çok yeni bir sistemin varlığından söz edilebilecekken; Afrika uluslarının sistemi kabul ettiği yıllarda ise ortada büyük oranda kuramsallaşmış bir başkanlık sisteminin var olduğundan bahsedilmesi mümkündür.³

Dahası, Afrika kıtasında başkanlık sisteminin kabul edilmiş sürecinde, siyasal sistemin ve hükümet sisteminin ne olacağı yönünde Latin Amerika devletlerinin yaşadığı "ruh arayışı" benzeri bir evreden söz etmek de mümkün değildir. İstisnasız bütün kıta için geçerli olmasa da çoğu Latin Amerika ülkesinde başkanlık sisteminin yapısı, hükümet sistemine dair yapılan uzun tartışmalar sonucu şekillenmiştir. Buna karşın, hükümet sistemi ve siyasi rejim modelleri Afrika'da, muhalif görüşlere fırsat tanımayan bir siyasi atmosfer içerisinde, hızla yapılan anayasalarla hazırlanmıştır. Bunun sonucu olarak ise, yukarıda söz edilen duruma oldukça benzer şekilde, başkanlık sisteminin ilk yılları bakımından Latin Amerika'da, yürütme organının yetki ve

² Jean Blondel, *African Presidential Republics*, Routledge, 2019, s. 4 (African Presidential); Jean Blondel, *The Presidential Republic*, Palgrave Macmillan, 2015, s. 164-165 (Presidential Republic); Goran Hyden, *African Politics in Comparative Perspective*, 2. Baskı, Cambridge University Press, 2013, s. 20; Özsoy Boyunsuz, s. 95.

³ Blondel, *Presidential Republic*, s. 167.

görevlerine ilişkin kuramsallaşmış bir yapıdan bahsetmek olanaklı değilken; yürütme organının egemen olduğu bir başkanlık sistemi modelinin benimsendiği Afrika anayasalarında görece daha belirgin bir sistemden söz etmek mümkün hâle gelmiştir.⁴

Afrikalı uluslar, gerek kolonici devletlere karşı verdikleri silahlı mücadeleler gerek diğer ulus ve kabilelerle yaşadıkları iç savaşlar sonucu bağımsızlıklarını kazanmışlar ve yeni kurulan devletlerinin siyasi sistemlerini de ilk elden dizayn etme yoluna gitmişlerdir. Bu doğrultuda, sömürgecilikten kurtulmak ya da başka bir Afrika devletinden ayrılmak suretiyle bağımsızlığını kazanan her devlet yeni bir anayasa hazırlamış ve birbirlerinden farklı hükümet sistemi tercihlerini de bu anayasalara dâhil etmişlerdir. Sömürgecilik geçmişleri, siyasi konjonktürleri ve nüfuslarının sosyokültürel yapısındaki çeşitlilikler başta olmak üzere birçok faktör bu tercihte önemli rol üstlenmiş, bunun sonucunda kıtada kimi ülkeler Avrupalı devletlerden esinlendikleri parlamenter sistemi benimserken; kimileri ise tek başlı yürütmenin esas olduğu başkanlık sistemini tercih etmişlerdir.

1950'li yılların sonundan itibaren bağımsızlıklarını kazanan Afrika ulusları, yaygın şekilde anayasalar hazırlamaya ve bu anayasalarda başkanlık hükümet sistemine yer vermeye başlasalar da bu girişimler, ne yazık ki demokrasi düşüncesiyle ve anayasacılık hareketleriyle ilişkilendirilebilecek bir boyut kazanamamıştır. Aksine, ortaya koyulan bu icraatlar, Afrika siyasi kültüründeki kişiselleşmiş yönetim anlayışının bir tezahüründen ibaret kalmıştır. Öyle ki birçok Afrika ülkesinde hazırlanan anayasalar, siyasi iktidarı sınırlandırmak şöyle dursun; şiddete dayalı, yozlaşmış ve despotik rejimlerin inşasının önünü açmış ve halkın depolitizasyonuna zemin hazırlamıştır.⁵ Nitekim bahse konu yıllarda devlet iktidarı, devlet başkanlarının kimliklerinden ayrıştırılmamış ve bu kimseler yönetilenler karşısında tıpkı seçilmiş birer Tanrıymışçasına hareket etmişlerdir.⁶

⁴ Blondel, *Presidential Republic*, s. 167.

⁵ Julius O. Ihonvbere, "How to Make an Undemocratic Constitution: The Nigerian Example", *Third World Quarterly*, C. 21, S. 2, 2000, s. 345.

⁶ Özsoy Boyunsuz, s. 95; Abubakar Siddique Mohammed, "The Masquerade Unmasked: Obasanjo and the Third-Term Debacle", içinde *Governance and Politics in Post-Military Nigeria*, (Ed. Said Adejumobi), Palgrave Macmillan, 2010, s. 173-174.

1990'lı yılların başında Afrika kıtasında egemen olan demokratik reform dalgasına karşın başkanlık sistemini benimseyen çoğu ülkede, güçlü bir yürütme organını ve baskın bir başkanı mümkün kılan anayasal çerçeve ve ilkeler sabit kalmıştır. Kenya, Kamerun, Zambiya ve Angola başta olmak üzere birçok Afrika ülkesinde, “büyük şefler/adamlar demokrasisi (*big men democracy*)” şeklinde adlandırılan, tek ya da baskın parti iktidarıyla beraber gücün başkanda toplandığı yönetim biçimleri ortaya çıkmıştır. Siyasi iktidarın merkezîyetçi şekilde, tek elde toplandığı bu gibi sistemlerde anayasalarca devlet başkanlarına tanınan yetkilerin yasama organını ciddi biçimde zayıflattığı ve hatta kimi hâllerde istifa etseler dâhi başkanlarının siyasi gücünü sürdürmesine olanak tanıdığı siyaset bilimcileri tarafından ileri sürülmektedir.⁷

Çalışmanın bu bölümünde, Afrika ülkelerince benimsenmiş başkanlık sistemlerinin genel yapısından ve bu yapının uygulamada ortaya çıkardığı, “büyük şefler demokrasisi” adı verilen siyasi konjunktürden genel hatlarıyla bahsedilecek; bu doğrultuda, hükümet sistemlerince şekillendirilen seçim sistemleri ile devlet organlarının niteliklerinden de kısaca söz edilecektir.

B. AFRIKA BAŞKANLIK SİSTEMLERİNİN GENEL YAPISI

1. Afrika'da Güçlü Yürütme Organını Ortaya Çıkaran Temel Etmenler

Afrika devletlerinde, diğer kuvvetlere kıyasla yürütme organının aşırı güçlenerek egemen hâle geldiği başkanlık sistemlerinin ortaya çıkmasının temel nedeninin, Afrika siyasi kültüründe hâlihazırda var olan “*kabile şefine itaat*” geleneği olduğu haklı şekilde ileri sürülebilecekse de bu husus tek başına, başkanlık sisteminin Afrika'daki yapısını açıklamak için kâfi değildir. Zira başta sömürgecilik altında geçirdikleri uzun seneler olmak üzere diğer birçok siyasi ve sosyokültürel etmen, Afrika devletlerinin hükümet sistemlerinin gelişiminde önemli roller üstlenmiştir.⁸

⁷ Oda van Cranenburgh, “‘Big Men’ Rule: Presidential Power, Regime Type and Democracy in 30 African Countries”, *Democratization*, C. 15, S. 5, s. 952-953; Blondel, *Presidential Republic*, s. 169.

⁸ Özsoy Boyunsuz, s. 98.

1900'lü yılların başından itibaren sömürgeci devletlerce çizilen siyasi sınırlar, kıtada Batılı devletlerce tanınan birçok ülkenin oluşmasına zemin hazırlamış olsa da bu sınırlar, tarih boyunca varlığını sürdüren geleneksel Afrika devletleriyle örtüşmemektedir. Tarihsel süreci dikkate almayan, suni sınırların varlığı, bağımsızlığını henüz kazanan eski sömürge devletlerde dini inanç, dil veya kültür bakımından derin farklılıklar taşıyan kabilelerden ortak bir ulus yaratma problemini doğurmuştur. Etnisite ve kabilelere bölünmüş Afrika ülkelerindeki uluslaşma sürecindeki başarısızlık, alt kimliklere dayalı siyasi üslup ve siyaset tarzını beslemiş, bu durum ise Afrika'da baskıcı ve sert bir yönetimin doğumuna neden olmuştur.⁹

Benzer şekilde sömürgecilik, kıta genelinde, devlet yönetimiyle ilgili siyasi kültür ve gelenekler ile idari teşkilatlara ilişkin kurumsal devamlılıkları ortadan kaldırmıştır. Farklı kabile kültürlerine bağlı olarak, Afrika devletlerinde ortak siyasi kurum ve geleneklerin bulunmamasının yanı sıra sömürgeci devletlerce Batı medeniyetinden uyarlanan siyasi müessese ve teşkilatlar da ülke kültürüne yabancı kalarak bu kültüre uyum sağlayamamıştır. Etkin ve güçlü siyasi mekanizmaların yokluğu, Afrika'da hukukun ve siyasetin kurumsal bir çerçeveye içerisinde düzenlenememesine yol açmış ve dolayısıyla bu kural ve kaideler bir noktadan sonra devlet başkanlarının buyruklarıyla şekillenmeye başlamıştır. Bu menfi vaziyete ek olarak Afrikalı uluslarca, siyasi kurumsallaşmaya esas arz edebilecek politik kuram ve yaklaşımlar da ortaya atılmadığından, bağımsızlık sonrası yönetimi ele geçiren siyasetçiler, iktidarı şahsi otoritelerine bağımlı olarak kullanmaya başlamışlardır.¹⁰

Son olarak, Afrikalı devletlerin bağımsızlıklarını ancak yirminci yüzyılın ikinci yarısında kazanabilmeleri, henüz yeni kurulmuş Afrika ülkelerinde başkanların siyasi yaşama yoğun şekilde hükmetmeleri sonucunu doğurmuştur. Sömürgecilik ve yoksullukla geçen asırlar, kıtayı güncel siyasi gelişmelerden izole ederek Afrika halklarının demokratik ilkelerden soyutlanmış bir dünyada yaşamalarına neden olmuştur. Bunu fırsat bilen Afrikalı yöneticiler, çoğu zaman ordu des-

⁹ Özsoy Boyunsuz, s. 98.

¹⁰ Blondel, Presidential Republic, s. 177-178; Özsoy Boyunsuz, s. 98.

teğini de arkalarına alarak uzun seneler devlet başkanlığı makamını işgal etmiş ve böylelikle siyasi hayata egemen olmuşlardır.¹¹

2. Afrika Başkanlık Sistemlerinin Ortak Özellikleri

Bahsedildiği üzere, başkanlık sistemini benimseyen Afrika devletlerinde, uygulamada genellikle yürütme organının yasama aleyhine sonuç doğuracak nitelikte, baskın yetkilerle donatıldığı bir hükümet sistemi ve büyük şefler demokrasisi olarak adlandırılan bir siyasi atmosfer ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, peşinen altını çizmek gerekir ki Afrika'da başkanlık sistemini benimseyen ülkelerin yapısal özellik ve niteliklerini, "*Afrika tipi başkanlık sistemi*" benzeri adlar altında üstünkörü genellemelere tâbi tutmak, her daim doğru sonuçlar vermemektedir. Zira II. Dünya Savaşı'ndan günümüze değin uzanan süreçte, başkanlık sistemiyle yönetilen ülkelerde oldukça farklı sosyal, kültürel, ekonomik, siyasi veya askeri olay ve olgular vuku bulmuş ve bu durum, teoride birbirlerine bir hayli yakın görünseler de pratikte birbirlerinden oldukça uzak neticeler doğuran hükümet sistemlerinin varlığına sebebiyet vermiştir. Gerçekten de kimi Afrika ülkelerinde, hukuka uygun ve güvenilir şekilde gerçekleşen siyasi seçimler, siyasi partiler arasında iktidar değişimini mümkün kılmış ve bunun sonucunda demokratik açıdan görece gelişmiş devlet ve sistemlerden söz edilmeye başlanmıştır. Bunun yanı sıra siyasi katılım alanlarının insan haklarına ve evrensel hukuk ilkelerine riayet edilmek suretiyle genişletilmesi, medya organlarına geniş bir basın özgürlüğü alanı tanınması ya da çeşitli gerekçelerle ekonomik açıdan ilerleme kaydedilmesi gibi faktörler, kimi ülkelerde siyasi yapının demokratik ve verimli biçimde işleyebilmesine olanak tanımıştır.¹²

Buna karşın, birçok Afrika devleti hukuki, siyasi ya da ekonomik gelişme yaşamak şöyle dursun hâlihazırda anayasal düzlemde var olan siyasi kazanımları dâhi koruyamayacak vaziyettedir. Bu açıdan geçmişten bugüne birçok Afrika ülkesinde, tek parti rejimi eğilimini yansıtan geniş çaplı seçim hileleri yaşanmış ve hemen hemen her

¹¹ Blondel, Presidential Republic, s. 181.

¹² Said Adejumbi, "Democracy and Governance in Nigeria: Between Consolidation and Reversal", içinde Governance and Politics in Post-Military Nigeria, (Ed. Said Adejumbi), Palgrave Macmillan, 2010, s. 1; Ihonvbere, s. 345.

seçim döneminde etnik gruplar arası çatışmalar meydana gelmiştir. Dahası, seçimler sonrası yürütme organı özelinde yaşanan gücün yoğunlaşması ile kişiselleştirilmesi olguları, daha büyük krizler ortaya çıkarmış ve bunun sonucunda bazı ülkelerde tıpkı hanedanlık sistemlerinde olduğu gibi iktidarın devlet başkanından altsoya devredildiği dahi gözlemlenmiştir.¹³

Dolayısıyla, istisnai birkaç müspet örnek kenara bırakıldığında, başkanlık sistemini benimseyen Afrika devletlerinin hemen hepsinin gerek hukuken gerek fiilen birtakım benzer özellikler taşıdığı ifade edilebilecektir. Başkanlık sisteminin benimsendiği Afrikalı devletlerde öne çıkan bu özellikleri, “*siyasi atmosfer*”, “*siyasi seçimler ile siyasi katılım olanakları*” ve yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının birbirleriyle olan ilişkilerini açıklamak amacıyla “*devlet organları arasındaki ilişkiler*” olmak üzere üç temel başlık altında ele almak mümkündür.

a. Siyasi Atmosfer

Afrikalı devlet başkanları, seçimle kazandıkları siyasi gücü, kendi kişilik ve kimlikleriyle bütünleştirmekle yetinmemiş, bu gücü aynı zamanda şahsi güç ve refah elde etmenin bir aracı olarak da kullanmışlardır. Afrika’da ekonomik zenginlik ile siyaset arasındaki bağ giderek öylesine iç içe geçmiştir ki Afrikalı halklar, yalnızca yönetenlerin anti-demokratik tutumlarıyla değil; aynı zamanda iktidarda bulunanların birbirlerini saf dışı bırakmak amacıyla giriştikleri politikalarla da baş etmek zorunda kalmışlardır. Bu nedenle, Afrika ülkelerindeki siyasi iktidar çatışması zamanla, siyasi gücü kontrol eden ve ne pahasına olursa olsun gücü kaybetmek istemeyenler ile gücü yönetenlerden alarak kişisel çıkarları uğruna kullanmak isteyenler arasındaki bir otorite mücadelesine dönüşmüştür.¹⁴

Devlet başkanlığı makamını tıpkı tahtlarıymışçasına işgal etmekte herhangi bir beis görmeyen kimi Afrikalı başkanlar, kişisel çıkarları doğrultusunda gerçekleştirdikleri yolsuzluklar, buna bağlı ortaya çıkan ekonomik krizler ya da kontrolleri dışındaki diğer etmenler sebebiyle meşruiyetlerini kaybetmeye başladıkça siyasi hayatta kalmaya devam etmek amacıyla otoritelerini güçlendirmenin başkaca yollarını

¹³ Adejumobi, s. 2.

¹⁴ Mohammed, s. 174.

aramaya başlamışlardır. Liderler bu maksatla, halkın zihninde birbirlerine karşı düşmanlık, kin, nefret yahut iktidara yönelik güven, destek ve memnuniyet uyandırma potansiyelini haiz mitolojik öğelerle iktidarlarını güçlendirme eğilimine girişmişlerdir. Halk nazarında önem taşıyan tarihi eylem ve olaylara sembolik referanslarla iktidarlarında yer vermektен geri durmayan devlet başkanları, benimsedikleri unvan ve takma adlarla da meşruiyetlerini sağlama almaya çalışmışlardır. Bu bakımdan örneğin, otuz iki yıl boyunca Zaire'nin -günümüz adıyla Demokratik Kongo Cumhuriyeti- devlet başkanlığı görevini üstlenen *Mobutu Sese Seko*, "rehber" unvanını kullanmış; Sierra Leone'nin yolsuzluklarıyla ünlü eski lideri *Siaka Stevens*, zaman zaman kendisinden "*Pa (Baba) Shaki*" olarak bahsetmiş; Nijerya'nın asker kökenli devlet başkanı *Olusegun Obasanjo*'dan ise sıklıkla "*Baba/modern Nijerya'nın babası*" şeklinde söz edilmiştir. Bilhassa doğu toplumlarında baba figürünün sürekliliği, hesap vermezliği ve dokunulmazlığı, kuşkusuz bu sıfatların tercih edilmesindeki en önemli faktörlerdendir.¹⁵

Sömürgecilik sonrası bağımsızlığını kazandıktan sonra hükümet sistemi olarak başkanlığı benimseyen Afrika devletlerinde, devlet başkanlarının genellikle asker kökenli olmaları dikkat çekmektedir. Bağımsızlık mücadelesinde ve sürecin devamında yaşanan iç savaş esnasında etkin ve önemli roller üstlenen askerler, alışlagelmiş güç anlayışının da etkisiyle, kurumsallaşan ve anayasallaşan bir yöntem izlemek yerine kişisel iktidarlarını tesis etme yoluna gitmişlerdir. Kıtada mevcut birçok anayasanın varoluş amacının iktidarı sınırlandırmak yerine yetkilendirmek olduğu düşünüldüğünde, bu tür rejimlerin anayasal rejimler yerine "anayasalı rejimler" olduğunu ileri sürmek rahatlıkla mümkündür.¹⁶

Siyasi kurumların zayıflığı sebebiyle Afrikalı devlet başkanları, politik zafer elde edebilmek maksadıyla çeşitli kişi ya da kurumlarla karmaşık ilişkilerde bulunmaktadırlar. Bu bakımdan, seçim zamanı sandıklardan elde etmeleri muhtemel olmayan desteği kazanmak amacıyla, politik liderlerin sıklıkla devlet kaynaklarını finansman olarak kullandıkları gözlemlenmektedir. Zira siyasi liderler, her yönden gergin bu siyasi atmosfer içerisinde çeşitli çıkar gruplarını ancak

¹⁵ Mohammed, s. 175.

¹⁶ Özsoy Boyunsuz, s. 96.

patron-müşteri ilişkisi aracılığıyla bir arada tutabilmekte ve yönetebilmektedirler. Lâkin kimi zaman başkanlar, ilgili çıkar gruplarıyla patronaj ilişkisini kurmada yahut hâlihazırda süregelen bu ilişkiyi devam ettirmede yeteri kadar başarılı olamamaktadırlar. Bu tür durumlara billhassa, siyasi seçimler sonucunda yahut darbe, ayaklanma, iç savaş gibi olağandışı nedenlerle gerçekleşen devlet başkanı değişikliklerinde rastlanılmaktadır. Çeşitli gerekçelerle, göreve yeni gelen başkan, patronaj ağını dilediği tarzda yaratamadığından baskı grupları arasında istikrarsızlık ve güvensizlik ortamı doğmakta; iktidarı bakımından bir hayli menfi sonuçlara gebe bu ortamı ortadan kaldırmak gayesiyle ise başkan, siyasi otoritelerce Afrika'da demokrasinin önündeki en büyük engellerinden birini teşkil ettiği düşünülen şiddet kullanımına başvurmaktadır.¹⁷

Sahraaltı Afrika ülkelerindeki başkanlık sistemlerinin uygulamada karşılaştığı temel sorunlardan bir diğeri ise askeri darbelerdir. Bağımsızlıklarını kazandıkları tarihten bu yana birçok Afrika ülkesinde sayısız devlet başkanı, gerçekleştirilen askeri darbeler neticesinde görevlerinden uzaklaştırılmıştır. Öyle ki yürürlükteki hükümet sisteminde devlet başkanının tek başına egemen olduğu yirmi iki Batı Afrika devletinin on beşinde, kurucu başkanlar askeri darbe sonucu görevlerinden ayrılmak zorunda bırakılmışlardır.¹⁸

b. Siyasi Seçimler ve Siyasi Katılım Olanakları

Afrika tipi başkanlık sistemlerinin genel bir özelliği, siyasi seçimlerin hemen hemen hiçbir durumda, hukuka tam anlamıyla uygun biçimde gerçekleştirilememiş oluşudur. Seçimlerin genel yönetim ve denetimini gerçekleştirmekle görevli kurumların, işlevsel ve bağımsız şekilde hareket edememesinin de etkisiyle, Afrika'da rekabetçi, özgür ve adil seçimlerin gerçekleştirilebilmesi çoğu zaman imkânsız bir hâl almıştır.¹⁹ Bunun doğal sonucu olarak ise, başkanlık sistemini benimseyen birçok Afrika ülkesinde başkanlık makamının ancak ölüm, has-

¹⁷ Mohammed, s. 175-176.

¹⁸ Başkanlık sistemini benimseyen Afrika ülkelerindeki meydana gelen askeri darbeler hakkında detaylı bilgi için bkz. Blondel, *Presidential Republic*, s. 188-204.

¹⁹ Konuya ilişkin detaylı örnekler için bkz. O'Brien Kaaba, "The Challenges of Adjudicating Presidential Election Disputes in Domestic Courts in Africa", *African Human Rights Law Journal*, C. 15, S. 2, 2015, s. 334 vd.

talık, yaşlılık gibi doğal olaylar sonucunda yahut askeri darbe ve halk ayaklanması gibi sosyopolitik eylemler neticesinde el değiştirebildiği gözlemlenmektedir.²⁰

Başkanlık sisteminin benimsenmeye başlandığı 1960'lı ve 70'li yıllarda, Afrika ülkelerinde gerçekleşen siyasi seçimler, yukarıda söz edilen durumun vahametini ortaya koyar niteliktedir. Öyle ki kıtada altmışlı yıllarda yapılan yirmi altı seçimin yalnızca ikisinde başkan karşısında gerçek bir aday bulunmuş; istisnai örnekler haricinde başkan, rakiplerine karşı seçim kaybetmemiştir. Buna karşın, her ne kadar seçimler sonucu başkanlık makamında herhangi bir değişiklik yaşanmamış olsa da bu süreçte, iktidarını hukuki yollardan terk etmeyen devlet başkanlarının neredeyse dörtte üçü suikast, ayaklanma ya da askeri darbeler sonucu zorunlu olarak iktidarlarını devretmek durumunda kalmışlardır.²¹

1990'lı yıllara değin yoğun şekilde etkisini sürdüren bu siyasi atmosfer, kısmen de olsa etkisini gösteren anayasacılık hareketlerinin de tesiriyle yavaş yavaş dağılmaya başlamıştır. Olağanüstü sebepler yerine seçim, istifa ya da ölüm gibi sebeplerle görev ve yetkilerini yeni başkanlara devreden liderlerin sayısı bir hayli artmış, iktidarın kullanımında şiddet yöntemlerine başvurma oranı ise epey azalmıştır. Lâkin tekrardan altını çizmek gerekir ki bahse konu anayasacılık hareketlerini Batıdaki türdeşleriyle eşdeğer tutmak, anayasa hukuku doktrini açısından çok da doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Zira önceden de değinildiği üzere, Afrika kıtasında günümüze yakın tarihlerde vuku bulan anayasacılık hareketleri, devlet iktidarını sınırlandırarak temel hak ve özgürlükleri korumak gayesinden ziyade kuvvetlerin yürütmede birleştirilmesi suretiyle güçlü bir yürütme organı yaratmak amacına özgülendiğinden Batılı ve modern anlamda anayasacılık hareketleriyle ilişkilendirilmesi, hatalı bir nitelendirme olacaktır.²²

Afrika ülkelerindeki başkanlık sisteminin tek adam egemenliği üzerinde yoğunlaşan yapısı, bu coğrafyadaki siyasi katılım olanaklarıyla da yakından ilgilidir. Çoğu Afrika devletinde siyasi katılım kültürünün ya da bu kültürü geliştirebilecek, üzerinde genel çapta uz-

²⁰ Mohammed, s. 175.

²¹ Özsoy Boyunsuz, s. 99.

²² Özsoy Boyunsuz, s. 99; Ihonvbere, s. 346.

laşya varılmış hukuk kurallarının mevcut bulunmaması genellikle, bireylerin demokratik çerçevede yönetme hakkı kazanmak ya da hükümetin politikalarını etkilemek amacıyla siyasete girememesi neticesini doğurmaktadır. Halk kitlelerinin yoğun katılımından uzak Afrika siyaseti bu nedenle, daha ziyade baskı, şiddet ve zorlama olguları etrafında şekillenmektedir. Modern devletlere kıyasla, yürütme erkini hukuki sınırlarına ilişkin var olan az sayıdaki hukuk kuralından dâhi kendilerini üstün tutan yöneticilerin kanun tanımaz tutumları da eklendiğinde, Afrika kıtasındaki başkanlık sistemleri ekseriyetle, *neopatrimonyalizm*²³ tartışmaları etrafında şekillenen hükümet sistemlerine evrilmektedir.²⁴

Siyasi katılım imkânlarının yetersizliğinin bir diğer sonucu, siyasi iktidarın uyacağı temel kaide ve esasların belirlendiği anayasal ve yasal hükümlerin, Afrika'da kamusal tartışmalara yok denecek kadar az konu olmalarıdır. Genellikle siyasi elitlerce tepeden inme şekilde ya da manipülasyona bir hayli açık, aceleci ve göstermelik halk oylamalarıyla hazırlanan bu tür anayasalar, uygulanma safhalarında da hileli yöntemlerle toplumsal tartışmaların uzağında bırakılmaktadırlar. Dahası, insani gelişme endeksi bakımından oldukça düşük seviyelerde bulunan kimi ülkelerde, halkın büyük bir bölümü anayasa kavramından ne anlaşılması gerektiğinden dahi bihaberdir. Bu sebeple, istisnai örnekler haricinde, Afrika devletlerinde anayasalar, demokrasi hakkında olumlu icraatlar yapıldığına dair uluslararası toplumu ikna etmek amacıyla yapılan tartışmalar dışında, halktan soyutlanan metinlerden ibaret olmaktadır.²⁵

Başkanlık sistemini benimseyen Afrika devletlerinin genelinde görülen bir diğer temel nitelik ise, kuruluş dönemlerinde tek parti sisteminin mevcut olmasıdır. Gerçekten de Latin Amerika devletlerinden

²³ Sömürgecilik sonrası kurulan Afrika cumhuriyetlerinde yaygın şekilde görülen neopatrimonyalizm uygulaması, bir nevi "patron-müşteri" ilişki altında, devlet kaynaklarının siyasette etkin kişi ve kurumlara tahsis edilmesi suretiyle devlet başkanının siyasi nüfuzunun güvence altına alınması anlamına gelmektedir. Nicholas Cheeseman/Eloïse Bertrand/Sa'eed Husaini, *A Dictionary of African Politics*, Oxford University Press, 2019. www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780191828836.001.0001/acref-9780191828836 (Erişim Tarihi: 04.04.2022).

²⁴ Hyden, s. 98; Mohammed, s. 175.

²⁵ Ihonvbere, s. 346; Tom Syring, "Alternation Denied: Africa's Presidential 30+ Club," *ILSA Journal of International and Comparative Law*, C. 23, S. 2, 2017, s. 318.

farklı olarak, bağımsızlığını kazanan Afrika devletlerinin çoğunda, tıpkı komünist rejimlerde olduğu gibi tek parti sistemi varlık kazanmıştır. Günümüzde hemen hemen tüm Afrika ülkelerinde terk edilmiş olsa da tek parti sistemi, “seçim” ile “siyasi parti” gibi görünürde var olan demokratik unsurlarla otoriter yönetim yapısını oldukça iyi bir biçimde harmanladığından, kuruluş dönemindeki çoğu Afrika ülkesinde benimsenmiştir.²⁶

1990’lı yıllarda Kıta genelinde yayılan demokratikleşme dalgasının ve antidemokratikliği yönünde sisteme getirilen ağır eleştirilerin etkisiyle birçok devlette tek parti sistemi terk edilmeye başlanmıştır. Bununla beraber bu durum, Afrika devleti anayasalarında ve kanuni düzenlemelerinde seçme ve seçilme hakkının gereği gibi tanındığı; uygulamada ise çoğulcu demokrasi anlayışının egemen olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Her ne kadar Afrika’da tek parti sisteminin vazgeçilmişse de katılımcı bir demokrasiye geçilememiş, birçok ülkede ya baskın (hâkim) parti ya da iki parti uygulamalarıyla karşılaşmıştır.²⁷ Örneğin, uzun yıllar yalnızca iç savaştan galip çıkan siyasi partinin mevcut bulunduğu, eski bir Portekiz sömürgesi olan Angola’da, bir süre sonra başka siyasi partilerin kurulup seçimlere girebilmesine imkân tanınması, iktidar partisi aleyhine pratikte pek de menfi neticeler doğurmamıştır. Tek parti sisteminin, baskın parti sistemine evrildiği ülkede, 1979’dan beri devleti yöneten Başkan *José Eduardo dos Santos* 2017 yılına kadar, tam otuz sekiz sene iktidarda kalmış ve devlet başkanlığı görevini yine partisinden başka bir isme devretmiştir.²⁸

c. Devlet Organları Arasındaki İlişkiler

Afrika kıtasındaki birçok başkanlık sistemi, yasama organının etkisiz kılındığı anayasal kuralların varlığı sayesinde parlamentonun izni ya da onayı olmaksızın başkanın kritik kararlar almasına imkân

²⁶ Blondel, Presidential Republic, s. 204-205, M. A. Mohammed Salih, “The Changing Governance Role of African Parliaments”, içinde African Parliaments Between Governance and Government (Ed. M. A. Mohammed Salih), Palgrave Macmillan, 2005, s. 10.

²⁷ Blondel, Presidential Republic, s. 208; Salih, s. 12-13.

²⁸ Syring, s. 319.

sağlamaktadır.²⁹ Bu bakımdan örneğin, yasama ve yürütme organları arasındaki dengeyi sağlayacak unsurlar bulunmaksızın, anayasalarca devlet başkanlarına tanınan atama yetkileri, nepotizm ağının parçası olan kimseleri önemli yasama pozisyonlarına atama fırsatı tanıyarak başkanın parlamento karşısında dengesiz biçimde güçlenmesine olanak tanımaktadır.³⁰ Benzer şekilde, kıtanın birçok ülkesinde başkanlara tanınan kanun gücünde kararname çıkarma, kanun değişikliği önerisi verme ya da anayasa değişikliği teklifi sunma gibi yetkiler de yürütme organının yasama organı karşısında güçlenmesinin yolunu açmaktadır.³¹

Bilhassa tek parti veya hâkim parti sisteminin esas olduğu başkanlık sistemlerinde, parlamentonun yürütme organı karşısındaki dezavantajlı konumu çok daha rahat biçimde gözlemlenebilmektedir. Seçim sonrası, seçmenlere olan sadakatin yavaş yavaş partiye sadakat anlayışına evrildiği bu tür parlamentolar, yasama ve yürütme kuvvetleri arasında, teoride var olan fren ve dengeleme mekanizmalarını uygulamaya geçirmede dâhi bir hayli yetersizdir. Devlet başkanı ve iktidar partisi yönetiminin yoğun denetimi altında olan parlamenterlerin, yürütmeyi denetlemek bir yana; bizzat yürütme organının talep ettiği kanunları yürürlüğe koymakla görevli oldukları kabul görmektedir. Dolayısıyla bu nitelikteki parlamentoların halkın egemenliğinin bir tezahürü yerine egemen seçkinlerin ve temsil ettikleri otoriter rejimin bir görünümünden ibaret oldukları ileri sürülmektedir.³²

Liberal demokrasiden uzak, Afrika tipi başkanlık sistemlerinde başkan her ne kadar kararname çıkarma, meclisi feshetme ya da önemli atamalar yapma gibi yetkilere çoğu zaman tek başına sahip olsa da bu durum, yasama organı seçimlerine verilen önemi azaltmaktadır. Zira tek adam egemenliğinin esas olduğu bu gibi otoriter sistemlerde başkan, yasama organının kontrolünü sağlamayı ve parlamento üzerinde egemenlik kurabilmeyi de amaçlamaktadır. Bunun

²⁹ Nicholas van de Walle, "Presidentialism and Clientelism in Africa's Emerging Party Systems", *The Journal of Modern African Studies*, C. 41, S. 2, 2003, s. 309; Özsoy Boyunsuz, s. 96.

³⁰ van Cranenburgh, s. 953; Özsoy Boyunsuz, s. 96-97.

³¹ Özsoy Boyunsuz, s. 119-120.

³² Salih, s. 11-12.

yanı sıra Batılı devletlere karşı, ülkede çok partililiğin esas olduğu ve çoğulcu demokrasi anlayışına uygun seçimlerin yapıldığı izlenimini vermek de parlamento seçimlerinin en azından görünürde gerçekleştirilmesinin bir diğer sebebidir.³³

Başkanlık sisteminin tercih edildiği birçok ülkede, devlet başkanına kimi yargısal atama yetkileri tanındığı gözlemlense de yargı bağımsızlığının temini yönündeki yoğun endişeler, pratikte bu yetkinin daha kısıtlı alanlarda ve diğer organların katılımıyla kullanılması sonucunu doğurmaktadır. Buna karşın, özellikle anayasacılık fikrinin yayılmaya başladığı doksanlı yılların öncesinde Afrika kıtasında, yargı bağımsızlığı açısından oldukça menfi neticeler doğuran olaylarla karşılaşılmaktaydı. Öyle ki kolonci devletlere karşı kazanılan bağımsızlık sonrası birçok başkan, siyasi otoritesinin önündeki en büyük engellerden gördüğü yargı organının gücüne son vermek istemiştir. Kıta genelinde, hukuksal ya da hukuk dışı yöntemler vasıtasıyla mahkemelerin bağımsızlığına engel olunmuş, dikta rejimine boyun eğmeyen sayısız yargıç meslekten atılmış ve hatta kimi ülkelerde acı şekilde öldürülmüştür.³⁴

Doksanlı yıllar sonrasında kıta genelinde yayılan demokratikleşme dalgasıyla birlikte yargı bağımsızlığını sağlamak maksadıyla çeşitli hukuki mekanizmalar kurulmaya başlansa da bu çabalar, yargı organını yürütmeden bütünüyle bağımsız bir konuma yerleştirmede tam anlamıyla yeterli olamamıştır. Batılı devletlerde yargı bağımsızlığının elde edilme sürecinde halkın da yoğun katılımıyla yaşanan çatışma ve gelişmelerin aksine; Afrika'da yargı bağımsızlığı, dış devletlerden gelen reform baskısı sonucunda anayasal değer kazanmaya başlamıştır. Ekonomik yardım ve dış yatırım alabilmek amacıyla, yargı bağımsızlığını mahkemelere bir lütufmuş gibi sunan Afrika başkanlarının bu tavrı, yargı bağımsızlığı ilkesinin ekseriyetle kâğıt üzerinde kalması neticesini doğurmuştur.³⁵

Yukarıda söylenenlere ilaveten, Afrika toplumlarının sosyolojik yapısının, ekonomik refah seviyesinin ve diğer kimi kültürel etmen-

³³ van de Walle, s. 311.

³⁴ H. Kwasi Prempeh, "African judges, in their own cause: Reconstituting independent courts in contemporary Africa", *International Journal of Constitutional Law*, C. 4, S. 3, 2006, s. 594; Özsoy Boyunsuz, s. 158.

³⁵ Prempeh, s. 595; Özsoy Boyunsuz, s. 158.

lerin de yürütmenin yargı üzerindeki tahakkümünün temel sebeplerinden olduğu söylenebilecektir. Yargı organlarının kilit pozisyonlarına yürütmece yapılacak atamalarda, ülkelerdeki çok kültürlü etnik yapı ile doğurduğu kırılğan siyaseti göz önüne alma mecburiyeti hâsıl olmakta ve tek parti döneminden miras kalan, nepotizm eksenli davranış kalıpları bu atamaların zeminini oluşturmaktadır. Rejim karşıtı muhalif kesimin ve yargı bağımsızlığının sağlanmasında önemli bir işlev gören baroların kendi içlerindeki çekişme ve kavgaları ile beraber, mahkemeye erişimde yaşadıkları sıkıntılar sebebiyle yoksul halk kitlelerinin adalete inancının kalmaması, yargı organına karşı yürütmece gerçekleştirilen müdahalelerde kamuoyu tepkisinin oluşmamasına yol açmaktadır. Son olarak, genellikle özerk bütçeleri bulunmayan yargı organları, boğuştukları ciddi finansal sorunlar sebebiyle sıklıkla yürütme organıyla irtibat hâlinde bulunmak ve bunun sonucunda yürütmenin hükümlerine altına girmek mecburiyetinde kalmaktadırlar.³⁶

Afrika'daki başkanlık sistemlerinin, iktidarın tek güçlü politik figür olan başkanın etrafında yoğunlaşan yapısı, yalnızca güçler dengesini yasama ve yargı aleyhine sarsmakla kalmamakta, bunun yanı sıra yerel yönetimleri de merkezi otorite lehine oldukça dezavantajlı bir konuma getirmektedir. Kamusal gelirler çoğunlukla başkanın ikamet ettiği başkentlere aktarılmakta; bütçesel bakımdan merkez, çevre yerleşim yerlerine kıyasla bir hayli kârlı durumda bulunmaktadır. Öyle ki, merkezi hükümete hizmet etmeyen kamu görevlilerinin oranı, başkanlık sisteminin benimsendiği Asya ülkelerinde %25, Latin Amerika devletlerinde ise %50 civarında iken; bu sayı birçok Afrika ülkesinde yalnızca %2-3 seviyelerinde kalmaktadır.³⁷

Dahası, başkanlık sistemini benimseyen kimi Afrika devletlerinde, kamu görevlilerinin 1/6'sının yalnızca başkanlık ofisine hizmet ettiği gözlemlenmektedir. Keza gerek yerel yönetimler gerek merkezi yönetimdeki diğer politik figürler aleyhine, başkanı ekonomik açıdan ciddi biçimde kayıran bu yaklaşım, hükümet sisteminin pratikte tek adam rejimine evrilmesinin bir diğer nedeni olarak gösterilmektedir.³⁸

³⁶ Özsoy Boyunsuz, s. 159; Prempeh, s. 595-596.

³⁷ van de Walle, s. 310.

³⁸ van de Walle, s. 310.

II. GÜÇLÜ YÜRÜTME ORGANINA SAHİP BİR BAŞKANLIK SİSTEMİ ÖRNEĞİ: NİJERYA

A. NİJERYA'DAKİ HÜKÜMET SİSTEMİNİN YAPISI VE GENEL NİTELİKLERİ

1960 yılında kazanılan bağımsızlık sonrası, 1963 yılında resmi yönetim şekli olarak cumhuriyetin ilan edildiği Nijerya'da, hâlen yürürlükte olan 1999 Anayasası'nın hazırlanışına değin demokratik yönetim, iç savaş ve askeri darbeler sonucu çok sayıda kesintiye uğramıştır. Ülkede ilk askeri darbe 1966 senesinde, cumhuriyetin henüz üçüncü yılında gerçekleşmiş ve darbe neticesinde Nijerya'nın ilk ve tek başbakanı *Abubakar Tafawa Balewa* öldürülmüştür. İlk askeri darbeyi izleyen yıllarda, Batılı devletlerin farklı taraflara verdiği siyasi desteğin de tesiriyle kanlı iç savaşlar yaşanmış ve yine çok sayıda askeri darbe meydana gelmiştir. Nijerya'da cunta yönetimi 1979 yılında, dört senelik kısa bir süre için son bulmuş ve ülkede başkanlık sisteminin benimsendiği sivil bir yönetime geçilmiştir. 1983 senesinde yaşanan askeri darbe sonucu sivil yönetim tekrar kesintiye uğramış ve tam 16 sene sonra, 1999 Anayasası'nın hazırlanmasıyla iktidar yeniden sivil yönetime devredilmiştir.³⁹ Kısacası, 1999 yılına dek, oldukça kısa süren istisnai zaman dilimleri dışında Nijerya, askeri darbeye başa gelen generallerin yine askeri darbeler sonucu devrildiği ve cunta iktidarının farklı kişiler arasında sürekli biçimde el değiştirdiği bir devlet yönetimine sahip olmuştur.

Her iki devlette var olan federal devlet yapısının da etkisiyle, günümüz hükümet sisteminin inşasında büyük ölçüde Amerika Birleşik Devletleri başkanlık sisteminden esinlenen Nijerya'da, bağımsızlık sonrası ilk olarak parlamenter sistem tercih edilmiştir. Bununla birlikte, yaşanan politik gelişmelerin de tesiriyle, ülkeye sömürgecilik döneminden miras kalan *Westminster* sistemi terk edilmiş ve merkezi yönetimde güçlü bir yönetim yaratmaya elverişli olduğu düşünülen

³⁹ Christopher C. Mojekwu, "Nigerian Constitutionalism", *NOMOS: American Society for Political and Legal Philosophy*, C. 20, 1979, s. 168-171; Emmanuel Remi Aiyede, "Legislature-Executive Relations in Nigeria's Emergent Presidential Democracy", *UNILAG Journal of Politics*, C. 2, S. 1, 2005, s. 64-65; Murat Bilgin, "Afrika'da ABD Tipi Başkanlık Sistemi: Nijerya Federal Cumhuriyeti", içinde *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri Başkanlık Sistemi: ABD, Arjantin, Azerbaycan, Brezilya ve Nijerya Örnekleri*, TBMM Araştırma Merkezi Yayınları, No. 7, 2015, s. 226-229.

başkanlık sistemine geçilmiştir. Yürütme organının parlamento tarafından sınırlandırılmasının önüne geçilerek etkin ve istikrarlı bir hükümet kurabilme arzusunun yanı sıra ülkedeki çok kültürlü sosyokültürel yapının yönetilebilmesi ile ivedi ekonomik kalkınma hedefinin gerçekleştirilebilmesi için güçlü bir merkezi otoritenin şart olduğu düşünceleri, başkanlık sistemi tercihinde önemli rol üstlenmiştir.⁴⁰

1999 Anayasası'nın 2. maddesine göre resmi adı "*Nijerya Federal Cumhuriyeti*" olan Nijerya, yine aynı madde uyarınca federal başkent bölgesi ve eyaletlerden oluşan bir federal devlettir. Nijerya Federal Cumhuriyeti'nde yasama yetkisi, Senato ve Temsilciler Meclisi'nden meydana gelen Nijerya Ulusal Meclisi'ne aittir.⁴¹ Anlaşılacağı üzere, çift meclisli yasama organının esas olduğu Nijerya'da Ulusal Meclis, devletin federatif yapısı gereğince yasama yetkilerinin bir kısmını federe devlet meclisleriyle paylaşırsa da önemli birtakım yasama yetkilerini de elinde bulundurmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki Anayasa'nın 4. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Ulusal Meclis'e gerek federal cumhuriyeti gerek federe devletleri ilgilendiren birçok konuda münhasır düzenleme yapma yetkisi de tanınmıştır.⁴²

Benzer şekilde, federal devlet düzeninin bir diğer gereği olarak Nijerya'da, yürütme işlevine ilişkin yetkiler de merkezi devlet ve federe devletler arasında paylaştırılmış vaziyettedir. Anayasa'nın 5. maddesinin ilk fıkrasına göre, esasen halk tarafından seçilen devlet başkanına ait olan federasyonu yürütme yetkisi, bizzat başkanın kendisi tarafından kullanılabilmesi gibi Anayasanın cevaz verdiği kimi hâllerde başkan yardımcısı ve bakanlarca da kullanılabilir. Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca, federe devletlerde yürütme yetkisinin ise valilere ait olacağı hükme bağlanmıştır. Bununla beraber, valilere bırakılan yerel düzeydeki yürütme yetkileri hiçbir koşulda, federasyonun yürütme yetkilerinin kullanılmasını engellemek ve federasyon hükü-

⁴⁰ Kunle Awotokun, "The Nigeria's Presidentialism and the Burden of Profligacy in an Inchoate Constitutional Democracy", *Mediterranean Journal of Social Sciences*, C. 11, S. 5, 2020, s. 40; Rotimi Suberu, Nigeria's Permanent Constitutional Transition: Military Rule, Civilian Instability and "True Federalism" in a Deeply Divided Society, Forum of Federations, Occasional Paper Series, No. 34, 2019, s. 5-6; Mojekwu, s. 168.

⁴¹ 1999 Nijerya Anayasası, madde 4/1.

⁴² Bahse konu yetkilerin tümü için bkz. 1999 Nijerya Anayasası, İkinci Liste, Yasama Yetkileri, Bölüm 1, Münhasır Yasama Yetkileri Listesi.

metinin eyaletlerdeki herhangi bir malvarlığını veya yatırımını tehlikeye atmak amaçlarıyla yahut herhangi bir yolla federal hükümetin devamlılığını tehlikeye atmak suretiyle kullanılamayacaktır.

Anayasa'nın 67. maddesine göre Başkan, Temsilciler Meclisi ve Senato toplantılarına ya da Ulusal Meclis'in ortak toplantısına, federal mali konular gibi milli meseleler hakkında konuşma yapmak yahut ulusal önemi haiz olduğuna kanaat getirdiği hükümet politikaları hakkında yasama organına bilgi vermek amacıyla katılabilecektir. Benzer şekilde aynı maddeye göre, kimi durumlarda bir bakanın da bakanlığın işleyişiyle ilgili hususları dile getirmek üzere Meclis toplantılarına katılmasına bir engel yoktur. Bununla beraber, maddenin son fıkrası uyarınca, yasama çalışmalarına bu yönde bir iştirak gerek Başkanın gerek bakanların Meclis'te ya da herhangi bir komitede, hiçbir şekilde oy kullanabileceği manasına gelmemektedir. Ayrıca Anayasa'nın 147. maddesinin 4. fıkrasına göre, Ulusal Meclis'in bir üyesinin Başkan tarafından bakan olarak atanması durumunda, yeminini ederek göreve başladığı anda ilgili bakan, yasama organı üyeliğinden de istifa etmiş sayılmaktadır.

Öğretide konuya dair farklı yaklaşımlar söz konusu olsa da,⁴³ günümüzde baskın olarak kabul gören görüşe göre, bir hükümet sisteminin başkanlık sistemi olarak nitelendirilebilmesi için birtakım özellikler ihtiva etmesi zorunludur. Buna göre, yürütme organı tek kişiden meydana gelmeli, devlet başkanı doğrudan ya da benzeri biçimde halk tarafından seçilmeli ve belirli bir dönem için seçilen yürütme organı yasamanın güvenine dayanmamalıdır.⁴⁴ Bunun haricinde, başkanlık sistemlerinin tümünde olmasa dâhi birçoğunda gözlemlenebilen birtakım niteliklerden de bahsedilmiş ve sistemin bazı tali özelliklerinin de bulunduğu ileri sürülmüştür. Bu doğrultuda başkanlık sistemlerinde başkan, yasama organını feshedemeyecek; aynı kişi hem yasama hem de yürütme organında görev alamayacak ve başkan ile sekreter-

⁴³ Siyaset bilimi disiplininin önde gelen yazarlarından Giovanni Sartori, Arend Lijphart, S. Matthew Shugart-John M. Carey ve J. Juan Linz'in konuya ilişkin yaklaşımları için bkz. Serap Yazıcı, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri, 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, No. 23, 2017, s. 19-37.

⁴⁴ Arend Lijphart, Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries, 2. Baskı, Yale University Press, 2012, 106-107; Nur Uluşahin, Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi, Yetkin, 1999, s. 30-51; Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. I, 2. Baskı, Ekin, 2020, s. 641-643; Benzer yönde Yazıcı, s. 37.

yası, yasama organının çalışmalarına katılamayacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, bahse konu bu ikincil nitelikler, başkanlık sisteminin olmazsa olmaz koşullarından olmayıp; bu özelliklerden birini yahut birkaçını taşıyamamasına karşın başkanlık sistemi olarak adlandırılan hükümet sistemleriyle de pratikte sıklıkla karşılaşmaktadır.⁴⁵

Yukarıda Nijerya Anayasası'nın ilgili hükümlerinden aktarılan veriler ışığında, Nijerya devletinin hükümet sisteminin başkanlık sistemi olduğu rahatlıkla ifade edilebilir. Zira kolaylıkla anlaşılacağı üzere, "Başkan" adı altında, tek kişiden oluşan bir yürütme organına sahip olan Nijerya'da, Başkan doğrudan halk tarafından seçilmekte ve *impeachment* benzeri olağanüstü hâller dışında, görev süresi dolmaksızın yasama organı tarafından görevden alınamamaktadır. Söylenenlere ek olarak, yürütme organına tâbi kişilerin Temsilciler Meclisi ya da Senato toplantılarında oy kullanamaması yahut aynı kişinin hem yasama hem de yürütme organında aynı anda görev alamıyor olduğu gerçeği de Nijerya'da başkanlık hükümet sisteminin benimsendiğini açık şekilde ortaya koymaktadır.

B. NİJERYA'DA GÜÇLÜ BİR YÜRÜTME ORGANINI ORTAYA ÇIKARAN TEMEL FAKTÖRLER

İşleyiş bakımından esasen, yasama ve yürütme kuvvetlerinin sert ayrılığına dayanan başkanlık sisteminde, hukuken birbirlerinden bağımsız şekilde var olan ve kural olarak birbirlerinin varlığına son verme yetkisini elinde bulundurmeyen bu iki organın yine kâideten birbirlerinin faaliyetlerine karışmaları da mümkün değildir. Bununla birlikte, bu son kural katı şekilde uygulandığı takdirde, iki organ arasında hiçbir şekilde karşılıklı iş birliği de var olamayacağından devlet yönetimi bir bakıma felce uğrayacaktır. Bu nedenle, başkanlık sistemlerinde, yasama ve yürütme organları arasında iş birliğini sağlamaya yönelik birtakım hukuki araçların oluşturulduğu gözlemlenmektedir. Öğretide "*karşılıklı etkileşim araçları*" şeklinde adlandırılan bu mekanizmaların başlıcalarına; atamalar, milletlerarası antlaşmaların onaylanması, bütçe, meclis araştırması, *impeachment* (suçlama/suçlandırma), veto ve başkanın parlamentoya mesaj yetkisi örnek olarak gösterilebilir.⁴⁶

⁴⁵ Gözler, s. 644-645.

⁴⁶ Gözler, s. 647-649; Özsoy Boyunsuz, s. 118.

Genellikle bir karşılıklılık ilişkisi bağlamında, yasama ve yürütme organlarına müşterek biçimde tanınan, karşılıklı etkileşim araçlarından kaynaklı hukuki yetkiler, bu iki kuvvetin birbirlerini hukuken sınırlandırması ve dengelemesi amacı üzerine inşa edilmiştir. Bir başka ifadeyle, yasama ve yürütme organlarından birinin, diğeri aleyhine aşırı şekilde güçlenerek kuvvetler ayrılığı ilkesini derinden sarsma tehlikesinin önüne geçilmesi maksadıyla düzenlenmiş bu hukuksal araçlar, anayasacılık fikriyle benzer amaçlara hizmet etmektedir.⁴⁷

Yasama ve yürütme organlarına, güçler dengesinin sağlanması amacıyla verilen bu yetkilerin, yine bu iki organa dengeli şekilde dağıtılması zaruret arz etmektedir. Yürütme organının yasama organı aleyhine yahut yasama organının yürütmenin dezavantajına olacak türde geniş yetkilerle donatılması, organlardan birini diğeri karşısında orantısız biçimde güçlendirerek kuvvetler arası denge ve istikrarı derinden sarsacaktır. Uygulamada ekseriyetle ilk ihtimalle karşılaşmakta ve anayasal düzenlemeler ile politik atmosferin de etkisiyle, birçok başkanlık sisteminde yürütme organının son derece güçlü ve baskın bir konum kazandığı gözlemlenmektedir. Bu açıdan, yasama ve yürütme organlarının yetkileri ile bu organlar arasındaki karşılıklı etkileşim araçlarının anayasal düzlemde ne şekilde inşa edildiği hususu, yasama organı üzerinde egemenlik kuran başkanlık sistemlerinin tespitinde önemli rol oynamaktadır.

Çalışmanın bu son bölümünde ise bu mesele üzerinde yoğunlaşılacak, güçlü ve baskın bir yürütme organıyla karşılaşılacak Nijerya'nın hükümet sisteminin yapısına etki eden faktörler ile Nijerya'daki yapının başkanlık sistemini benimseyen diğerk Afrikalı ülkelerinin genel özellikleriyle ne denli bağdaştığı hususları; ilgili anayasal hükümler, ülkede etkili siyasi atmosfer ve diğerk somut verilerden hareketle ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Söz konusu faktörlerin "*Başkana Tanınan Geniş Atama Yetkileri*", "*Başkanın Yasama İşlevine İlişkin Yetkileri*", "*Impeachment (Suçlama/Suçlandırma) Prosedürünün İşlevsizliği*", "*Başkanın Bütçe ve Mali Alandaki Yetkileri*" ile "*Siyasi Atmosferin ve Seçim Sisteminin Etkisi*" olmak üzere beş temel başlık altında toplanması mümkündür.

⁴⁷ Benzer yönde bkz. Özsoy Boyunsuz, s. 170 vd.

1. Başkana Tanınan Geniş Atama Yetkileri

Nijerya Federal Cumhuriyeti'nde iktidarı neredeyse bütünüyle muhafaza eden bir yürütme organı modeline rastlanmasının başlıca sebeplerinden ilki, Devlet Başkanına anayasal düzlemde tanınan atama yetkileridir. Gerçekten de Nijerya Anayasası uyarınca Devlet Başkanı, gerek çeşitli kamu tüzel kişilerinin karar ve yönetim mercilerine gerek doğrudan ya da dolaylı biçimde yasama ve yargı organlarına yaptığı atamalar vasıtasıyla fonksiyonel anlamda oldukça üstün ve bu yurgan bir konuma yerleşmektedir.

Nijerya Anayasası'nun 153. maddesinde *Danıştay, Federal Kamu Hizmeti Komisyonu, Federal Yargı Hizmeti Komisyonu, Bağımsız Ulusal Seçim Komisyonu, Milli Savunma Konseyi, Milli Güvenlik Kurulu* ile *Ulusal Ekonomik Konsey* gibi federal düzeyde yasama ve yürütme işlevleri açısından kritik önem taşıyan organlar genel anlamıyla düzenlenmiş ve 154. madde ile bu organların başkan ve üyelerinin -Anayasanın ayrıksı düzenlemeleri saklı kalmak kaydıyla- Senato'nun onayına tâbi olmak şartıyla, Başkan tarafından atanacakları hükme bağlanmıştır. Dahası, ilgili maddenin 2. fıkrası uyarınca, söz konusu organlardan Danıştay, Milli Savunma Konseyi ve Milli Güvenlik Kurulu'na yapılacak atamalarda, Başkanın Senato'dan onay alması dâhi gerekmemektedir. Bununla birlikte, 157. madde uyarınca, Senato'nun onayına bağlı olarak atanan kişilerin görevden alınma usulünde de yine Senato etkin kılınmış ve Başkanın Senato üyelerinin en az üçte ikisinin olumlu oyunu alması durumunda, ilgili organlarda görev yapan kişilerin görevden alınabileceği düzenlenmiştir. Ek olarak, Anayasanın federal kamu hizmetlerinin işleyişinin düzenlendiği bölümünde yer alan ilgili hükümlerine göre; *Hükümet Sekreterliği, Kamu Hizmeti Başkanlığı, büyükelçilik, baş temsilcilik* ya da *Bakanlık daimî sekreterliği* gibi makamlara yapılacak atamalar da yine bizzat Başkan tarafından gerçekleştirilecektir.

Nijerya'da anayasal organlar üzerinde yürütme organınca kurulan hâkimiyet, atama yetkilerinin kullanımıyla sınırlı biçimde değerlendirilmemelidir. Bilhassa, hâlihazırda yürürlükte bulunan 1999 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, başkanlık örgütüne hukuken bağlı şekilde yaratılan, kimi idari düzenleyici kurum ve kuruluşların da yürütme egemenliğinin sürdürülmesi amacına hizmet

ettiği savunulmaktadır.⁴⁸ Kamusal açıdan herhangi bir siyasi sorumluluğu bulunmayan ilgili kurumların çalışanlarının, Başkana sadakat ilkesi doğrultusunda yürütme organınca seçilmesi ve görevlerinin ifasında çoğu kez yalnızca Başkana hesap vermesi hususları kimi dönemlerde, kurumların işleyişine yönelik yasama organı çağrılarının göz ardı edilmesi ve yargı organının bağlayıcı kararlarına uyulmaması sonucunu doğurmuştur. Bazı yazarlara göre, Nijerya'da vaziyet bir dönem o denli vahim bir hâl almıştır ki, kurum yöneticilerinin parlamenterlerle aleni şekilde alay etmeleri ve Meclis'e açıkça saygısızlık doğuran eylemlerde bulunmaları, kamuoyu tarafından olağan sayılmaya başlamıştır.⁴⁹

Yürütme işlevine ilişkin üst düzey yetkilerle donatılmış organ ve kurumlara yapılan atamalarda olduğu gibi, çeşitli yüksek mahkeme başkanlık ve üyeliklerine ilişkin yapılan atamalarla da Devlet Başkanı, yargı organını tahakkümü altına almaktadır. Örneğin, Anayasa'nın 231. maddesi hükmüne göre, Nijerya Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court of Nigeria*) başkanı sıfatını haiz Nijerya Başyargı (the *Chief Justice of Nigeria*), Ulusal Yargı Konseyi'nin önerisi ve Senato'nun onayına bağlı olarak Başkan tarafından göreve atanmaktadır. Yüksek Mahkeme'ye yapılacak üye seçimi ise yine Senato'nun onayına bağlı olmakla birlikte bu kez Ulusal Yargı Konseyi Başkanı tarafından yapılmaktadır.

Nijerya Anayasası'nın ilgili maddeleri uyarınca, tıpkı Nijerya Yüksek Mahkemesi başkanının atanma usulünde olduğu gibi diğer birçok yüksek mahkeme başkanının da Senato'nun onayı üzerine Başkan tarafından atandığı gözlemlenmektedir. Gerçekten de Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal*) Başkanı (m. 238), Federal Yüksek Mahkeme (*The Federal High Court*) Başyargı (m. 250), Abuja Federal Başkent Bölgesi Yüksek Mahkemesi (*High Court of the Federal Capital Territory, Abuja*) Başyargı (m. 255), Şeriat Temyiz Mahkemesi (*The Sharia Court of Appeal*) Baş Kadısı (m. 261) ve Örf ve Adet Hukuku Temyiz Mahkemesi (*Customary Court of Appeal*) Başkanı (m. 266) Senato'nun olumlu oyunun almış olmak kaydıyla Başkan tarafından göreve atanmaktadır. Bir başka ifadeyle, Nijerya'da federal düzeyde mevcut tüm yüksek mahkemelerin başkanları, makamlarına Başkan tarafından atanmaktadır.

⁴⁸ Ihonvbere, s. 361.

⁴⁹ Adejumobi, s. 11; Bilgin, s. 243-244.

Yürütme organının, yargı organı üzerinde baskıcı etkisine yol açan bu durum doktrincede, Nijerya mahkemelerinin bağımsızlıklarını büyük ölçüde yitirdikleri biçiminde yorumlanmaktadır. Yargının pratikte çoğu kez yürütme organının bir uzantısıymışçasına hareket ettiğini ileri süren kimi yazarlara göre, Nijerya'da hükümet çıkarlarına ters düşen yargı kararlarına rastlayabilmek gün geçtikçe bir hayli güçleşmektedir.⁵⁰

Belirtmekte fayda vardır ki yargısal bağımsızlığa gölge düşüren bu menfi durum yalnızca Başkan tarafından gerçekleştirilen yargısal atamalardan ileri gelmemektedir. Yine özellikle Anayasa'nın henüz yürürlüğe girdiği yıllarda, hâkim ve savcılara yönelik asılsız suçlamalar, meslekten uzaklaştırma dâhil olmak üzere verilen disiplin cezaları ya da aile konutları hakkında verilen dayanaksız yıkım kararları gibi idari işlemlerin de yürütmenin yargı organı üzerinde üstünlük kurmasına zemin hazırladığı öne sürülmektedir. Yargıçların vicdani kanaatlerine dayanmayan, suni mahkeme kararlarının yaygın biçimde verildiğinin iddia edildiği söz konusu yıllarda, yargı kararlarına itaatsizlik ve yargıçlar arasında patronaj uygulamalarının oluşturulması girişimlerinin de hat safhada olduğu savunulmaktadır.⁵¹

Anayasanın 151. maddesi uyarınca, yürütme işlevine ilişkin görev ve sorumluluklarının yerine getirilmesinde kendisine yardımcı olması amacıyla Başkan, herhangi bir kişiyi *Özel Danışman (Special Adviser)* olarak atayabilmektedir. Başkana sadakat anlayışının esas olduğu bu kamusal göreve yapılacak atamalar bütünüyle Başkanın takdirine bırakılmış olup Özel Danışmanların görevi de Başkanın görev süresi sona erdiğinde bitmektedir. Bununla beraber maddenin 2. fıkrasına göre, bahse konu danışmaların sayısı ile ücret, ödenek ve diğer özlük hakları ise kanunla ya da Ulusal Meclis kararıyla belirlenecektir. Her ne kadar sayılarının Meclis kararıyla belirleneceği kuralı Anayasa'da yer alıyorsa da buna ilişkin net bir sınırlamanın mevcut olmamasından bahisle, özel danışmanların kırılğan Nijerya ekonomisi üzerinde büyük bir ekonomik yük teşkil ettiği zaman zaman ileri sürülmektedir.⁵²

⁵⁰ Femi Falana, "Constitutionalism, Rule of Law, and Human Rights", içinde *Governance and Politics in Post-Military Nigeria*, (Ed. Said Adejumobi), Palgrave Macmillan, 2010, s. 130.

⁵¹ Adejumobi, s. 12.

⁵² Awotokun, s. 41.

Son olarak değinmek gerekir ki her ne kadar konuya ilişkin anayasal ya da yasal düzeyde yetkileri bulunmasa da Devlet Başkanları, kimi durumlarda, yasama organı üzerinde hâkimiyet kurmak amacıyla, Meclis başkanı seçimlerine de müdahale edebilmektedir. 1999 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, dörder yıllık sürelerle, toplam iki dönem devlet başkanlığı görevini yürüten *Olusegun Obasanjo* döneminde gerçekleşen kimi gelişmeler, bu duruma iyi bir örnek teşkil etmektedir. Bu bakımdan öğretilde, federal yapı gereğince ikili meclis sisteminin benimsendiği Nijerya Ulusal Meclisi'nde, Temsilciler Meclisi ve Senato başkanlığı seçimlerinde Obasanjo iktidarı tarafından ciddi müdahaleler gerçekleştirildiği ve bu durumun yasama organını yürütme aleyhine oldukça dezavantajlı bir konuma getirdiği ileri sürülmüştür. Buna göre, Meclis başkanlarının atanması ve görevden alınması Devlet Başkanı tarafından organize edildiğinden ve bu işlemler kapalı kapılar ardında, gizli şekilde yürütüldüğünden, Obasanjo'nun başkanlık dönemi boyunca Ulusal Meclis'te ekseriyetle, yürütmenin tercih ettiği siyaset ve savunduğu çıkarlar doğrultusunda yoğun hiziplenmeler yaşanmıştır. Öyle ki başkanlık dönemi süresince, siyasi çıkarları doğrultusunda, Senato'da toplam beş kez başkan değişmiş; devlet başkanının yasama organları üzerindeki bu hegemonyası, kimilerince ironik bir dille, "*Obasanjo, hem Senato'da hem de Temsilciler Meclisi'nde barış ortamının nadir görülmesini sağlayarak, tek başına, Ulusal Meclis'in kutsal odasına düşüncesizliği (patavatsızlığı) getirdi*" biçiminde yorumlanmıştır.⁵³

2. Başkanın Yasama İşlevine İlişkin Yetkileri

Nijerya'da başkanın yasama organı karşısındaki baskın pozisyonuna zemin hazırlayan hususlardan bir diğeri, yasama işlevine ilişkin anayasal düzeyde sahip olduğu yetkilerdir. Başkanın kanun tasarılarına dair veto yetkisi ile Anayasada kural olarak yalnızca istisnai hâllerle sınırlı olarak kullanılabilmesi öngörülen yasama tasarrufunda bulunma yetkisi, Devlet Başkanının güçlü konumunu pekiştirmekte ve onu yasama organı karşısında üstün bir mevkide konumlandırmaktadır.

1999 Anayasası'nın 58. maddesi uyarınca, bir kanun tasarısının usulüne uygun olarak yürürlüğe girebilmesi için hem Senato hem de Temsilciler Meclisi tarafından kabul edilmesi gerekmektedir.

⁵³ Adejumobi, s. 10.

Anayasa'nın 56. maddesinin 2. fıkrasına göre, aksi Anayasa'da belirtilmedikçe karar yeter sayısı, her iki meclis için de toplantıya katılanların salt çoğunluğu olarak belirlenmiştir. Bununla beraber, bir tasarının yasalaşabilmesi için her iki meclis tarafından karar yeter sayılarına uygun biçimde kabul edilmesi yeterli olmayıp; aynı zamanda Başkan tarafından veto edilmemesi de gerekmektedir.

58. maddenin ilgili fıkralarına göre, Senato ve Temsilciler Meclisi tarafından kabul edilen bir yasa tasarısı, onaylanmak üzere Başkana sunulacak ve Başkan, otuz günlük süre içerisinde kanunu onayladığını ya da onaylamadığını belirtecektir. Onayın gerçekleştiği durumlarda tasarı, kanunlaşarak yürürlüğe girecek; başkanın veto yetkisini kullandığı hâllerde ise ilgili tasarı Ulusal Meclis'e geri gönderilecektir. Meclislerde yapılacak ikinci oylamada tasarının yürürlüğe girebilmesi için bu kez üçte iki çoğunluk aranacak, ilgili nisabın sağlandığı durumda ise bu kez Başkanın onayına ihtiyaç duyulmayacaktır. Kısacası, Anayasa'nın 58. maddesi hükümleriyle Nijerya hukukunda Devlet Başkanına tanınan bu yetki, tipik bir güçleştirici veto yetkisidir.

Anayasal düzlemde Devlet Başkanına güçleştirici veto yetkisi tanınması, yasama yetkisinin birçok hâlde gereği gibi kullanılmamasına yol açtığı iddiasından hareketle doktrinde eleştiriyle karşılaşmaktadır. Ulusal Meclis tarafından kabul edilen herhangi bir yasa tasarısına Başkanca onay verilmediği durumlarda, tasarının Meclisçe ikinci kez kabulü için üçte iki gibi oldukça yüksek sayılabilecek bir çoğunluğun aranıyor olması, Nijerya'da yasamanın yürütme organı karşısındaki dezavantajlı konumunun başlıca sebeplerinden sayılmaktadır. Zira ancak bir hayli istisnai koşullarda gerçekleşebilecek, Devlet Başkanının bağlı bulunduğu partinin milletvekilleriyle dahi derin görüş ayrılıkları yaşama olasılığı dışında, veto yetkisinin kullanıldığı durumlarda tasarının Ulusal Meclis'te üçte iki gibi bir nisapla kabul edilebilmesi ihtimali oldukça zor görünmektedir. Bu sebeple, Anayasa'da Devlet Başkanına tanınan güçleştirici veto yetkisi, pratikte yasama işlemlerinin de Başkanın iradesine tâbi olması neticesini doğurmaktadır.⁵⁴

⁵⁴ Falana, s. 127.

Nijerya hukukunda Devlet Başkanı kural olarak, yasa hükmünde kararname çıkarmak suretiyle yasama tasarrufunda bulunma yetkisini haiz değildir. Bununla birlikte Başkan, yürürlükteki yasaların Anayasa'yla uyumlaştırılması amacıyla sınırlı olarak, çıkaracağı bir kararname vasıtasıyla, 1999 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden önce askeri cunta döneminde çıkarılan kanunlarda değişiklik yapma yetkisine sahiptir. Başkana tanınan bu yetki, bilhassa ilk Devlet Başkanı Obasanjo döneminde ortaya koyulan birtakım icraatlar sebebiyle, yasama ve yürütme organı arasında büyük çaplı krizlerin doğumuna yol açmıştır.⁵⁵

1999 yılı, Kasım ayında, herhangi bir ulusal meclis kararına yahut yasaya dayanmaksızın, doğal kaynaklar hakkında yetkili bir idari kuruluşun görevine, yukarıda bahsedilen yetkiye dayanılarak Obasanjo tarafından son verilmesi, Nijerya hukukunda Başkanın yetkilerine ilişkin birçok tartışmayı alevlendirmiştir. Esasen Anayasa'nın 315. maddesi etrafında şekillenen bu tartışmalar, Nijerya Anayasası'nda yasama yetkisinin kullanımına ilişkin büyük bir yetki karmaşası bulunduğu şeklinde yorumlanmıştır.⁵⁶ Doktrinde kimi yazarlar, bu tür bir yetki tanımının, anayasayla uyumlaştırma kisvesi altında, Başkanın yalnızca kendi iradesi ve hükmü doğrultusunda, Anayasa'ya aykırı olduğunu öne sürdüğü bir yasayı, dilediği yönde değiştirebileceği ya da bütünüyle yürürlükten kaldırabileceği anlamına geleceğini savunmuşlar ve kapsam yönünden bu denli geniş çaplı bir yetkinin kuvvetler ayrılığı ilkesiyle bağdaşmadığını ileri sürmüşlerdir. Öğretide *Falana*, Başkana verilen bu yetkinin ağır şekilde suiistimal edilebileceği ve iktidarın kullanımında hukukilikten öte keyfiliği berabere getirebileceği dile getirmiş; güçler ayrılığı kuramını derinden sarsarak yürütme organı karşısında yasama ve yargıyı oldukça aciz bir konuma indirgeyen bu yetkilerin, geçmişte ordu tarafından icra edilen diktatörlük yetkilerinin, Anayasa vasıtasıyla, Nijerya Federal Cumhuriyeti'nin halk tarafından seçilmiş başkanına verilmesinden ibaret olduğunu ifade etmiştir.⁵⁷

⁵⁵ Bilgin, s. 240; Falana, s. 127.

⁵⁶ Bilgin, s. 240.

⁵⁷ Falana, s. 128.

3. Impeachment (Suçlama/Suçlandırma) Prosedürünün İşlevsizliği

Kimi kaynaklarca kökeninin, bağımsızlık öncesi kabile şefinin görevden alınma usulüne kadar dayandırıldığı⁵⁸ *impeachment* (suçlama/suçlandırma) prosedürü,⁵⁹ Nijerya'da bağımsızlık sonrası dönemde gerek parlamenter sistemin benimsendiği evrede gerek başkanlık sistemine geçildikten sonraki dönemde uygulanmış bir usuldür. Anayasa'da federal düzeyde başkan ve başkan yardımcısı; federe düzeyde ise vali ve vali yardımcılarını için öngörölmüş olan suçlama usulü, ilk kez 1981 yılında, görevini kötüye kullandığı ileri sürölen bir eyalet valisi için uygulanmış ve vali görevden alınmıştır.⁶⁰ Benzer şekilde bu usul, cunta iktidarı sonrası sivil yönetime geçilen 1999 senesinden itibaren, bilhassa eyalet düzeyinde azımsanmayacak sayıda uygulamaya vücut vermiştir.⁶¹

Nijerya Anayasası'nın 143. maddesinde, Ulusal Meclis tarafından işletilecek bir mekanizmayla, görevleriyle ilgili suçlar söz konusu olduğunda, Başkan ve Başkan yardımcısının görevden alınması usulü düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, Ulusal Meclis üyelerinin üçte biri, Başkanın ya da Başkan yardımcısının yürütme işlevini yerine getirirken görevlerini ağır şekilde suiistimal ettikleri (*gross misconduct*)⁶² iddiasını, yazılı bir bildiri vasıtasıyla Senato başkanına sunabilirler. Bu durumda, bildirinin Senato başkanına sunulduğu tarihten on dört gün sonra her iki mecliste de iddianın bir soruşturmaya konu olup

⁵⁸ Bağımsızlık öncesi dönemde, şimdiki Nijerya nüfusunun çeyreğini oluşturan Yoruba Kabilesinde, "Oyo Mesi" adı verilen danışma meclisi, hatalı bir yönetim sürdüren ya da önemli bir suç işleyen kabile şefini, geleneksel ve sembolik yöntemler vasıtasıyla, kimi durumlarda tahttan indirebilmekteydi. Jide Ogunsakin, "Evaluation of Impeachment Proceedings under the Constitution of the Federal Republic of Nigeria 1999", *Journal of Law, Policy and Globalization*, C. 34, 2015, s. 132.

⁵⁹ Nijerya'da uygulanan impeachment usulünü her yönüyle ele alan, oldukça ayrıntılı bir çalışma için bkz. Omololu FAGBADEBO, *Impeachment in the Nigerian Presidential System*, Palgrave Macmillan, 2020.

⁶⁰ Ogunsakin, s. 133; Fatai Ayisa Olasupo, "Voice of Jacob Hand of Esau: Appraising the Role of Chief Executives and Party Leaders in Impeachment Processes in Nigeria", *Beijing Law Review*, C. 5. S. 1, 2014, s. 8; Elijah Adewale Taiwo, "Judicial Review of the Impeachment Procedure in Nigeria", *Malawi Law Journal*, C. 3, S. 2, 2009, s. 239-240.

⁶¹ Örnekler için bkz. Fagbadebo, s. 165-212.

⁶² Nijerya Anayasası, madde 143/11: "Bu bölümde yer alan 'ağır suiistimal' ifadesi, Anayasa hükümlerinin ciddi şekilde ihlal edilmesi yahut Ulusal Meclisçe ağır olarak nitelendirilen bir kötüye kullanım anlamına gelmektedir".

olmayacağı oylanır. Hem Temsilciler Meclisi hem de Senato, üçte iki çoğunlukla soruşturma başlatılması yönünde karar aldığı takdirde ise soruşturma sürecine girilir.

Soruşturma önergesinin kabulü sonucunda, Nijerya Anayasa Mahkemesi başkanı sıfatını da haiz Nijerya Başyargıcı (*Chief Justice of Nigeria*), iddia ve ithamları araştırmak üzere, yasama ve yürütme organıyla ya da herhangi bir siyasi partiyle ilgisi bulunmayan, tarafsızlığına tamamen güvendiği yedi kişiden bir heyet oluşturur. Baş yargıç tarafından göreve getirilen bu heyet, Anayasaca kendilerine tanınan üç aylık süre zarfında, görevi kötüye kullanma iddiasını soruşturur ve topladığı bulguları süreç sonunda Ulusal Meclis'e rapor eder. 143. maddenin sekizinci fıkrasına göre, soruşturma heyetinin Ulusal Meclis'e sunduğu rapor, Başkana ya da Başkan yardımcısına yönelen iddia ve ithamların yeterli bulgularla kanıtlamadığı yönünde ise soruşturma sonuçsuz kalır. Aksi durumda ise rapor tekrar her iki mecliste de oylanır ve yine her iki mecliste de ancak üçte iki oranında delegenin bu yöndeki kararıyla Başkan veya Başkan yardımcısı görevden alınabilir.

Anayasaca Başkana tanınan görev ve yetkilerin hukuka uygun biçimde kullanılmasının sağlanmasında Ulusal Meclis'in elinde oldukça etkili bir koz olduğu düşünülen suçlandırma prosedürü aynı zamanda Nijerya hukukunda pozisyonu ve statüsü ne olursa olsun hiç kimsenin hukukun üstünde olmadığı ve yürüttükleri görevlerden ötürü kamu görevlilerinin hukuken sorumlu olduğu hususlarının önemli bir göstergesini teşkil etmektedir.⁶³ Bununla birlikte, normatif düzenlenişinde henüz ilk bakışta göze çarpan birçok aksaklık, ilgili prosedürün pratikte öngörülen işlevleri yerine getirememesine yol açmaktadır.

Bu aksaklıklardan ilki, soruşturmanın birinci aşamasını gerçekleştirmekle görevli yedi kişinin ne şekilde tespit edilebileceğine ilişkindir. Bu bakımdan öncelikli soru, Anayasa'nın ilgili hükmünde açıkça belirtildiği üzere, hiçbir şekilde kuşku duyulmayacak kadar tarafsızlıklarından güven duyulan kimselerin gerçek hayatta var olup olmadıkları ve -var iseler- bu kişilerin belirlenebilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Lâkin belirtmek gerekir ki, etkili bir usulün işletilebilmesi açısından diğer meseleler öylesine sorunludur ki öğretilerde işbu

⁶³ Taiwo, s. 249; Ogunakin, s. 137; Olasupo, s. 9; Fagbadebo, s. 307-308.

hususun üzerinde durmaya gerek dâhi görülmemiştir. Yukarıda sözü geçen anayasal hükümlerden anlaşılacağı gibi, soruşturma komisyonunun tayinindeki takdir yetkisinden ötürü, Ulusal Meclis ile beraber, suçlandırma usulünün kilit pozisyonunda yer alan makam, Nijerya Başyargıcısıdır. Önceden belirtildiği üzere, hukuk sisteminin başında bulunan Baş yargıç, Senato'nun onayının alınması kaydıyla Başkan tarafından göreve atanmaktadır. Bir başka ifadeyle Baş yargıç bulunduğu pozisyona, Devlet Başkanın takdir ve lütfu doğrultusunda sahip olmaktadır. Hâl böyleyken, suçlandırma usulünün anayasal gereklerinin yerine getirilmesinde, bizzat Başkan tarafından göreve atanan bir kimsenin ne derece tarafsız ve cüretkâr olabileceği başlı başına bir tartışma konusu olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁴

İkinci olarak, Başkana ya da yardımcısına yöneltilen iddia ve ithamların yeterli bulgularla kanıtlanamadığına dair soruşturma heyetinin kararına karşı, milletvekillerin başvurabileceği herhangi bir hukuki yolun bulunmaması hususu da kanaatimizce yine önemli bir problem olarak değerlendirilebilecektir. Gerçekten de Ulusal Meclis'in tümünde oybirliğini sağlayarak, işlediğini iddia ettikleri ağır bir suçtan ötürü Başkanın yargılama prosedürünü başlattıkları ütöpik ihtimalde dâhi, milletvekillerinin bu yönde bir heyet kararına karşı izleyebilecekleri başkaca bir hukuki yol ve yöntem göze çarpmamaktadır. Bir başka ifadeyle, yasama, yürütme ya da yargı organlarından herhangi birine dâhil olmayan yedi kişiden meydana gelen bir heyetin, Başkanın ağır bir suç işlediği iddiasıyla suçlanması gibi devletin en ciddi meselelerinin biri hakkında kesin karara varabilmesi ve bu karara karşı herhangi bir itiraz yolu bulunmaması gerçeği kanımızca, ilgili prosedürün bir başka zayıf noktasıdır.

Meseleye ilişkin nihai ve belki de kanaatimizce en mühim sorun, sürecin başlatılması, devamı ve nihayete erdirilmesi konularında Anayasaca öngörülen nisabın ölçsüzlüğüdür. Soruşturma başlatılması oylamasına geçebilmek amacıyla verilebilecek önerge için öngörülen 1/3 çoğunluğun dâhi tartışmaya açık olmasına karşın; bilhassa Nijerya'daki siyasi atmosfer göz önüne alındığında, soruşturmanın başlatılmasında ve soruşturma sonucunda Başkanın suçlu bulunarak görevden azline karar verilmesinde 2/3 çoğunluğun aranıyor olması, büyük bir sorun

⁶⁴ Ogunsakin, s. 139-140; Fağbadebo, s. 295.

teşkil etmektedir.⁶⁵ Dahası, “tarafsızlıklarından kuşku duyulmayacak kadar güvenilir” kimselerden meydana gelen heyetin, somut bulgu ve verilerle ortaya koyduğu suçluluk kararına rağmen bu denli yüksek bir nisabın aranması, impeachment usulünü etkili ve işlevsel bir yöntem olmaktan alıkoymaktadır. Sonuç olarak, çalışmada yeri geldikçe söz edilen Nijerya’daki politik konjonktür de hesaba katıldığında, Devlet Başkanının bağlı bulunduğu siyasi partiyle yaşayacağı ağır ihtilaflar meydana gelmedikçe yahut Başkan, partisi ve toplum nazarında sahip olduğu otorite ve gücünü önemli ölçüde yitirmedikçe pratikte suçlama usulünün gereği gibi işleyebilmesi pek de mümkün gözükmemektedir.

4. Başkanın Bütçe ve Mali Alandaki Yetkileri

Kabaca, bir devletin belirli bir dönemde yapacağını öngördüğü harcamalarına ve elde edeceğini düşündüğü gelirlerine ilişkin tahminleri içeren ve bu doğrultuda uygulanacak kaide ve hususları düzenleyen belge olarak tanımlanabilecek⁶⁶ bütçe gerek parlamenter sistem gerek başkanlık sistemini benimseyen ülkelerde, yürütme organına karşı parlamentonun elinde bulundurduğu oldukça önemli bir koz olarak değerlendirilmektedir. Sahip olduğu bütçe gücü sayesinde yasama organı, hazırlanacak bütçenin halkın iradesi, yürürlükteki hukuki mevzuat ve hesap verilebilirlik ile şeffaflık başta olmak üzere bütçe ilkelerine uygun biçimde hazırlanmasını sağlayarak yürütme üzerindeki mali denetimini gerçekleştirmektedir. Buna ek olarak başkanlık sistemlerinde Başkan, programını gerçekleştirebilmek için ihtiyaç duyduğu bütçenin tam olarak finanse edilebilmesi için parlamentoyla iyi ilişkiler kurmak ve sürdürmek zorunda olacağından büt-

⁶⁵ Bahsedilmelidir ki ABD ve Türkiye başta olmak üzere başkanlık sisteminin benimsendiği birçok ülkede de impeachment sürecinin başlatılması ve sonuçlandırılmasında benzer nitelikte çoğunluklar öngörülmüştür. Örneğin Anayasamızda (madde 105/3), TBMM üyelerinin üçte ikisinin oyuyla Cumhurbaşkanının Yüce Divan’a sevk edilebileceği öngörülmekteyken; ABD Anayasası (madde 1/3/6) ise, yapılacak nihai oylama sonucu Başkanın görevden azline karar verilmesinde Senato üyelerinin üçte ikisinin olumlu oyunu aramaktadır. Burada vurgulamaya çalıştığımız asıl husus, başkanlık sisteminin uygulandığı en demokratik ülkelerden biri olan ABD’de dahi, Bill Clinton örneğinde hatırlanacağı üzere, öngörülen yüksek nisaplar nedeniyle suçlandırma usulü nihayete erdirilemiyorken; çok daha düşük nitelikli bir demokrasinin egemen olduğu Nijerya’da bu usulünün gereği gibi işleyebilmesinin evleviyetle olası gözükmemesidir.

⁶⁶ Abdullah Karaer, “Parlamenter ve Başkanlık Sistemlerinde Yasamanın Bütçe Gücü”, *Sayıştay Dergisi*, C. 32, S. 122, Eylül 2021, s. 74.

çe bu anlamıyla, yasama ve yürütme organları arasında işbirliğini ve dayanışmayı artırıcı bir işlev de görmektedir.⁶⁷ Dolayısıyla, hazırlanış sürecinde yasama organına geniş ve etkili yetkilerin verildiği hükümet sistemlerinde bütçe, yürütmenin hukuka uygunluğunun sağlanmasında yasama organının sahip olduğu önemli bir denetim aracı olarak kabul edilmektedir.

Öncelikli olarak değinmek gerekir ki, Nijerya Anayasası'nın 80. maddesine göre, ülkede vergiler vasıtasıyla ya da vergi dışı yollarla, federal hükümet tarafından toplanan bütün gelir ve mali kaynaklar, *Federal Konsolide Gelir Fonu (Consolidated Revenue Fund of Federation)* adı verilen bir fona aktarılmaktadır. Bahse konu madde uyarınca, Ulusal Meclis tarafından usulüne uygun olarak çıkarılmış bir Ödenek Kanunu (*Appropriation Act*), *Ek Ödenek Kanunu (Supplementary Appropriation Act)* yahut 81. madde hükümlerine uygun başkaca bir kanun bulunmadıkça yürütme organı, ilgili fondan para tahsis edememektedir.

Federal bütçenin hazırlanış ve kabul edilmiş sürecine ilişkin, Anayasa'nın 81. maddesinde yer verilen, "*Başkan, her mali yılda, bir sonraki mali yıl için geçerli gelir ve gider tahminlerinin Ulusal Meclis'e sunulmasını sağlar*" hükmü ile Nijerya'da bütçe kanunu teklif yetkisi, açıkça yürütme organına bırakılmıştır. Maddenin ilgili diğer fıkralarına göre, Ulusal Meclis'e sunulan gelir ve harcama kalemleri, çıkarılacak bir kanunla onaylanabileceği gibi öngörülemeyen bir harcama ihtiyacının ortaya çıkması durumunda da *Ek Ödenek Kanunu* yine Meclis tarafından çıkarılabilecektir. Bununla beraber Anayasa'nın 82. maddesi, Ödenek Kanunu'nun Meclis tarafından onaylanmadığı durumlarda Başkan'a, ilgili kanun yürürlüğe girinceye dek gerekli harcamaları karşılaması amacıyla Fon'dan para çekme yetkisi tanımaktadır. Her ne kadar Başkan'a tanınan işbu yetki sayesinde, yasama ve yürütme organları arasında yaşanması muhtemel fikir ayrılıkları ve çatışmalar neticesinde ortaya çıkabilecek sistem tıkanıklıklarının önüne geçilebilecekse de bu durum, parlamentonun yürütme organı karşısında sahip olduğu en önemli kozlardan birini, Başkan yararına zayıflatmaktadır. Nitekim Anayasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, yasama ve yürütme kuvvetleri arasında doğan kimi ihtilafların, bütçeye ilişkin bu yetki karmaşasından kaynaklandığı ileri sürülmektedir.⁶⁸

⁶⁷ Karaer, s. 73; Gözler, s. 649.

⁶⁸ Aiyede, s. 74.

Bütçeye ilişkin yukarıda söz edilen yetki dışında, Anayasaca Başkanına tanınan kimi mali yetkiler de benzer şekilde, güçlü bir yürütme organının inşasına katkıda bulunmaktadır. Bu bakımdan Nijerya Anayasası, “*kamu hesaplarının denetimi*” başlıklı 85. maddesiyle, Federasyon tarafından toplanan gelirlerin ve yapılan harcamaların denetlenmesi maksadıyla bir *Genel Denetçi* atanacağını öngörmüştür. Komisyon ve ajanslar da dâhil olmak üzere, kural olarak tüm kamu kurum ve kuruluşlarını denetleme yetkisini haiz Genel Denetçi, maddenin son fıkrasına göre görevlerini yerine getirirken, herhangi bir makam veya kişinin yönlendirmesine yahut kontrolüne tâbi olmayacaktır. Bununla beraber, Anayasa’nın 86. maddesi uyarınca Genel Denetçi, Senato’nun onayını almak koşuluyla Başkan tarafından atanacak; Genel Denetçi’nin ofisinde görev yapacak kamu görevlileri ise yine doğrudan Başkan tarafından görevlerine atanacaktır. Genel Denetçi’nin görevden alınması ise atanmasına kıyasla daha sıkı şartlara bağlanmış olup göreve son verme işleminde Başkanın bu yönde iradesiyle birlikte Senato’nun üçte iki çoğunluğu aranmıştır.

Son olarak bahsetmekte yarar vardır ki yasama organının görev ve yetkilerinin düzenlendiği anayasal hükümlerde, vergi ve benzeri mali yükümlülük koyma ile kaldırma yetkilerinin sarıh biçimde Ulusal Meclis’e verilmesine karşın, pratikte kimi zaman yürütme organının herhangi bir parlamento kararına ya da kanuna dayanmaksızın kişilere mali sorumluluklar yüklediği de gözlemlenebilmektedir. Örneğin, 2005 senesinde Başkan Obasanjo, yasama organının konuya ilişkin herhangi bir kararı bulunmamasına rağmen, uygulamada petrol vergisi olarak adlandırılan bir vergi getirmiş ve bu durum, organlar arasında ulusal çaplı bir krize vücut vermiştir. Her ne kadar kriz, kamuoyunun da desteğini arkasına alan yasama organı lehine çözümlenmiş olmasından ötürü hukuka uygun biçimde çözüme kavuşturulabilmişse de bu durum, pratikte Başkan’ın yasama organı karşısında ne denli güçlü bir pozisyonda bulunduğunu gözler önüne sermektedir.⁶⁹

5. Siyasi Atmosferin ve Seçim Sisteminin Etkisi

Konuya dair değinilmesi lâzım gelen son husus, Nijerya’da etkili siyasi atmosferin ve geçerli seçim sisteminin, güçlü bir yürütme organının varlık kazanmasına ne denli tesir ettiği. Yukarıda da belir-

⁶⁹ Bilgin, s. 241.

tildiği üzere, 1979 ile 1983 yılları arasındaki dört yıllık sivil yönetim süresi haricinde, 1966 yılından 1999 yılına kadar, neredeyse otuz yıllık bir zaman zarfında Nijerya, askeri diktatörlük ile yönetilmiştir. Hükümet sistemi olarak parlamenter sistemi benimseyen Birinci Nijerya Cumhuriyeti, 1966 senesinde yapılan askeri darbeye son bulmuş ve 1979 ile 1983 yılları arasındaki sivil yönetim haricinde ülkede askeri cunta egemen olmuştur. Askeri diktaya son vererek kısa süreliğine de olsa ülkede sivil bir iktidarın varlığına imkân tanıyan ve bu yönüyle övgüleri hak eden kişi olarak ise *Olusegun Obasanjo* gösterilmiştir. Zira başkan seçilmesinden yaklaşık yirmi sene önce bir general olan Obasanjo, askeri rejimin başında kısa bir süre ülkeyi yönetmiş ve devamında iktidarından gönüllü şekilde vazgeçerek siyasi gücünü sivil yönetime devretmiştir. Obasanjo'nun bu tutumu gerek ulusal gerek uluslararası medyada büyük yankılar uyandırmış ve birçok otoritenin övgüsüne mazhar olmuştur. Bu fiili gerçekleştirdiği dönemde, Sahraaltı Afrika'nın neredeyse tamamının ya askeri diktayla ya da tek partili otoriter rejimlerle yönetiliyor olduğu gerçeği göz önüne alındığında, Obasanjo'nun eşine az rastlanır bu davranışı, kıtaya kısmen de olsa siyasi çoğulculuğun gelmesine yol açmıştır. Bu durum ise, 1999 Anayasası'nın yürürlüğe girmesi sonrası yapılan ilk başkanlık seçiminde Obasanjo'nun generalden başkana evrilmesinde ve Devlet Başkanı olarak seçilmesinde bir hayli etkili olmuştur.⁷⁰

Yirmi birinci yüzyıla kadar askeri diktanın siyasette egemen olması, Nijerya'da siyasi partilerin gelişimine fırsat vermemiştir. Siyasi dernek ve parti kurmanın ya da bu partilere üye olmanın yasaklandığı ülkede ordu yönetimi, her fırsatta siyasete müdahil olmuştur. Öyle ki mevcut siyasi parti yasakları, 1999 yılında Obasanjo'nun başkan seçilmesiyle neticelenen genel seçimden yalnızca birkaç hafta önce kaldırılmıştır. Bu durum ise, seçimde ortaya çıkan partilerin halkla bütünleşememesi ve halktan gerekli desteği alamaması sonucunu doğurmuştur. Ayrıca seçime çok az bir süre kala kurulan siyasi partiler, zamansal imkânsızlık nedeniyle belirli bir siyasi program dâhi ortaya koyamamışlardır. Bu durum ise, gelişmiş maddi imkânları ve cömert sponsorları sayesinde propaganda yapma fırsatı bulan siyasi partilerin güçlenmesine olanak sağlamıştır.⁷¹

⁷⁰ Mohammed, s. 177; Blondel, *African Presidential*, s. 151.

⁷¹ Mohammed, s. 178.

Nijerya Anayasasının 64. maddesi hükmü gerek Senato gerek Temsilciler Meclisi'nin olağan görev süresini dört yıl ile sınırlı tutmuştur. Bununla birlikte, yalnızca savaş hâliyle sınırlı olarak Başkan, seçimlerin yapılmasına olanak görmediği durumlarda, her defasında altı ayı geçmeyecek şekilde, Ulusal Meclis'in görev süresini uzatabilecektir. 135. maddenin 2. fıkrası uyarınca, tıpkı Ulusal Meclis seçimlerinde olduğu gibi dört yıllık bir süre için seçilen Başkan; maddenin 3. fıkrasına göre, yasama organı seçimlerinin ertelenmesine ilişkin söz edilen yetkisine benzer şekilde, yine yalnızca savaş durumuyla sınırlı olarak başkanlık seçimlerini de erteleyebilecektir. Ayrıca değinmekte yarar vardır ki Nijerya Anayasası, iktidarın kişiselleşmesinin önüne geçmek amacıyla bir kişinin en fazla iki dönem başkanlık yapabileceğini hükme bağlamıştır.⁷²

Lâkin belirtmek gerekir ki, iktidarın şahsileşmesine engel olmak amacıyla, bir kişinin en çok iki dönem başkanlık yapabileceği kuralına Anayasada açıkça yer verilmesi, siyasi hayatta demokratik ilkelerin tam anlamıyla benimsenemediği Nijerya'da, başkanın görev süresi eksenli hukuki krizlerin yaşanmasının önüne geçememiştir. İktidar hırsı pratikte anayasal norma üstün gelmiş ve 1999 Anayasasının yürürlüğe girmesiyle başladığı kabul edilen Dördüncü Nijerya Cumhuriyeti'nin henüz ilk Devlet Başkanı Obasanjo, üçüncü kez başkan seçilebilmek amacıyla, ikinci döneminin sonunda Anayasayı değiştirmeye çabalamıştır. Söz konusu çabalar kapsamında Obasanjo hükümetinin, rüşvet vermek ve değişiklik aleyhine oy kullanacağı düşünülen milletvekillerini yolsuzluk soruşturmasına konu olmakla tehdit etmek de dâhil olmak üzere, hukuka aykırı çeşitli yöntemlerle parlamento üzerinde baskı kurmaya çalıştığı ileri sürülse de bu girişimler başarısızlıkla sonuçlanmış ve bu durum, Nijerya'da demokrasinin gelişimi için atılan büyük bir adım olarak nitelendirilmiştir.⁷³

Anayasa'nın ilgili hükümlerine paralel olarak, Nijerya'da devlet başkanlığı seçimiyle Ulusal Meclis seçimleri aynı günlerde yahut oldukça yakın vakitlerde gerçekleştirilmektedir. Kimilerince "*hiper-baş-*

⁷² Nijerya Anayasası, madde 137/1: "Bir kimse, aşağıda söz edilen hâllerde Başkanlık görevine seçilmeye hak kazanamaz: ... b: önceki iki başkanlık seçiminde bu görevi seçtiği takdirde".

⁷³ Bilgin, s. 241; Söz konusu anayasa değişikliği girişiminin süreç ve neticeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Mohammed, s. 186-197.

kanlık" ya da "süper-başkanlık" olarak da adlandırılan, kuvvetlerin başkan ekseninde, yürütme organında birleştiği hükümet sistemlerinde, yasama ve yürütme organı seçimlerinin benzer tarihlerde yapılmasının öngörüldüğü ileri sürülmektedir. Zira başkanın mensubu olduğu siyasi partinin her iki organı da kontrol edebileceği biçimde dizayn edilen seçim tarihleri, popülaritesi yüksek başkan adayının partisinin parlamento seçimlerini de kazanmasına ve bu sayede yasama organı üzerinde başkanca hâkimiyet kurulmasına olanak sağlamaktadır.⁷⁴

Bahse konu keyfiyet ve savın ne denli geçerli olduğu, 1999 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden bu yana Nijerya'da gerçekleştirilen istisnasız tüm seçimlerde rahatlıkla gözlemlenebilmektedir. Ülkede azami bir hafta arayla gerçekleştirilen başkanlık ve parlamento seçimlerinde, seçimi kazanan başkan adayının mensup olduğu siyasi partiler de yine benzer oy oranlarıyla, Senato ve Temsilciler Meclisi seçimlerinde çoğunluğu elde etmişlerdir. Bu bakımdan örneğin, 2003 seçimlerine Başkan *Olusegun Obasanjo*, 2007 seçimlerine Başkan *Umaru Yar'Adua*, 2011 seçimlerine ise Başkan *Goodluck Jonathan* önderliğinde katılan *Halkın Demokratik Partisi (People's Democratic Party/PDP)*, başkanların aldığı oy oranlarına benzer çoğunluklarla gerek Senato gerek Temsilciler Meclisi seçimlerini kazanmıştır. 2015 ve 2019 genel seçimlerinde ise başkanlık yarışında ipi *Muhammadu Buhari* göğüslemiş; parlamentoda ise yine benzer nisaplarla, mensubu bulunduğu Tüm İlericiler Kongresi (*All Progressives Congress/APC*) üstünlüğü ele geçirmiştir.⁷⁵

Başkanlık sistemini benimseyen diğer Afrikalı devletlerde olduğu gibi Nijerya'da da ulusal seçimlerin hukuka ve demokratik ilkelere uygun şekilde gerçekleştirilebildiği seçimlere rastlamak oldukça güçtür. Nitekim, sivil yönetime geçişin gerçekleştiği 1999 senesinden, eski Başkan *Goodluck Jonathan*'ın barışçıl bir tavırla yenilgiyi kabul ettiği 2015 yılına dek yapılan başkanlık seçimlerinin tümü, oldukça gergin bir siyasi atmosfer ve yoğun hukuka aykırılık iddiaları arasında gerçekleşmiştir.⁷⁶ 2003 ile 2007 yıllarında Nijerya'da gerçekleşen baş-

⁷⁴ Özsoy Boyunsuz, s. 175.

⁷⁵ Detaylı bilgi için bkz. Nijerya Bağımsız Ulusal Seçim Komisyonu (INEC) internet adresi: <https://www.inecnigeria.org/elections/election-result> (Erişim Tarihi: 04.04.2022).

⁷⁶ Kaaba, s. 330-331; 2015 seçimlerinin görece sorunsuz biçimde gerçekleşebilmesinde, bağımsız ve tarafsız seçim yargısının sağlanabilmesi amacıyla, son dönemde

kanlık seçimi ve milletvekili genel seçimlerine ilişkin, Avrupa Birliği gözlemci heyetlerinin ortaya koyduğu bulgular, bu savı destekler niteliktedir. Heyetler, genel olarak uluslararası standartların bir hayli gerisinde gerçekleştiğini iddia ettikleri şeffaflıktan uzak seçimlerin; yaygın usulsüzlükler, meydana gelen hile ve yolsuzluklara ilişkin elde edilen çok sayıda kanıt, siyasi katılıma dair seçim sürecinin hemen her aşamasında seçmenlerce karşılaşılan güçlükler, siyasi parti ve başkan adaylarının eşit koşullarda yarışmasına engel teorik ve pratik koşullar ile vuku bulan sayısız şiddet olayı gerekçeleriyle demokratik ilkelere uygun olarak gerçekleştiğinden bahsedilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Bu menfi olgulara, siyasi seçimlerin yargısal denetiminde yetkili Bağımsız Ulusal Seçim Komisyonu'na yürütme organının müdahalesini engelleyebilecek yasal mekanizmaların eksikliği de eklendiğinde heyetlere göre, bahse konu seçimlerin sonuçlarına güven duyulabilmesi mümkün olmayacaktır.⁷⁷

Son olarak bahsetmekte fayda vardır ki Senato ve Temsilciler Meclisi seçimlerinde, seçim bölgeleri ilanı başta olmak üzere, genel seçimlerin düzenlenmesine ilişkin birçok hususta yetkili bir komisyon olan *Bağımsız Ulusal Seçim Komisyonu (Independent National Electoral Commission)*, Anayasa'nın 73. maddesine göre, en fazla on yıllık aralıklarla, Ulusal Meclis seçimleri bakımından ülkenin seçim bölgelerine bölünmesini gözden geçirmekle ve gereken hâllerde seçim bölgelerini değiştirmekle yükümlüdür. Ek olarak, 76. madde uyarınca Senato ve Temsilciler Meclisi seçim tarihlerinin belirlenmesi de yine anayasal sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla Bağımsız Ulusal Seçim Komisyonu'nun takdirindedir. Burada altının çizilmesi gereken asıl husus, Komisyon başkan ve üyelerinin buldukları göreve ne şekilde geldikleridir. Zira Anayasa'nın 154. maddesi hükmü dolayısıyla başkan ve üyeler, Senato'nun onayına tâbi olmakla beraber doğrudan Devlet Başkanı tarafından göreve atanmaktadır. Tıpkı diğer birçok hu-

yapılan anayasal reformların da etkisinin büyük olduğu öğretilerde ileri sürülmektedir. Suberu, s. 16.

⁷⁷ Avrupa Birliği Seçim Gözlem Misyonu, 2003 Nijerya Ulusal Meclis, Federe Meclisler, Valilik ve Başkanlık Seçimlerine İlişkin Nihai Gözlem Raporu, s. 1 (https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/212733/Nigeria-general-elections_12-&-19-April-03-May-20016_EU-EOM-report.pdf); Avrupa Birliği Seçim Gözlem Misyonu, 2007 Nijerya Ulusal Meclis, Federe Meclisler, Valilik ve Başkanlık Seçimlerine İlişkin Nihai Gözlem Raporu, s. 1 (https://www.eods.eu/library/FR%20NIGERIA%202007_en.pdf) (Erişim Tarihi: 04.04.2022).

susta olduğu gibi bu durum da Nijerya'da yürütme organının uygulamada parlamento üzerinde kurduğu hâkimiyetin bir diğer gerekçesini teşkil etmektedir.

SONUÇ

Sosyokültürel ve siyasi birtakım gerekçelerle başkanlık sistemini tercih eden Afrikalı devletlerin geneline bakıldığında güçlü bir yürütme organı etrafında şekillenen hükümet sistemlerine rastlanmaktadır. Gelişmemiş ve zayıf demokrasi kültürü, yoğun siyasi katılım olanaksızlıkları, patron-müşteri ilişkisi üzerinde konumlanmış politik konjonktür benzeri birçok etmen, yürütme organı lehine düzenlenmiş anayasal hükümlerle birleştiğinde ortaya gerek parlamento gerek yargısal merciler üzerinde tahakküm kurmuş bir başkan ve yürütme organı çıkmaktadır. Hâl böyleyken, başkanlık sistemini benimseyen Afrika ülkelerinde, esasen yasama ve yürütme kuvvetlerinin sert ayrılığına dayanan bir hükümet sistemiyle karşılaşılammakta; siyasi iktidarı bünyesinde toplayan yürütme organı, baskıcı ve otoriter bir nitelik kazanmaktadır.

Ekonomik açıdan yaşadığı gelişmeler ile ülkede gelişen anayasacılık hareketlerinin etkisiyle, sahip olduğu hükümet sistemi modeli bakımından tipik Afrikalı devletlerden bir nebze farklılaşmış olsa da Nijerya'da da pratikte diğer devlet organları üzerinde egemenlik kurmuş bir başkan ve yürütme organına rastlanılmaktadır. Bu durumun temel nedenlerinden biri, yürütme organının yetki, görev ve işleyişine ilişkin düzenlenen anayasal hükümlerdir. Zira her ne kadar önemli kamusal atama ve görevden alma işlemleri söz konusu olduğunda, Devlet Başkanı Senato'nun iradesiyle sınırlandırılmışsa da diğer birçok konuda Başkana geniş yetkiler tanınmak suretiyle parlamento ve Başkan arasında dengeyi sağlamaya elverişli anayasal mekanizmalar devre dışı bırakılmıştır. Yargısal mercilere yapılacak atamaların çoğu zaman yalnızca Başkanın takdirine bırakılması, sahip olduğu güçleştirici veto yetkisi sebebiyle yasama tasarruflarının bir bakıma Başkanın iradesine tâbi olması, Başkana bütçe konusunda yasamanın bütçe gücünü ortadan kaldırma potansiyelini haiz yetkiler verilmesi ve impeachment usulünün işlevsizliği gibi birçok husus, Nijerya Federal Cumhuriyeti'nde Devlet Başkanının kazandığı egemen pozisyonun anayasal dayanakları olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bununla beraber, Nijerya'da yasama organını bir hayli güçsüz ve ikincil bir konuma indirgeyerek Devlet Başkanının aşırı biçimde güçlenmesine olanak tanıyan tek unsurun başkanlık sisteminin ortaya çıkardığı hükümet modeli olduğu söylenemeyecektir. Öyle ki çalışmada bahsedilen, kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerine ciddi zararlar vermeye elverişli birçok olay ve olgunun, söz konusu hükümet sistemiyle doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Gerçekten de yargı organı mensuplarına verilen hukuka aykırı disiplin cezaları, anayasal uyumlaştırma adı altında Başkanca girişilen yasama tasarrufları, üçüncü dönem başkanlık tartışmalarında parlamenterlere verilen rüşvet ve gözdağı ile seçim sistemine ilişkin ağır aksaklıkların yegâne kaynağı olarak başkanlık sisteminin gösterilmesi, yerinde ve tutarlı bir yaklaşım olmayacaktır. Zira bahse konu olaylarda, hükümet sisteminin tek veya çift başlı olması, devlet başkanının göreve gelme usulü yahut yasama ve yürütme organının birbirlerini feshedip edemeyecekleri hususları pek de önem taşımamaktadır. Bir başka ifadeyle, Nijerya'nın parlamenter sistemi benimsediği ihtimalde de benzer nitelikli sorunlar yaşanacak ve güçler ayrılığı ilkesi yine zarar görecektir.

Sonuç olarak, yürütme iktidarının sınırlandırılması meselesinde Nijerya örneğinde karşılaşılan iki temel sorunun bulunduğunu ifade etmek mümkündür. Bunlardan ilki, mevcut hükümet sistemi ve anayasal hükümler vasıtasıyla yürütme organına olabildiğince geniş yetkiler tanınarak yasama ve yargı organlarının dezavantajlı duruma düşürülmesi iken; diğeri ise, demokratik ilke ve değerlerden bir hayli uzak kalmış siyasi kültür ve konjonktürdür. Bununla birlikte, bunlar birbirinden bağımsız iki ayrı problem olmayıp birbirleriyle son derece ilişkililerdir. Rahatlıkla gözlemlenebileceği üzere, birçok yönüyle fren ve denge mekanizmalarından arındırılmış hükümet modeli, yürütmenin hukuki sınırlar olmaksızın güçlenmesine olanak tanıyarak Nijerya'yı çoğulcu demokratik kültür ve ilkelerden uzaklaştırmaktadır. Benzer biçimde, hükümet sisteminin ortaya çıkardığı demokrasiden uzak siyasi kültür ise, yürütme organını hukuk dışı yollarla iktidarını güçlendirme yoluna iterek hâlihazırda mevcut anayasal denetim mekanizmaların etkisini yitirmesine yol açmaktadır. Dolayısıyla Nijerya'da gerek teorik gerek pratik açıdan kuvvetler ayrılığı ve hukukun üstünlüğü ilkelerine dayanan bir sistemin inşa edilebilmesi ancak hem yasama ve yürütme organları arasındaki dengeyi sağlayabilecek anayasal mekanizmaların kurulabilmesi hem de siyasi hayatta demokratik prensiplerin hâkim kılınabilmesi hâlinde mümkün olabilecektir.

Kaynakça

Kitaplar

- Açıl Murat, Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi, On İki Levha, 2018.
- Blondel Jean, African Presidential Republics, Routledge, 2019 (African Presidential).
- Blondel Jean, The Presidential Republic, Palgrave Macmillan, 2015 (Presidential Republic).
- Cheeseman Nicholas/Bertrand Eloïse/Husaini Sa'eed, A Dictionary of African Politics, Oxford University Press, 2019.
- Fagbadebo Omololu, Impeachment in the Nigerian Presidential System, Palgrave Macmillan, 2020.
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. I, 2. Baskı, Ekin, 2020.
- Hyden Goran, African Politics in Comparative Perspective, 2. Baskı, Cambridge University Press, 2013.
- Lijphart Arend, Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries, 2. Baskı, Yale University Press, 2012.
- Özsoy Boyunsuz Şule, Dünyada Başkanlık Sistemleri, İmge Kitabevi, 2017.
- Uluşahin Nur, Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi, Yetkin, 1999.
- Yazıcı Serap, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri, 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, No. 23, 2017.

Makaleler

- Adejumobi Said, "Democracy and Governance in Nigeria: Between Consolidation and Reversal", içinde Governance and Politics in Post-Military Nigeria (Ed. Said Adejumobi), Palgrave Macmillan, 2010, s. 1-22.
- Aiyede Emmanuel Remi, "Legislature-Executive Relations in Nigeria's Emergent Presidential Democracy", *UNILAG Journal of Politics*, C. 2, S. 1, 2005, s. 64-87.
- Awotokun Kunle, "The Nigeria's Presidentialism and the Burden of Profligacy in an Inchoate Constitutional Democracy", *Mediterranean Journal of Social Sciences*, C. 11, S. 5, 2020, s. 40-45.
- Bilgin Murat, "Afrika'da ABD Tipi Başkanlık Sistemi: Nijerya Federal Cumhuriyeti", içinde Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri Başkanlık Sistemi: ABD, Arjantin, Azerbaycan, Brezilya ve Nijerya Örnekleri, TBMM Araştırma Merkezi Yayınları, No. 7, 2015, s. 221-252.
- Falana Femi, "Constitutionalism, Rule of Law, and Human Rights", içinde Governance and Politics in Post-Military Nigeria (Ed. Said Adejumobi), Palgrave Macmillan, 2010, s. 125-144.
- Ihonybere Julius O., "How to Make an Undemocratic Constitution: The Nigerian Example", *Third World Quarterly*, C. 21, S. 2, 2000, s. 343-366.
- Kaaba O'Brien, "The Challenges of Adjudicating Presidential Election Disputes in Domestic Courts in Africa", *African Human Rights Law Journal*, C. 15, S. 2, 2015, s. 329-354.
- Karaer Abdullah, "Parlamentar ve Başkanlık Sistemlerinde Yasamanın Bütçe Gücü", *Sayıştay Dergisi*, C. 32, S. 122, Eylül 2021, s. 73-105.

- Mohammed Abubakar Siddique, "The Masquerade Unmasked: Obasanjo and the Third-Term Debacle", içinde *Governance and Politics in Post-Military Nigeria* (Ed. Said Adejumobi), Palgrave Macmillan, 2010, s. 173-207.
- Mojekwu Christopher C., "Nigerian Constitutionalism", *NOMOS: American Society for Political and Legal Philosophy*, C. 20, 1979, s. 163-188.
- Ogunsakin Jide, "Evaluation of Impeachment Proceedings under the Constitution of the Federal Republic of Nigeria 1999", *Journal of Law, Policy and Globalization*, C. 34, 2015, s. 130-143.
- Olasupo Fatai Ayisa, "Voice of Jacob Hand of Esau: Appraising the Role of Chief Executives and Party Leaders in Impeachment Processes in Nigeria", *Beijing Law Review*, C. 5, S. 1, 2014, s. 7-21.
- Prempeh H. Kwasi, "African judges, in their own cause: Reconstituting independent courts in contemporary Africa", *International Journal of Constitutional Law*, C. 4, S. 3, 2006, s. 592-605.
- Salih M. A. Mohammed, "The Changing Governance Role of African Parliaments", içinde *African Parliaments Between Governance and Government* (Ed. M. A. Mohammed Salih), Palgrave Macmillan, 2005, s. 3-24.
- Syring Tom, "Alternation Denied: Africa's Presidential 30+ Club", *ILSA Journal of International and Comparative Law*, C. 23, S. 2, 2017, s. 317-336.
- Taiwo Elijah Adewale, "Judicial Review of the Impeachment Procedure in Nigeria", *Malawi Law Journal*, C. 3, S. 2, 2009, s. 236-272.
- van Cranenburgh Oda, "'Big Men' Rule: Presidential Power, Regime Type and Democracy in 30 African Countries", *Democratization*, C.15, S. 5, s. 952-973.
- van de Walle Nicholas, "Presidentialism and Clientelism in Africa's Emerging Party Systems", *The Journal of Modern African Studies*, C. 41, S. 2, 2003, s. 297-321.

Diğer Kaynaklar

Suberu Rotimi, *Nigeria's Permanent Constitutional Transition: Military Rule, Civilian Instability and "True Federalism" in a Deeply Divided Society*, Forum of Federations, Occasional Paper Series, No. 34, 2019.

İnternet Kaynakları

www.oxfordreference.com	Oxford Reference
www.inecnigeria.org	Independent National Electoral Commission of Nigeria
www.europarl.europa.eu	European Parliament
www.eods.eu	Election Observation and Democracy Support

CEZAEVLERİNDE HÜKÜMLÜ VE TUTUKLULARA YÖNELİK ZOR KULLANILMASININ VE KELEPÇE TAKILMASININ SINIRLARI

LIMITS OF THE USE OF FORCE AND HANDCUFFS AGAINST CONVICTS AND DETAINEES IN PRISONS

Bahattin ARAS*

Özet: Cezaevlerinde zor kullanılması ve kelepçe takılması, tutuklu ve hükümlünün hakları ile kurumun güvenliği, disiplini ve düzeni arasında denge kurulamadığı için ciddi sorunlara ve insan hakları ihlallerine neden olan konulardan biridir. Koşulların zorunlu ve kaçınılmaz hale geldiği durumlarda kurum güvenliğinin, düzeninin ve disiplininin sağlanması bakımından çerçevesi kanunlarla belirlenmiş evrensel hukukun temel esaslarına uygun olarak zor kullanılması ve kelepçe takılması bir gereklilik haline gelebilir. Ancak hükümlü ve tutuklulara yönelik zor kullanılması ve kelepçe takılması, cezaevlerinde güvenliği ve düzeni sağlama noktasında önemli tedbirlerden biri olsa da istisnai olarak başvurulabilecek bir tedbirdir. Dolayısıyla mevzuatın belirlediği esasların ve istisnai durumların dışında hükümlü ve tutuklunun haklarını ihlal eden, onları rencide eden keyfi ve genel bir uygulamaya dönüşmemesi gerekir. Mevcut çalışmada infaz hukukuna ilişkin temel ilkeler ışığında hükümlü ve tutuklulara yönelik cezaevlerinde zor kullanılması ve kelepçe takılmasının sınırlarına ilişkin temel esaslar, uygulamada yaşanan sorunlar ve oluşan hak ihlalleri ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: İnfaz Hukuku, Cezaevi, Hükümlü, Zor Kullanılması, Kelepçe Takılması

Abstract: The use of force and handcuffs in prisons is one of the issues that cause serious problems and human rights violations, as a balance cannot be established between the rights of the detainees and convicts and the security, discipline and order of the institution. In cases where the conditions become compulsory and inevitable, the use of force and handcuffs may become a necessity in accordance with the basic principles of universal law, the framework of which is determined by laws, in order to ensure the security, order and discipline of the institution. However, although the use of force and handcuffs against convicts and detainees is one of the important measures to ensure security and order in prisons, it is a

* Dr., Freelance Editör/Danışman, bahattinaras2018@gmail.com, ORCID: 0000-0002-3551-7363, Makalenin Gönderim Tarihi: 03.03.2022, Kabul Tarihi: 07.07.2022

measure that can be applied exceptionally. Therefore, it should not turn into an arbitrary and general practice that violates the rights of convicts and detainees and offends them, apart from the principles set by the legislation and in exceptional circumstances. In the current study, in the light of the basic principles of the law of execution, the basic principles regarding the use of force and the limits of wearing handcuffs in prisons for convicts and detainees, the problems experienced in practice and the violations of rights will be discussed.

Keywords: Law on Criminal Execution, Prison, Convict, Use of Force, Handcuff

GİRİŞ

Çağdaş ceza infaz sisteminde “*insan*” odaklı uygulama ve faaliyetlerle hükümlünün topluma dönüşünün tekrar sağlanması amaçlanmaktadır. Burada etkin, ıslah edici ve onarıcı bir infaz süreci hedeflenmektedir. Toplum için ifa ettikleri bu hassas fonksiyonları nedeniyle cezaevlerinin disiplin, düzen ve güvenliğinin sağlanması infazın etkinliği noktasında önemlidir. Bundan dolayı cezaevi idaresi güvenlik, disiplin ve düzen noktasında bir kısım uygulamalar geliştirebilir. İdarenin bu amaçla geliştireceği uygulamaların sınırı ise evrensel hukuk ilkeleri ve kanunlarla tutuklu ve hükümlülere tanınmış olan hak ve yükümlülüklerdir. Cezaevi idaresinin tutuklu ve hükümlüye tanınmış olan hakların özüne zarar verecek, infazdan beklenen amacı ortadan kaldıracak uygulamalardan uzak durması gerekmektedir. Zira kişinin hükümlü veya tutuklu olması nedeniyle özgürlük ve güvenlik hakkı kısıtlanmış olsa da insan olması nedeniyle diğer temel haklarını kullanmaya devam edecektir. Burada cezaevi koşullarında ve hükümlü veya tutuklu statüsüne uygun olarak temel hakların varlığı ve kullanılması genel kuraldır.

Bu noktada cezaevlerinde tutuklu ve hükümlünün hakları ile kurumun güvenliği, disiplini ve düzeni arasında denge kurulmadığı için ciddi sorunlar ve hak ihlallerine neden olan konulardan biri de cezaevlerinde zor kullanılması ve kelepçe takılmasıdır. Burada kurum güvenliğinin ve düzenin sağlanması bakımından çerçevesi kanunlarla belirlenmiş ve evrensel hukukun temel esaslarına uygun olarak koşulların zorunlu ve kaçınılmaz hale getirdiği durumlarda zor kullanılması ve kelepçe takılması bir gereklilik haline gelebilir. Ancak zor kullanılması ve kelepçe takılması cezaevlerinde güvenliği ve düzeni sağlama noktasında önemli tedbirlerden biri olsa da bu tedbirin, mev-

zuatın belirlediği esasların dışında hükümlü ve tutuklunun haklarını ihlal eden, onları rencide eden keyfi bir uygulamaya dönüşmemesi gerekir. Zor ve kelepçe kullanılması istisnai bir uygulama olması nedeniyle bir noktada bunların baskılama veya ikincil bir cezalandırma yöntemi olarak kullanılmaması gerekir.

Mevcut çalışmada infaz hukukuna ilişkin temel kavram ve ilkelere ışığında hükümlü ve tutuklulara yönelik cezaevlerinde zor kullanılması ve kelepçe takılmasının sınırlarına ilişkin temel esaslar ve uygulamada yaşanan sorunlar ile oluşan hak ihlalleri ele alınacaktır. Bu konular ele alınırken ilgili ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri ile birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Anayasa Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın konuya ilişkin uygulama ve içtihatlarına da yer verilecektir.¹

I. HÜKÜMLÜ VE TUTUKLULARA YÖNELİK ZOR KULLANIMI ve SINIRLARI KOLLUĞUN

A. ZOR KULLANMA YETKİSİ

1. Zor Kullanma Yetkisi

İdarenin kamu hizmeti, kamu düzeni ve kamu sağlığı gibi toplumsal faaliyetleri yürütürken doğrudan, tali ve re'sen kullandığı bir yetki ile üçüncü kişiler üzerindeki zor kullanma yetkisi esasen idarenin idari yaptırım yetkisi kapsamında kalmaktadır. Bütün idari işlemlerde olduğu gibi idari yaptırım kararının alınması ve uygulanmasının da kural olarak kanuni bir dayanağının bulunması gerekmektedir.² Ayrıca idari yaptırım kapsamında kullanma yetkisinin sınırlarını kanunilik, elverişlilik ve ölçülülük ilkeleri belirlemektedir. Kolluğun zor kullanma yetkisinin sınırlarını aşmaması gerekmektedir. Zor kullanmanın gerektiği bir durumda biber gazı ile müdahale etme elverişliken cop ile müdahale edilmesi elverişsiz ve orantısız bir müdahale

¹ Çalışmamızda atf yapılan AİHM kararlarının orijinal metnine "<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>"; Anayasa Mahkemesi kararlarının orijinal metnine "<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>" adresinden dosya bilgilerini yazmak suretiyle ulaşılabilmesi mümkün olduğundan dolayı atf yapılan her bir karar bakımından bu sayfalara tekraren atf yapılmamıştır.

² M. Bedri Eryılmaz/Ayhan Bozlak, "Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi", *TBB Dergisi*, Ankara.2009, S.83, s.229

olacaktır.³ Zira ölçülülük ilkesi kapsamında elverişli bir müdahaleden kasıt etkili ve makul bir araç ile amaca ulaşmaktır.⁴ Burada durumun gerektirdiği ölçüde ve uygun araçlarla müdahalede bulunulması esastır. Dolayısıyla kolluğun zor kullanma yetkisinin, sözlü uyarı ve beden dili ile başlayan silahsız fiziki güç uygulama, öldürücü olmayan silahlarla müdahale ve öldürücü silahlarla müdahale şeklinde sıralanan aşamalardan oluştuğu öğretilde kabul edilmektedir. Bu aşamalar zor kullanmayı gerektiren direnç seviyesine göre uygulanacak zor kullanma seviyesini de ifade etmektedir.⁵ Bütün bu zor kullanmada nihai amaç olarak, ortaya çıkan direnci ve fiziksel şiddeti kırarak kişiyi etkisiz hale getirme ve durumu kontrol altına alma vardır. Burada sadece zor kullanmaya neden olan fiilleri orantılı bir şekilde etkisiz hale getirme amacına yönelik bir müdahale olmalıdır.⁶

Diğer taraftan bozulan kamu düzenini ve güvenliğini sağlamak bakımından kolluk birimlerine zor kullanma yetkisinin tanınması zorunlu olmakla birlikte bu yetkinin en temel insan hakkı olan yaşama hakkını tehdit etmesi nedeniyle bu yetkinin kullanılabilceği durumlar ve şartlar, kanunlarla, öngörülebilir bir şekilde sınırlanmalıdır. Bu sınırlamanın temel amacı kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması ve suçla mücadele ile temel hak ve özgürlükler arasında denge sağlamak ve keyfi uygulamaların önüne geçmektir.⁷ Dolayısıyla zor kullanma yetkisinin ölçülü olması kadar önemli olan bir diğer niteliği ise yasal dayanağının bulunmasıdır. Yasal dayanağa sahip ve ölçülü bir zor kullanma halinde müdahale hukuka uygun olacaktır.⁸

³ Yücel Oğurlu, *Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s.36-37; Hayrettin Kurt, "İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2014, C. XVIII, S. 1, s.166

⁴ Zuhâl Bereket, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 1996, s. 171; Eryılmaz/Bozlak, s.272

⁵ Serkan Altıntop, "Kamu Güvenliğini Sağlamada Kolluğun Aşırı Güç Kullanma Sorunsalı:", *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Ankara 2015, C.14, S.4, s. 880

⁶ Sulhi Dönmezer, *Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi ve İnsan Hakları*, Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No:6, İstanbul 2005, s.22

⁷ Adem Çelik, "Özgürlük ve Güvenlik Bağlamında İç Güvenlik Paketinde Yer Alan Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara 2015, S.5, s. 235-263

⁸ Zeki Hafızoğulları, "İnsan Hakları, Polis Görevi ve Yetkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1995, C.44, S.1-4, s.576.; Cin, Onursal: "Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Dergisi*, C. 8, S. 1-2, Y. 2000, s.

Türk hukukunda, kolluğun zor kullanma yetkisinin ayrıntılı olarak düzenlendiği temel metinlerin başında 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 16. maddesi gelmektedir. Maddedeki düzenleme uyarınca zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir. Maddenin diğer fıkralarında bedenî kuvvet ve maddî güç kavramlarının ne anlama geldiği, hangi koşullarda bedenî kuvvet, maddî güç ve silah kullanılacağı ve zor kullanmadan önce yapılması gerekenler ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Madde bu yönüyle sadece polis için değil diğer zor kullanma yetkisine sahip genel ve özel kolluk kuvvetlerinin zor kullanmada uyacakları esaslar noktasında belirleyici bir düzenlemedir.⁹ Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere zor kullanma yetkisi ancak kanunun çizdiği sınırlar çerçevesinde, kademeli bir şekilde ve ölçülülük ilkesine uygun olarak kullanılması halinde hukuka uygun olabilecektir.

Zor kullanmanın kaçınılmaz olduğu durumlarda gündeme gelen bir diğer husus ise zor kullanma sırasında silah kullanılmasıdır. Ulusal ve uluslararası mevzuatın belirlediği ilkeler dikkate alındığında zor kullanma sırasında bedenî kuvvet ve maddî gücün yetersiz kalması halinde silah kullanılabilir. Müdahale sırasında silahın da yetersiz kalması halinde son çare olarak ateşli silah kullanılabilir. Özellikle ateşli silah kullanımına kolluk görevlisi kendisinin veya başkasının hayatının tehlikede olduğuna ya da kendisinin veya başkasının vücut bütünlüğüne ciddi bir müdahalenin olduğu durumlarda başvurmalıdır. Dolayısıyla oluşan tehlikenin silah dışında alternatif bir yöntemle giderilmesi mümkün ise silah kullanılmaz. Son çare prensibi burada da geçerli olduğundan kolluk görevlisi durumun şartları içerisinde silah dışında bir alternatif kullanabiliyorsa silah kullanmaması gerekmektedir.¹⁰

679.

⁹ Suat Çalışkan, "Polisin Zor Kullanma Yetkisi", <https://www.hukukihaber.net/polisin-zor-kullanma-yetkisi-makale,7355.html>, İET:11.02.2022; Eryılmaz/Bozlak, s.223

¹⁰ David A. May/James E. Headley, Reasonable Use of Force by Police, Peter Lang Inc., International Academic Publishers, New edition, New York 2008, s. 47; Banks, s.73

2. Uluslararası Belgelerde Zor Kullanma Yetkisinin Sınırları

Kolluğun zor kullanma yetkisi her zaman sorunlara neden olduğundan bu konuda ulusal ve uluslararası alanda standartlar ve ilkeler belirlenmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda Birleşmiş Milletler Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına Dair Temel Prensipler zor kullanmaya ilişkin önemli ilkeler getirmiştir. Temel Prensiplerin, "Genel Hükümler" başlığı altındaki, 4. maddesinde kuvvet ve silaha başvurmadan önce mümkün mertebe şiddet içermeyen uzlaşma yöntemlerinin kullanılması gerektiği vurgulanmış ve ancak amaca ulaşamaması, başka çare kalmaması durumunda ve zorunlu olduğu halde, zor ve silah kullanılabilmesi belirtilmiştir. Temel Prensiplerin 5. maddesindeki düzenleme uyarınca zor ve silah kullanma kaçınılmaz hale geldiğinde, meşru amaçla ve orantılı bir ölçüde bunlar kullanılabilir. Bu kapsamda meydana gelecek hasar ve zarar en aza indirilmeli, insan yaşamına saygı duyulmalı ve korunmalıdır. Yaralanan kişilere tıbbi yardım sağlanması ve yakınlarına derhal bilgi verilmesi zorunludur.¹¹

AİHS'nin yaşam hakkını güvenceye alan 2. maddesinin ikinci fıkrası istisnai olarak bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması, usulüne uygun olarak yakalamak veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek ve ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için zor kullanılması neticesi ölüm meydana geldiği haller bakımından, bu müdahalenin hukuka aykırı olmayacağını kabul etmiştir.¹² Sözleşmenin 3. maddesinde ise hiç kimsenin işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamayacağı belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere burada da kolluğun veya güç kullanmaya yetkili kamu görevlilerinin zor kullanabilmesi bakımından "kaçınılmaz-zorunlu" bir durumun ortaya çıkması gerekmektedir. Zor kullanma konusunda ulusal ve uluslararası hukukta "kanunilik", "zorunluluk" ve

¹¹ Birleşmiş Milletler Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına Dair Temel Prensipler, 27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana'da toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların İslahı üzerine yapılan Sekizinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiştir. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/inshaklari/0-insHaklMevzAlfabetik.htm>, İET:14.02.2022

¹² Oktay Bahadır, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Yaşama Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 99-103

“orantılılık” temel ilke olarak belirlenmiştir.¹³ Zor kullanmada sınırlı ve orantılı müdahale edilmeli ve yaşam hakkına en az zararın verilmesi gerekmektedir. Burada kaçınılmaz durumdan dolayı son çare olarak bir zor kullanma durumu söz konusudur.¹⁴

AİHM’ye göre terörle mücadele, organize suçlarla mücadele veya çocuk kaçırma gibi olağanüstü hallerde güç kullanılması gerekse bile bu zor kullanılması hiçbir şekilde Sözleşme’nin 3. maddesi kapsamındaki işkence ve kötü muameleyle dönüşemez. Aynı şekilde Sözleşme’nin 3. maddesindeki yasağa istisna getirilemez. Bu kapsamda Gäfgen/Almanya Kararında AİHS’nin 3. maddesindeki işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında ilgilinin davranışları veya kendisine isnat edilen suçun niteliği ne olursa olsun hiçbir istisna tanınmayacağı ve hiçbir açıklayıcı unsura ve hiçbir şekilde iki değerini kıyaslanması işlemine imkân vermeyeceğine vurgu yapmıştır. Mahkeme kolluk görevlilerinin, ilgilinin davranışları sebebiyle zor kullanmaya mecbur kaldıkları hâllerde bu gücün gerekli ve orantılı olup olmadığı yönünde inceleme yapmıştır.¹⁵ Ayrıca mahkeme zor kullanımından kaynaklı hak ihlallerini incelerken zor kullanmanın, ilgili kişinin davranışlarıyla mecburi hâle gelmiş olmasını¹⁶ ve kullanılan gücün, yakalama veya etkisiz hâle getirme gibi güdülen meşru amaçla orantılı olmasını¹⁷ temel kıstas olarak kabul etmektedir.¹⁸ Mahkemeye göre özgürlüğünden mahrum edilen bir kişiye ilişkin olarak, kişinin kendi davranışı nedeniyle kesin bir zorunluluk olarak başvuru dışındaki her türlü fiziksel güç kullanımı insan onurunu zedeler ve kural olarak Sözleşme’nin 3. maddede korunan hakkın ihlâline neden olur.¹⁹

¹³ Mustafa Alçalar, Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisan Tezi, İstanbul 2006, s.89; Cin, s.678

¹⁴ M. Kerem Osmanoğlu, “Uluslararası Belgeler Işığında Polis ve Vatandaş İlişkisi” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2013, C. XVII, S.1- 2, s.1560

¹⁵ AİHM Gäfgen/Almanya Kararı, Başvuru No:22978/05, K.T: 01.06.2010

¹⁶ AİHM Özen vd./Türkiye, Başvuru No: 29272/08, K.T: 23.2.2016, Prg...81

¹⁷ AİHM Rehbock/Slovenya, Başvuru No: 29462/95, K.T: 28.11.2000, Prg.71-77

¹⁸ Hasan Mutaf, “Kötü Muamele Yasağının Kapsamı ve İkincilik İlkesi”, *Anayasa Yargısı*, Ankara 2020, C.37, S.1, s.253-254.

¹⁹ Kerem Altıparmak, “İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz? Türkiye’de Orantısız Güç Kullanma Sorunu”, *Toplum ve Bilim*, Ankara 2009, S.115, s.138 vd.; H. Gökçe Zabunoğlu, “AİHM Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2017, C.66, S. 3, s.644

3. Zor Kullanma Yetkisinde Sınırın Aşılması

Zor kullanma yetkisine sahip kolluk birimlerinin bu yetkilerini kullanırken kademeli ve ölçülü hareket etmemeleri veya diğer temel ilkelere uymamaları, diğer bir ifade ile zor kullanma yetkisinde sınırların aşılması halinde eylemin niteliğine göre başta TCK'nın 256. maddesinde tanımlanan ²⁰ zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu olmak üzere, işkence²¹ (TCK. md 94) ve eziyet ²² (TCK. md.96) gibi suçlar oluşacaktır.²³

AİHM'ye göre bir müdahalenin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi bakımından öncelikle "*kanunla öngörülmesi*", AİHS'nin 11. maddesi uyarınca bir ya da daha fazla "*meşru amacı*" yerine getirmeye yönelik olması, müdahalenin "*demokratik bir toplum açısından gerekli*" olması ve nihayetinde müdahalenin "*orantılı olması*" koşullarını aramaktır. Mahkeme kolluğun orantısız güç kullandığı iddia edilen birçok davada Sözleşme'nin işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muameleyi yasaklayan 3. maddesinin ihlâl edildiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre, özgürlüğünden mahrum edilen bir kişiye ilişkin olarak, kişinin kendi davranışı nedeniyle kesin bir zorunluluk olarak başvuru dışındaki her türlü fiziksel güç kullanımı insan onurunu zedeler ve kural olarak Sözleşme'nin 3. maddesinde korunan hakkın ihlâline sebep olur.²⁴

Zor kullanma yetkisine sahip kolluk görevlileri, bu yetkilerini görevlerinin gerektirdiği ölçünün dışında kasten zor kullanmaları durumunda "*zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması*" suçu kapsamında soruşturma ve kovuşturmayaya tabi olacaktırlar. Burada meşru

²⁰ Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması

Madde 256- (1) Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

²¹ İşkence

Madde 94- (1) Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

²² Eziyet

Madde 96- (1) Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

²³ Altıntop, s.880

²⁴ AİHM Güler/Türkiye Kararı, Başvuru No: 49391/99, KT:10.01.2006, Prg.46

bir şekilde başlayan ancak orantısızlıktan kaynaklı olarak sonradan müdahale hukuka aykırı hale gelmektedir. İşkence ve eziyette ise durum farklıdır. Kolluk birimlerinin bazı zor kullanma eylemleri işkence veya eziyet suçuna da vücut verebilir. İşkence ve eziyet suçlarında belirli bir süreç içerisinde sistematik ve planlı olarak kişiye yönelik insan onuruyla bağdaşmayan “bedensel veya ruhsal yönden acı veren” veya “algılama veya irade yeteneğini etkileyen” veya “aşağılayıcı” eylemler gerçekleştirilmektedir. Ancak işkence teşkil eden fiillerin kamu görevlisi olmayan kişilerce ya da göreviyle bağlantılı olmaksızın kamu görevlisince işlenmesi halinde eziyet suçu oluşacaktır.²⁵ İşkence ve eziyet suçlarında müdahale ve zor kullanma başından itibaren hukuka aykırı niteliktedir.²⁶ Dolayısıyla zor kullanma yetkisi kanuna dayansa da eğer ulusal ve uluslararası standartlara uygun olarak kullanılmaz ise ilgililerin hukuki, cezai ve idari sorumluluğu gündeme gelecek ve kişiye uygulanan güç veya şiddetin niteliğine göre eylemin vasfı belirlenecektir. Güç kullanımından kaynaklı bu sorumluluk aynı zamanda hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Her yetki bir sorumlu-

²⁵ “...TCK’nın 94/1. maddesine göre bu suç, kamu görevlisi tarafından insan onuruyla bağdaşmayacak surette kişinin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine ya da aşağılanmasına yol açacak davranışlarla işlenebilir. Ancak bu davranışların madde gerekçesinde de belirtilmediği üzere belli bir süreç içerisinde sistematik olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. İşkence teşkil eden fiillerin kamu görevlisi olmayan kişilerce ya da göreviyle bağlantılı olmaksızın kamu görevlisince işlenmesi halinde eziyet; fiillerin belli bir süreç içerisinde sistematik olarak gerçekleştirilmemesi halinde ise kasten yaralama, hakaret gibi bağımsız suçlar gündeme gelecektir. İşkence suçunun belli bir süreç içinde sistematik olarak uygulanması ölçütü aynı hareketlerin tekrarlanması olarak değerlendirilmemelidir. Farklılık gösterse dahi belli bir süreç içinde uygulanan fiiller bir bütün halinde kişinin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine ya da aşağılanmasına yol açarsa işkence suçu oluşacaktır. Yine süreklilik arz eden Filistin askısı veya falakaya yatırma gibi bazı hareketler tekrarlanmasa bile sistematik uygulama özelliği taşıdıklarından işkence suçunu oluşturacaktır... Ceza Genel Kurulu, 2014/269 E., 2017/108 K., 28.02.2017 T.”

²⁶ Timur Demirbaş, İşkence Suçu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, (işkence), s.74; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok; Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Seçkin yayıncılık, Ankara 2021, s. 304 vd; Handan Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Eziyet Suçu”, İÜHFİM, İstanbul 2013, C. LXXI, S.1, s.1276; Eren Solmaz, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı” ile “Kötü Muamele Yasağı” Karşısında Kolluğun Güç Kullanma Yetkisi”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, S. 6(1), Y. 2018, s.85-86;; Kerem Altıparmak, “Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?”, *Anayasa Yargısı*, Ankara 2015, S.32, (İşkence), s.145-184

luk ve hesap vermeyi gerektirir.²⁷ Ayrıca işkence ve eziyet niteliğindeki eylemler nedeniyle Anayasa'nın 137/2 ve buna paralel 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 24/3. maddesindeki hükümleri gereği konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmemesi gerektiğinden kolluk biriminin amiri emir vermiş olsa bile ilgili kolluk yine de sorumlu olacaktır.²⁸

B. CEZAEVLERİNDE ZOR KULLANMA YETKİSİNİN YASAL DAYANAKLARI VE SINIRLARI

1. Cezaevi Personelinin Hukuki Statüsü

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 33. maddesine göre, ceza ve infaz kurumlarının güvenlik ve gözetim servisinde görevli infaz ve koruma baş memurları ile infaz ve koruma memurları kurumun güvenliği, düzeni ve disiplininden sorumludur. Görev ve yetki alanları düşünüldüğünde esasen özel idari kolluk kuvveti görevi ifa etmektedirler. Özel idari kolluk kuvvetleri hizmete dayalı bir kolluk kuvvetidir. Özel idari kolluk kuvvetleri devlet veya yetkili tüzel kişiler tarafından özel kanunlar ile kurulup teşkilatlanan, genel kolluk görevi dışında bağlı bulunduğu alan çerçevesinde güvenlik sağlamak amacıyla, kendi kanunlarınca silah taşıma yetkisi bulunan kolluk kuvvetleridir.²⁹ Bu gibi hizmet kolluğu olarak da ifade edilen³⁰ özel idari kolluk birimleri ilgili kurumların yürüttükleri hizmete bağlı olarak bu bakanlık veya idari kuruluşun emri ve sorumluluğu altında görev yaparlar.³¹

5275 sayılı Kanun'da ceza infaz kurumunda görevli personelin cezaevinin güvenliğinin, disiplininin ve düzeninin sağlanması konusunda hangi koşullarda zor kullanacağı, zor kullanma noktasında yetkili amirin kim olduğu hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde 1721 sayılı Kanun'da ise hangi hallerde silah ve ateşli silah kullanılabileceği ve bu kullanıma kimin karar verebileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu bağlamda 5275 ve 1721 sayılı Kanunlardaki düzenlemeler uyarınca infaz ve koruma memurları ve baş memurları görevli oldukları ceza in-

²⁷ May/Headley, s.93

²⁸ Zabunoğlu, s.643

²⁹ Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt 2, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2019, s.498

³⁰ İl Han Özay, Günışığında Yönetim, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s.734

³¹ Metin Günday, İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2017, s.290

faz kurumlarında ceza infaz kurum müdürleri ve cezaevi Cumhuriyet Savcılarının emir ve talimatları doğrultusunda ceza infaz kurumlarının iç güvenliğini, asayişini ve disiplinini sağlamakla görevli ve yükümlü olduklarından dolayı, diğer özel kolluk kuvveti görevlilerinde olduğu gibi görev alanlarında özel idari kolluk kuvveti olarak görev yapmaktadırlar.³²

2. Cezaevi Personelinin Zor Kullanma Yetkisi ve Yasal Dayanağı

Cezaevlerinde etkin, ıslah edici ve onarıcı bir infaz süreci bakımından cezaevinin güvenliği, disiplini ve düzeninin korunması önemlidir. Cezaevlerinde hükümlü ile idareyi karşı karşıya getiren hususlardan biri de zor kullanılması meselesidir. Özellikle saldırgan ve zarar verici özellikteki hükümlü ve tutukluların kurum personeline ve diğer tutuklu ve hükümlülere zarar vermemeleri ya da firara teşebbüs edememeleri ve isyan çıkarmamaları bakımından bir kısım fiziki tedbirlerin alınması kaçınılmaz hale gelebilmektedir. Bu tip olumsuzlukların yaşanmaması bakımından alınacak önleyici tedbirler önemli olduğu kadar bu tip olumsuzlukların meydana gelmesi halinde ise bunun derhâl sonlandırılmasını sağlayacak, zor kullanılması ve kelepçe takılması gibi, bazı zorunlu müdahalelerin yapılması gerekmektedir. Zira koşulların zorunlu ve kaçınılmaz hale geldiği bazı durumlarda kurum güvenliğinin ve düzenin sağlanması bakımından çerçevesi kanunlarla belirlenmiş ve evrensel hukukun temel esaslarına uygun olarak zor kullanılması ve kelepçe takılması bir gereklilik haline gelebilir.

Diğer taraftan unutulmamalıdır ki, kişiye verilen ceza nedeniyle kişi hapsedilmektedir. Ancak kişinin hapsedilmesi bir ceza olsa da bu cezalandırmanın içinde koşulları olmamasına rağmen ona karşı zor kullanma yoktur. Koşulların oluşması halinde zorunlu olarak uygulanacak gücün makul, ölçülü ve yasal olması gerekir.³³ Cezaevi personelinin bir hükümlü üzerinde güç kullanması, gerekçelendirilmediği sürece yasa dışıdır. Güç kullanımı içinde bulunulan koşullar altında

³² Hakan Ayyıldız, "Kolluk Faaliyetlerinin Denetimi Hakkında Genel Bir Değerlendirme", *TBB Dergisi*, Ankara 2019, S.143, s.145

³³ Vidisha Barua Worley/Robert M. Worley, *American Prisons and Jails: An Encyclopedia of Controversies and Trends* [2 volumes], ABC-CLIO, California 2018, s.672

makul ise, kesin olarak gerekliyse, koşulların ciddiyeti ile orantılı ve gerekenden fazla güç kullanılmadıysa haklı ve dolayısıyla yasal olacaktır.³⁴

Burada hükümlü ve tutuklular cezaevlerinde bulunduğu sürece insanlık onurlarının, haysiyetlerinin, maddi ve manevi bütünlüklerinin korunması gerektiği ve onlar bir suçtan tutuklanmış veya mahkûm olmuş olsalar da “modern köleliğin” ötesinde bir yaşam hakkına sahip oldukları bilinmelidir.³⁵

Genel olarak, cezaevi personelinin güç kullanımı, hükümlülerin davranışlarını kontrol etmek için tasarlanmış cezaevi kural ve düzenlemeleri çerçevesi içinde gerçekleşir. Hükümlüler önceden belirlenmiş kural ve düzenlemelerle kontrol edilmelidirler. Bu noktada zor kullanma onları doğrudan kontrol etme aracı olarak kullanılacak bir yol olmaktan ziyade istisnai olarak başvurulacak bir düzeni ve güvenliği koruma yöntemidir.³⁶ Ayrıca cezaevi personeli ile hükümlüler arasındaki ilişkinlerin pozitif olduğu durumlarda zor kullanmayı gerektiren olayların ciddi manada az olduğu birçok araştırmada ortaya konmuştur.³⁷ Dolayısıyla zor kullanmayı gerektiren olayların engellenmesi bakımından öncelikle cezaevi personeli ile hükümlüler arasında iyi bir iletişimin sağlanması gerekmektedir.

Hükümlü veya tutukluya karşı zor kullanılmasına ilişkin esaslar 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 50. maddesinde ve Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik’in (İnfaz Yönetmeliği) 10. maddesinde düzenlenmiştir. Aynı şekilde 5275 sayılı Kanun’un 116. maddesindeki yollama nedeniyle bu hükümler tutuklular bakımından da aynen geçerlidir. 5275 sayılı Kanun’un “Zorlayıcı araçların kullanılması” kenar başlıklı 50. maddesindeki düzenleme uyarınca;

³⁴ Timur Demirbaş, İnfaz Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.377

³⁵ “Striking the Right Balance: Toward a Better Understanding of Prison Strikes”, *Harvard Law Review*, Vol. 132, NO.5, March 2019, s.1490-1519, <https://harvardlawreview.org/2019/03/striking-the-right-balance-toward-a-better-understanding-of-prison-strikes/>, İET: 18.02.2022, s.1519

³⁶ Cyndi Banks, *Criminal Justice Ethics: Theory and Practice*, 4. Editions, SAGE Publications, London 2016, s.351

³⁷ Dirk van Zyl Smit/ Sonia Snacken, *Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Right*, OUP Oxford, New York 2009, s. 320

- Cezaevlerinde hiçbir hâlde zincir ve demire vurmak tedbir olarak uygulanmaz.
- Kelepçe ve bedensel hareketleri kısıtlayıcı araçlar ise ancak;
 - a) Yetkili makamın önüne getirildiğinde çıkarılmak kaydıyla, sevk ve nakil sırasında kaçmayı önlemek için,

b) Hekimin talimat ve gözetiminde olmak üzere tıbbî nedenlerle,

c) Diğer kontrol usullerinin yetersizliği hâlinde hükümlünün kendisine veya başkalarına zarar vermesine veya eşyayı tahrip etmesine engel olmak için kurum en üst amirinin emriyle,

kullanılabilir. Ayrıca maddedeki emredici düzenleme uyarınca çocuk hükümlüler bakımından sevk ve nakil sırasında kelepçe ve bedensel hareketleri kısıtlayıcı araçların kullanılması yasaktır.³⁸

Diğer taraftan 14.6.1930 tarihli ve 1721 sayılı Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanun'un 8. maddesinde ise cezaevinde silah ve ateşli silahların kullanılabilceği haller ve koşulları düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca hapishanenin emniyet ve muhafazasının temini için hapishane müdür ve memuru ve müstahdemleri;

a) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emrin uygulanması, meşru savunma ve zorunluluk hallerinde,

b) Mahpusların toplu olarak isyan veya cezaevi personeline yönelik karşı koyma,

c) Firar teşebbüsünde bulunan bir mahpus yakalanırken fiilen veya tehlikeli bir surette tehdit ederek mukavemet etmesi veya mükerren dur emrine itaat etmeyerek firar teşebbüsünden vazgeçmemesi hallerinde,

silah kullanmaya yetkilidirler. Ancak diğer silahlarla maksadın temini kabil olmadığı takdirde kurum müdürünün emriyle ateşli silah kullanılabilir. Bununla birlikte izin alma imkânı olmayan olağandışı hallerde silah kullanma izni alınmadan da silah kullanılabilir.

³⁸ Veli Özer Özbek, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara 2021, s.257; Nimet Özkavalcı, İnfaz Hâkimliği, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.423

İnfaz Yönetmeliği'nin "Güvenlik ve gözetim servisi" kenar başlıklı 10. maddesine göre ise infaz ve koruma baş memuru ile infaz ve koruma memuru, kurumun güvenliğini bozan firara teşebbüs, isyan, rehin alma, saldırı, yasaya veya düzenlemelere dayalı bir emre karşı aktif veya pasif fiziki direnme gibi olaylar ile 5237 sayılı Kanun'un 25. maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ortaya çıktığında kurum en üst amirinin izni ile zor kullanabilir. Acil hâllerde tehlikenin ortadan kaldırılması amacıyla izin alınmaksızın da zor kullanılabilir. Ancak durumun derhal en üst amire iletilmesi gerekir. Zor kullanan personel gerekenden fazla kuvvet kullanamaz. Görüldüğü üzere cezaevi personelinin zor kullanma yetkisi istisnai olup acil haller dışında kurum en üst amirinin iznine bağlıdır. Burada acil durumlar bakımından hakkaniyete uygun hareket edilerek kurum personeli ve diğer hükümlülerin güvenliği noktasında ortaya çıkan tehlikenin bertaraf edilmesi noktasında zor kullanmak kaçınılmaz ise o zaman zor kullanılmalıdır. Aksi takdirde acil hallerin geniş yorumlanması bu kavramın istismarına, kötüye kullanılmasına ve nihayetinde keyfi müdahalelerin ortaya çıkmasına neden olabilir. Aynı şekilde hükümlünün saldırgan ve zarar verici durumlarında da bu müdahalenin orantılı olmasına dikkat edilmelidir.

Diğer taraftan Avrupa Cezaevi Kuralları³⁹ cezaevlerinde zor kullanmanın esasları ve sınırlarına dair önemli kurallar getirmiştir. Esasen burada cezaevi personelinin zor kullanmasının kesin gereklilik olduğunun tespiti, orantılı güç kullanımı ve yetkinin keyfi kullanılmaması bakımından önemli kurallar getirilmiştir.⁴⁰ Buna göre cezaevi personeli, kendini savunma durumu veya kaçma teşebbüsü ya da yasal bir emre aktif veya pasif olarak karşı koyma gibi hallerde son çare olarak başvurmanın dışında, mahpuslara karşı güç kullanmaması gerektiği belirtilmiştir. (Kural 64.1.) Avrupa Cezaevi Kuralları'nda cezaevlerinde zor kullanımına ilişkin belirlenen diğer bir kural ise "oran-

³⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Avrupa Cezaevi Kurallarına Dair Üye Devletlere Rec(2006)2-rev Sayılı Tavsiye Kararı¹, Bakanlar Komitesi tarafından, 11 Ocak 2006 tarihindeki Bakan Deleğeleri 952. toplantısında kabul edilmiş ve Bakanlar Komitesi tarafından 1 Temmuz 2020 tarihinde Bakan Deleğeleri 1380. toplantısında gözden geçirilerek değişiklik yapılmıştır. <https://www.coe.int/tr/web/ankara/-/european-prison-rules-has-been-translated-into-turkish> , İET:07.02.2022

⁴⁰ Smit/Snacken, s.321

tıllık" ilkesinin bir gereği olarak güç kullanmanın ölçüsü gereken en az seviyede tutulmalı ve gerekli görülen en kısa süre için uygulanmalıdır. (Kural 64.2.) Ayrıca kanunilik ilkesi kapsamında güç kullanmanın şartlarını da kapsayan detaylı düzenlemelerin yapılması gerektiği Cezaevi Kuralları'nın 65. maddesinde belirtilmiştir.

Öte yandan Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelelerin Önlenmesi Komitesi (CPT) cezaevinde zor kullanımına ilişkin önemli standartlar belirlemiştir. CPT'ye göre⁴¹ cezaevi personeli bazen şiddete başvuran mahkûmları kontrol altına almak için güç kullanmak ve istisnai durumlarda fiziksel olarak kısıtlayıcı gereçler kullanmak durumunda kalabilir. Bunlar, mahkûmların kötü muamele görme olasılığı açısından yüksek riskli durumlardır ve bu yüzden özel önlemler alınmasını gerektirir. Üzerinde herhangi bir biçimde güç kullanılan mahkûmlar, hemen muayene edilme ve gerekirse bir doktor tarafından tedavi edilme hakkına sahip olmalıdırlar. Söz konusu muayene sağlık personeli dışındaki personelin duyamayacağı ve tercihen göremeyeceği bir biçimde yapılmalı ve yapılan muayenenin sonuçları (mahkûmun konuyla ilgili ifadesi ve doktorun bulguları dâhil) resmi olarak kaydedilmeli ve mahkûma isterse bir sureti kendisine verilmelidir. Fiziksel olarak kısıtlayıcı gereçlerin ve aletlerin kullanıldığı nadir durumlarda, mahkûm sürekli ve gerektiği biçimde gözlem altında tutulmalıdır. Ayrıca söz konusu gereçler mümkün olan en kısa sürede çıkarılmalıdır; bu gereçler kesinlikle ceza olarak kullanılmamalı veya kullanım süresi uzatılmamalıdır. Son olarak, CPT'ye göre mahkûmlara karşı güç kullanılan bütün vakalar kaydedilmelidir.

3. Cezaevi Personelinin Zor Kullanma Yetkisinin Sınırları

a. Son Çare Olarak Zor Kullanılması

Cezaevinde zor kullanımı her zaman son çare olarak görülmalıdır. Mümkün olan her yerde personel, ilgili kişiyle konuşmak gibi

⁴¹ Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelelerin Önlenmesi Komitesi (CPT), Temel Standartlar, CPT/Inf/E (2002) 1-Rev. 2010 Türkçe/Turkish/Turc, 2. Genel Rapor'dan alıntı [CPT/Inf (92) 3], Prg.53, [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.refworld.org%2Fcgi-bin%2Ftaxis%2Fvtx%2Fmain%2Fopendocpdf.pdf%3Frelidoc%3Dy%26docid%3D4d78827e2](https://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.refworld.org%2Fcgi-bin%2Ftaxis%2Fvtx%2Fmain%2Fopendocpdf.pdf%3Frelidoc%3Dy%26docid%3D4d78827e2), İET: 14.02.2022

gerilimi azaltma ve iletişim becerilerini kullanarak bir durumu çözmeye çalışmalıdır. Aynı şekilde meşru müdafaa niteliğindeki durumlarda personel güç kullanmayı düşünürken, personel geri çekilme ve yardım çağırma gibi başka seçeneklerin mevcut olup olmadığını düşünmelidir. Burada önemli olan konulardan biri de güç kullanımı her zaman hükümlünün haksız davranışından kaynaklı olması gerekir. Eğer cezaevi personelinin tahrik ve kışkırtma niteliğindeki davranışlarından kaynaklı olarak hükümlünün zor kullanmayı gerektiren davranışı ortaya çıkmışsa burada ciddi idari problemler var demektir. İnfaz koruma memurları diğer kolluk görevlilerine nazaran istisnai durumlarda ve sınırlı olarak ateşli silah taşıyıp ve kullanabildiğinden dolayı⁴² kişiye karşı aşamalı olarak zor kullanılırken bedeni ve maddi güç kullanımının yetersiz kaldığı durumlarda ancak silah kullanabilirler.⁴³

b. Orantılı Olarak Zor Kullanılması

Cezaevlerinde zor kullanımında önemli olan bir diğer husus ise makul ölçüde güç kullanılmasıdır. Güç kullanmanın makul olup olmadığına karar verirken mahkûmun yaşı, cinsiyeti, olayın olduğu yer, mahkûmun silahlı olup olmadığı ve meydana gelen olayın niteliği ve ağırlığı dikkate alınmalıdır. Cezaevi personeli güç kullanmanın gerekli olup olmadığına karar vermek için ne tür bir zararı önlemeye çalıştığını ve ne tür bir riskle karşı karşıya olduğunu hesap ederek müdahalede bulunmalıdır. Bu noktada yaşam hakkına yönelik risk, uzuvlara yönelik risk, malvarlığına yönelik risk ve kurumun düzenine yönelik risk gibi risk hallerinin ve yapılacak müdahalenin iyi analiz edilmesi gerekir. Bu noktada yaşam hakkına veya vücut bütünlüğüne yönelik bir risk varsa, zor kullanmak orantılı olmak kaydıyla gerekli ve haklı olacaktır. Ancak bir mahkûma verilen bir talimatın yerine getirilmemesi tek başına zor kullanmayı makul ve haklı hale getirmez.

Cezaevinde aşamalı olarak zor kullanılırken bedeni ve maddi güç kullanımının yetersiz kaldığı durumlarda silah kullanılması gereken durumlarda doğru ve orantılı bir silahın kullanılması önemlidir. Diğer bir ifade ile doğru bir silahla ölçülü bir şekilde bir zor kullanma

⁴² Worley/Worley, s.672

⁴³ May/Headley, s.76

olmalıdır.⁴⁴ Zaten infaz koruma memurları diğer kolluk görevlilerine nazaran istisnai durumlarda ve sınırlı olarak ateşli silah taşıyabilir ve kullanabilir.⁴⁵

Ulusal mevzuatta ve Avrupa Cezaevi Kurallarında belirtilen ve zor kullanılmasını gerektiren hallerde müdahale edilmesi kaçınılmazdır. Ancak burada yapılacak müdahalenin orantılı olması gerekmektedir. Burada zor kullanılması sürecinde orantılılık ilkesinden uzaklaşılması halinde kötü muamele veya işkence boyutuna varan hak ihlallerinin ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin Cezmi Demir ve Diğerleri Kararında da vurguladığı üzere Devletin bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına saygı gösterme yükümlülüğü, öncelikle kamu otoritelerinin bu hakka müdahale etmemelerini yani Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen şekillerde kişilerin fiziksel ve ruhsal zarar görmelerine neden olmamalarını gerektirir. Diğer bir ifade ile ihlallerin kurum personelinden kaynaklanmaması gerekir. Bu, devletin bireyin vücut ve ruh bütünlüğüne saygı gösterme yükümlülüğünden kaynaklanan negatif yükümlülüğüdür.

Öte yandan cezaevi personelinin şiddet ve firar olayları gibi güç kullanımı gerektiren durumlarda müdahale gücünü ne şekilde kullanacağı ve orantılı güç kullanımı konusunda eğitim alması önemlidir. Burada en az güç kullanımı ile zor kullanmayı gerektiren olayların sonlandırılması cezaevi idaresi ile hükümlüler arasındaki ilişkinin pozitif seviyede devam etmesi bakımından da önemlidir.⁴⁶ Esasen infaz koruma memurlarına hükümlü ile pozitif iletişim, stres yönetimi, mesleki oryantasyon, cezaevinde isyan ve şiddet olaylarının bastırılması konularında profesyonel eğitimlerin verilmesi gerekmektedir.⁴⁷

Makul ve haklı sebeplerin ortaya çıkması halinde gerekenden fazla zor kullanılamaz. Gerekli olandan daha fazla herhangi bir zor kullanımı yapılan müdahaleyi hukuka aykırı hale getirecektir. Bu noktada personel yapılan müdahale ile hükümlünün eylemi arasında bir orantı olduğunu gösterebilmelidir. Bu nedenle daha az güç kullanılarak veya

⁴⁴ May/Headley, s.76

⁴⁵ Worley/Worley, s.672

⁴⁶ Smit/Snacken, s.321; May/Headley, s.40

⁴⁷ Worley/Worley, s.672

alternatif yöntemlerle aynı sonucu elde etmek mümkün ise kullanılan gücün orantılı olduğu düşünülemez. Bu bağlamda biber gazının insan sağlığı üzerindeki olumsuz etkileri ve göz yaşartıcı gazların kimyasal silahlar olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesi dikkate alındığında, uluslararası alanda insan hakları ve sağlık hakkı kapsamında kabul edilen Cenevre Protokolü⁴⁸ çerçevesinde zor kullanılması sırasında biber gazının kullanılmaması veya kullanılacaksa da orantılı kullanılmalıdır.⁴⁹

AIHM Tali/Estonya Kararında,⁵⁰ emirlerine itaat etmediği gerekçesiyle bir tutuklunun cezaevi görevlileri tarafından kötü muameleye maruz bırakılmasına ilişkin yapılan başvuruda, emirlerine itaat etmemesi nedeniyle başvurucuya karşı biber gazı kullanılmış olması ve uzun süre yatağa bağlanmış olması nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında insanlık dışı veya onur kırıcı muamele yasağının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme, özellikle, biber gazı kullanımına başvurulması hususunun meşruluğu konusunda kolluk kuvvetlerinin bu tür girişimlerde bulunmasına ilişkin olarak Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi (CPT) tarafından dile getirilen endişelere atıfta bulunmuştur.

CPT'ye göre, biber gazı, oldukça tehlikeli bir madde olup, kapalı alanlarda kullanılmamalıdır ve hâlihazırda kontrol altında tutulan bir hükümlünün suratına hiçbir surette püskürtülmemelidir. Biber gazı, soluk borusu ve göz iritasyonu, kasılmalar, alerji, ağır dozda kullanıldığında akciğer ödemi veya iç kanama gibi ciddi sağlık problemlerine yol açabilmektedir. Mahkeme, biber gazının kapalı alanlarda kullanımı neticesinde ortaya çıkan ve oldukça ciddi olan bu etkileri ve cezaevi görevlilerinin başvuruları zapt etmek için kullanabilecekleri kask ve zırh gibi alternatif materyallerin mevcut olduğunu göz önün-

⁴⁸ Genel olarak Cenevre Protokolü olarak bilinen "Boğucu, Zehirleyici ve Benzer Gazların ve Bakteriolojik Araçların Savaşta Kullanımının Yasaklanmasına İlişkin Protokol" biyolojik ve kimyasal silahların kullanımını yasaklayan antlaşmadır. Protokol 17 Haziran 1925'te Cenevre'de imzalanmış ve 8 Şubat 1928'de yürürlüğe girmiştir. https://tr.wikipedia.org/wiki/Cenevre_Protokol%C3%BC#:~:text=Bo%C4%9Fucu%2C%20Zehirleyici%20ve%20Benzer%20Gazlar%C4%B1n,%C5%9Eubat%201928'de%20y%C3%BCr%C3%BCrl%C3%BC%C4%9Fe%20girdi.,İET:12.02.2022

⁴⁹ Kerem Osmanoglu, "Biber Gazının İnsan Sağlığı Üzerine Etkileri ve Hukuki Statüsü", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya.2011, C.19, S.1, (Biber Gazı), s.89

⁵⁰ AIHM Tali/Estonya Kararı, Başvuru No: 66393/10, K.T: 13.02.2014

de bulundurarak, koşulların, biber gazı kullanımını haklı kılmadığını değerlendirmiştir.

Mahkeme, başvuranın yatağa bağlanması konusunda ise, kısıtlatma tedbirlerinin hükümlülerin cezalandırılması amacıyla hiçbir surette kullanılmaması gerektiğine, yalnızca kişinin kendisine zarar vermesini ve cezaevi güvenliğini tehdit edecek şekilde diğer kişilere zarar vermesini engellemek amacıyla kullanılabileceğine vurgu yapmıştır. Mevcut davada, başvuranın, cezaevi memurları ile yüz yüze geldikten sonra ve tek kişilik disiplin hücresine kapatılmasına rağmen, bu tür bir tedbirin uygulanmasını haklı kılacak şekilde kendisi ve başkaları açısından tehdit oluşturduğuna ilişkin ikna edici bir bulgu yoktur. Bu nedenle, başvuranın yatağa bağlanmış bir şekilde geçirdiği üç buçuk saat göz ardı edilemez ve başvuranın uzun süre hareketsiz bırakılması kendisinde stres ve fiziksel rahatsızlık yaratmıştır.

Yine AİHM Milić ve Nikezić/Karadağ Kararında, cezaevi gardiyanları tarafından başvuruçuların hücrelerinde arama yapılırken kendilerini kauçuk sopalarla dövmelelerinden dolayı yapılan başvuruda, her iki başvuruçunun da hücrelerinde gerçekleştirilen arama esnasında kötü muameleye maruz bırakılması ve kötü muamele iddialarına yönelik olarak yürütülen duruşmanın etkili olmadığı gerekçeleriyle, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yasağının iki kez ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme ilaveten, yerel makamlarca tespit edildiği üzere başvuruçuların sopalarla dövülmesinin de Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında kötü muamele teşkil ettiğini değerlendirmiştir. Her ne kadar Karadağ Hükümeti, başvuruçuların gardiyanlar hücrelerine girerken direnmesi nedeniyle, gardiyanların başvuruçulara karşı güç kullanmak zorunda kaldıklarını beyan etmişse de Mahkeme bu savunmaya itibar etmemiştir.

Anayasa Mahkemesi ise Adem Erden (2) Kararında⁵¹ başka bir şehre nakledilirken konakladığı bir ceza infaz kurumunda aralarında müdürlerin de bulunduğu birden fazla infaz görevlisi tarafından sırtına sigara basılarak, bedensel kuvvet ve sopa kullanılmak suretiyle darp edilerek yaralanması nedeniyle yapılan başvuruda, yaralan-

⁵¹ AYM Adem Erden (2) Kararı, Başvuru No: 2017/36537, K.T: 3.11.2020

manın ceza infaz kurumu görevlilerinin başvurucu üzerinde fiziksel güç kullanmaları sonucu olduğu yönünde makul şüphenin üzerinde kanıt bulunduğu değerlendirilerek kötü muamele yasağının ihlal edildiği kanaatine varmıştır. Mahkemeye göre, başvurucunun sırtında tespit edilen, yeni oluşmuş on adet yanık izinin başvurucunun sırtına sigara basıldığı iddialarını destekleyen mahiyette olduğu nazara alındığında güç kullanımına izin verilen hâllerde dahi bu şekilde gerçekleşen bir yaralanma biçimi kötü muamele yasağını ihlal edecektir. Mahkeme başvurucuya yönelik eylemin nitelendirmesi noktasında ise her ne kadar başvurucunun yaralanması basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde olduğu tespit edilmişse de başvurucuya uygulanan şiddetin düzeyi, şekli ve başvurucuda oluşan etkileri dikkate alındığında eylemin eziyet olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan eziyet yasağının maddi boyutu bakımından ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Yüksek mahkeme içtihatları ve temel mevzuat hükümleri uyarınca hak ihlallerinin yaşanmaması bakımından cezaevi personelinin hükümlüye yönelik onur kırıcı ve kötü muamele niteliğinde davranışlarda bulunmasını engelleyici ve caydırıcı önlemler alınması gerekir. Zor kullanma yetkisinin de kanun koyucunun amacı çerçevesinde zorunlu bir tehlikeyi bertaraf etmek için orantılı kullanılması noktasında cezaevi personelinin bilinçlendirilmesi gerekir. Bu aynı zamanda hükümlünün insan onuruna uygun koşullarda barınma hakkının da bir gereği olduğu gibi hükümlünün yaşam hakkını ve maddi ve manevi varlığını koruma yükümlülüğünün de bir gereğidir.

c. Zor Kullanmanın Planlandığı Durumlarda Sağlık Personelinin Hazır Bulundurulması

Zor kullanımının kaçınılmaz olduğu durumlarda önemli olan konulardan biri de müdahale sonrası ilgililere gerekli tıbbi müdahalenin ve muayenenin yapılmasıdır. Öncelikle ani gelişen müdahale halleri haricinde zor kullanımını gerektiren olaylara müdahale planlandığında ilk olarak sağlık ekiplerinin hazır edilmesi gerekir. Aynı şekilde müdahale sonrasında personel veya hükümlünün tıbbi zorluklar yaşayabileceği (kalp krizi gibi) durumların varlığına dikkat edilmeli ve ona göre sonraki müdahalelerde bulunulmalıdır. Bu noktada müdaha-

leyi gerektiren eylemler kişinin akıl sağlığından veya uyuşturucu kullanımından kaynaklı ise müdahale öncesi öncelikle sağlık ekiplerinden destek alınmalı ve ona göre müdahalenin yöntemi belirlenmelidir. Müdahale sırasında hükümlünün acil sağlık yardımını alması gereken bir hal varsa müdahale sonlandırılmalı ve derhal tıbbi yardım alınmalıdır.

d. Zor Kullanmadan Önce Uyarı Yapılması

Zor kullanmadan önce, ilgililere asayışı bozan tutum ve davranışlarına ya da direnmeye devam etmeleri hâlinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı uyarısı yapılması gerekir. Esasen bu uyarı belki müdahaleye gerek bırakmayacaktır. Ancak cezaevinde güvenliği ve düzeni bozan olayların veya direnmenin niteliği, kapsam ve derecesi göz önünde bulundurularak, uyarı yapılmadan da bazı istisnai durumlarda zor kullanılması mümkündür. Bu noktada cezaevinde güvenliği ve düzeni bozan tutum ve davranışların ya da direnmenin mahiyetine göre uyarı yapması esas olmakla birlikte, asayışı bozan tutum ve davranışlar ile direnişin niteliği, kapsam ve derecesi itibarıyla bazı durumlarda, görevlilerin uyarı yapmadan da derhal reaksiyon göstermesi ve gerekli tedbirleri alması gerekebilir. Dikkat edilmelidir ki; durumun tehlike arz etmesi ve derhal karşı tedbir alınmadığı takdirde ağır sonuçlar meydana gelmesi söz konusu olduğunda, uyarı yapılmadan da zor kullanılabilir. Bu durumda bile, keyfî tutum ve davranışlara meydan vermemek bakımından, asayışı bozanlar ile direnenleri etkisiz hâle getirecek şekilde orantılı ve kademeli olarak artan oranda bedenî kuvvet veya maddî güç kullanılmalıdır.

3. Müdahale Sonrası Rapor ve Tutanak Düzenlenmesi

Cezaevinde zor kullanımını gerektiren bir olaydan sonra ilgili personel tarafından her zaman bir tutanak hazırlanmalıdır. Tutanak, güç kullanılmadan önce neler olduğu, ne tür bir güç kullanıldığı ve neden kullanıldığına ilişkin ayrıntıları içermelidir. Bu tutanağın düzenlenmesi keyfî zor kullanımının önüne geçmek adına önem arz etmektedir. Ayrıca cezaevinde fiziki müdahaleni kaçınılmaz olduğu durumlarda müdahale sonrası hükümlünün derhal bir sağlık kuruluşuna sevki ile gerekli sağlık kontrollerinin yapılması da önemlidir. Burada doktor tarafından yapılacak muayene neticesinde hükümlüde

meydana gelmiş olan yaralanmaların ve zor kullanmadan kaynaklı oluşan fiziksel etkilerin bir tutanağa bağlanması zor kullanımına ilişkin yapılacak idari ve yargısal denetimde bu zor kullanımının olayın akışına göre orantılı olup olmadığını tespit noktasında belirleyici etkenlerden biri olacaktır.

Diğer taraftan zor kullanımının haklı makul ve orantılı olduğunun idari ve yargısal denetiminin yapılabilmesi ve hükümlünün bu yöndeki itirazlarını yetkili makamlar nezdinde ileri sürebilmesi bakımından öncelikle müdahale sonrası hazırlanan bu tutanak ve doktor raporlarının bir suretinin hükümlüye verilmesi gerekir.

4. AİHM'nin Cezaevlerinde Zor Kullanılmasına İlişkin Bakış Açısı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tutuklu ve hükümlülerin korunmasız ve zayıf durumda olduklarını ve yetkililerin bu kişilerin fiziksel esenliklerini korumakla ödevli olduklarını belirtmiştir.⁵² Mahkeme, cezaevlerinde bir şiddet potansiyeli bulunduğundan ve tutulan kişilerin direnişinin çok çabuk ayaklanmaya dönüşebileceğinden, cezaevinde güvenliği sağlamak veya düzeni korumak veya suç işlenmesini önlemek için gerekli olduğu takdirde güç kullanılabileceğini kabul etmiştir. Ancak bu güç zorunlu hallerde kullanılmalı ve aşırı olmamalıdır.⁵³

AİHM, Vladimir Romanov/Rusya Kararında da vurguladığı üzere cezaevinde tutuklu ve hükümlülere karşı güç kullanılması söz konusu olduğunda, ilk olarak bir olayda güç kullanılmasının iç hukuk hükümlerine uygun olup olmadığına ve ikinci olarak kullanılan gücün gerçekleştirilmek istenen amaçla orantılı olup olmadığına bakmaktadır.⁵⁴

Cezaevi koşullarının doğal sonucu ve gereği olarak güvenlikten sorumlu görevliler, mevcut tehlikeyi bertaraf edici uygun müdahaleyi

⁵² AİHM Khatayev/Rusya Kararı, Başvuru No: 56994/09, K.T: 11.10.2011, Prg.9

⁵³ AİHM Ivan Vasilev/Bulgaristan Kararı, Başvuru No:48130/99, K.T: 12.04.2007, Prg.63

⁵⁴ Osman Doğru/Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C.1, Avrupa Konseyi- T.C. Yargıtay Başkanlığı Yayını, Ankara 2012, s.148

yapma konusunda takdir yetkisine sahiptirler. AİHM elinde bulunan unsurların ışığında, mevcut davada isyanı bastırmak için kullanılabilir başka türde imkânların bulunup bulunmadığı noktasında yorum yapmasının zorunlu olmadığı kanaatindedir. Bu bakımdan, AİHM'nin görevi kendi durum değerlendirmesini, güvenlik güçlerinin durum değerlendirmesinin yerine koyarak felç edici el bombası gibi etkisiz hale getirici başka araçların kullanılmasını empoze etmekten ibaret değildir. Şüphesiz, eğer ölüme yol açmaya müsait yöntemlerin daha da sınırlandırılması isteniyor ise, bu türden imkânların kullanımına yaygınlık kazandırılması gerekir. Bununla birlikte, bir davanın şartları dikkate alınmaksızın, bir ilke zorunluluğu tesis edilmesi halinde Devlete ve yasaların uygulanmasından sorumlu devlet görevlilerine gerçekçi olmayan bir yük yüklenmiş olacaktır. İnsan doğasının öngörülemez nitelikte oluşu göz önüne alındığında, bu görevliler kendi hayatlarını ve başkalarının hayatını tehlikeye atmaya zorlanmış olacaktırlar.⁵⁵

Konuya mevzuat ve AİHM'nin ortaya koyduğu ilkeler doğrultusunda bakıldığında; Türk hukukunda zor kullanma yetkisinin bir ölçüde Kanun ve Yönetmelik ile düzenlendiği görülmektedir. Ancak prensibi düzenleyen Kanun hükümleri dışında, uygulamada zor kullanma yetkisini kullanmak gerektiğinde kurum içindeki kimin, hangi yöntemi, nasıl kullanacağını belirleyen özel bir düzenleme ise maalesef bulunmamaktadır.

C. CEZAEVİNDEKİ ÇOCUKLARA KARŞI ZOR KULLANILMASI

Zor kullanılmasının yetişkin hükümlüler üzerinde ağır etkileri olmakla birlikte çocuklar bakımından daha ağır sonuçları bulunmaktadır. Avrupa Cezaevi Kuralları'nda da belirtildiği üzere bir kapalı ceza infaz kurumunda zor kullanmanın hukuki olabilmesi için öncelikle bu yetkinin kullanılma koşulları, biçimi, bu konuda yetkili mercii ve zor kullanma sonrasında tutulacak rapora dair yasal bir düzenlemenin olması gerekir. Ayrıca yine tavsiye kararında vurgulanan diğer

⁵⁵ AİHM Andronicou ve Constantinou/G.Kıbrıs Rum Cumhuriyeti Kararı, Başvuru No: 86/1996/705/897, K.T: 09.10.1997, Prg.192; Gömi/Türkiye Kararı, Başvuru No: 35962/97, K.T: 21.12.2006; Sincan Raporu, s.60

önemli husus ise çocuklara yönelik olarak kısıtlama ve zor kullanma yöntemlerinin diğer bütün denetim yöntemleri tüketilip de sonuç alınmadığı istisnai hallerde son çare olarak uygulanması gerekir. Böylelikle bu yetkinin keyfi kullanımının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Çocuklar bakımından özellikle zor kullanmaya alternatif yöntemlerin geliştirilmesi gerekmektedir. Burada zor kullanmaya alternatif olan diğer yöntemlerden kastedilen şiddet içermeyen yöntemler ve araçlardır. Bu yöntemlere ancak çocuğun kendisini veya başkalarını yaralamasını veya ciddi bir biçimde maddi zarar vermesini engellemek için, idari amirin emriyle başvurulabilir. Bu gibi durumlarda müdürün ilk önce sağlık personeline ve diğer ilgili personele danışması ve durum hakkında en yüksek idari makama bilgi vermesi gerekir. Kullanılacak gücün miktarı gerekli olan asgari düzeyde olmalı ve güç ihtiyaç duyulan en kısa süre için uygulanmalıdır. Burada geliştirilecek alternatif yöntemlerin, çocukları aşağılamadan ve onurlarını kırmadan uygulanmasına dikkat edilmelidir.

Çocuklara yönelik zor kullanılmasına ilişkin temel esasları düzenleyen önemli belgelerden biri de Havana Kuralları olarak bilinen Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kurallarıdır.⁵⁶ Havana Kuralları'nın "Fiziksel kısıtlamanın ve zor kullanmanın sınırları" kenar başlıklı bölümde yer alan 63 ila 65. maddelerde şu ilkeler benimsenmiştir:

- 63. *Aşağıda Kural 64'de belirtilen haller hariç, herhangi bir amaçla çocuklara kısıtlama ve zor kullanma yöntemleri uygulanması yasaktır.*
- 64. *Kısıtlama ve zor kullanma yöntemleri ancak kanunda ve hukuki düzenlemelerde açıkça belirtilen yetki verildiği ve diğer bütün denetim yöntemleri tüketilip de sonuç alınmadığı istisnai hallerde kullanılabilir. Bu yöntemler, çocukları aşağılamadan ve onurlarını kırmadan, sadece zorunlu hallerde ve mümkün olan en kısa süre için kullanılabilir. Bu yöntemlere çocuğun kendisini veya başkalarını yaralamasını*

⁵⁶ Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları (Havana Kuralları), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1990 tarih ve 45/113 sayılı kararıyla kabul edilmiştir. Chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fcocukhaklari.barobirlik.org.tr%2Fdokuman%2Fmevzuat_uakararlar%2Fozgurlugunde nyoksunbirakilmis.pdf&clen=173866&chunk=true, İET:07.02.2022

veya ciddi bir biçimde maddi zarar vermesini engellemek için, idari amirin emriyle başvurulabilir. Bu gibi durumlarda müdür ilk önce sağlık personeline ve diğer ilgili personele danışır ve durum hakkında en yüksek idari makama bilgi verir.

- 65. Çocukların tutuldukları kurumların herhangi birinde personel tarafından silah taşınması ve kullanılması yasaktır.

Görüldüğü üzere Havana Kuralları'nda yetişkinlere nazaran çocuklar bakımından zor kullanılması ancak kanunda belirtilen hallerde ve diğer tedbirlerin sonuç vermediği istisnai durumlarda son çare olarak başvurulabilir.

Diğer taraftan Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 50. maddesinde çocuklarla ilgili olarak hekimin talimat ve gözetiminde olmak üzere tıbbi nedenlerle ve diğer kontrol usullerinin yetersizliği hâlinde hükümlünün kendisine veya başkalarına zarar vermesine veya eşyayı tahrip etmesine engel olmak için kurum en üst amirinin emriyle kelepçe ve bedensel hareketleri kısıtlayıcı araçların kullanılması suretiyle zor kullanılabilen düzenlenmiştir. Ayrıca maddedeki emredici düzenleme uyarınca çocuk hükümlüler bakımından sevk ve nakil sırasında kelepçe ve bedensel hareketleri kısıtlayıcı araçların kullanılması yasaktır.⁵⁷

Yukarıda belirtilen ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri incelendiğinde zor kullanma ile ilgili prensiplerde, hukuka uygunluk için aranan bir diğer kriter bu yola başvurmadan önce şiddete dayalı olmayan yöntemlerin kullanılmasıdır. Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun 01.01.2014 tarihinde Sincan Cezaevi'nde meydana gelen olaylarla ilgili hazırladığı ve kamuoyunda da Sincan Raporu olarak bilinen Rapor'da da belirtildiği üzere infaz ve koruma memurlarının, bir çocuğu sayıma çağırıldığı anda buna uyulmaması durumunda izlemesi gereken yolun pedagojik bir özelliği olmalı ve herkes tarafından bu yol bilinir ve kullanılabilir olmalıdır. Bir koğuşa müdahale sonrasında buradaki gerginliğin diğer koğuşlara sirayet etmesinin engellenmesi, sirayet ettiği durumda ise yatıştırılmaları bakımından da infaz ve koruma memurlarının pedagojik açıdan uygun yöntemler konusunda uzmanlaşmış olması gerekir. Çocuk kapalı ceza infaz kurumlarının eğitim öğretim

⁵⁷ Özbek, s.257; Özkavalcı, s.423

amaçlı kurumlar olduğu dikkate alındığında bu tür krizlere müdahalenin de eğitim ve rehabilitasyon alanlarında uzman görevlilerce desteklenebilir olması gerekir.⁵⁸

Esasen cezaevi personelinin olaylara müdahalede kullanacakları yöntemleri sınırlandırma yoluna gidilmesi mümkün olmamakla birlikte bu yetkinin hem cezaevi personelinin hem de ceza infaz kurumlarında yaşayan çocukların yaşam hakkı ve beden bütünlüğünün korunması bakımından taşıdığı önem göz önünde bulundurularak, cezaevi personelinin müdahale yöntemleri konusunda yeterli uzmanlığa sahip olmasını sağlamak ve müdahaleler sırasında uzmanlığa uygun biçimde hareket edilmesini temin etmek idarenin sorumluluğu altındadır.⁵⁹

Sincan Raporuna konu olan hak ihlallerine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi F.E ve Diğerleri Kararı'nda⁶⁰ Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi'nin (CPT) 27.11.2013 tarihinde Ankara (Sincan) Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna gerçekleştirdiği ziyaret sonrası hazırladığı Raporu atıf yapmıştır. Rapor 15.1.2015 tarihinde yayımlanmıştır. Anılan Raporda, ziyarette bulunan delegasyonun -2012 yılında yapılan ziyarettaki ölçekte olmamakla birlikte- Ceza İnfaz Kurumu görevlileri tarafından çocuklara fiziksel kötü muamelede bulunduğu iddiaları ile karşılaştığı belirtilmiştir. Bu iddiaların çoğu tokat, yumruk, tekme ya da plastik sopa ile ele ve/veya ayak tabanına vurma şeklindeki cismani cezalardır. Anılan Raporda, iddialara ilişkin olarak görevlilerin ve idarenin hükümlü ve tutuklulara yönelik kötü muamelelerinin kabul edilemez olduğu ve bundan dolayı cezalandırılacaklarının görevlilere ve idareye düzenli aralıklarla, kesin bir talimat olarak iletilmesi tavsiye edilmiştir. Talimatın bir parçası olarak da çocuklara karşı fiziksel cezalandırmanın hiçbir türünün uygulanamayacağına hatırlatılması gerektiği belirtilmiştir.

⁵⁸ Türkiye İnsan Hakları Kurumu: 01.01.2014 Tarihinde Sincan Cezaevinde Meydana Gelen Olaylarla İlgili İnceleme Raporu, Rapor No: 2014/02, Rapor Tarihi: 10.07.2014, [chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fhapistecocuk.files.wordpress.com%2F2015%2F09%2F10-temmuz-2014-tihk-sincan-c3a7ocuk-hapishanesinde-yac59fananlara-ile59fkin-inceleme-raporu.pdf&clen=1921268&chunk=true](https://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fhapistecocuk.files.wordpress.com%2F2015%2F09%2F10-temmuz-2014-tihk-sincan-c3a7ocuk-hapishanesinde-yac59fananlara-ile59fkin-inceleme-raporu.pdf&clen=1921268&chunk=true) (Sincan Raporu), s.60, İET:14.02.2022

⁵⁹ Sincan Raporu, s.60

⁶⁰ AYM F.E. ve Diğerleri Kararı, Başvuru No: 2014/15586, K.T: 23.1.2019, Prg. 84

Mahkeme kararında özgürlüğünden mahrum bırakılan bir kişiye yönelik olarak -kendi eylem ve tavırları mutlaka kuvvet kullanılmasını gerektirmedikçe- zora başvurulması, insan onurunun zedelenmesi ve ilke olarak Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen yasağın ihlal edilmesi sonucunu doğurabileceği vurgulanmıştır. Mahkemeye göre Anayasa'nın 17. maddesinin bir yakalamayı gerçekleştirmek için güç kullanımını yasakladığı söylenemez. Ancak bu tür bir güç sadece kaçınılmaz ve asla aşırı olmamak kaydıyla kullanılabilir. Ayrıca kişinin kendi davranışından veya tutumundan dolayı fiziksel güce başvurmak kesinlikle zorunlu hâle gelmedikçe bu gibi fiiller, prensip olarak kötü muamele yasağını ihlal edecektir. Buna göre yakalama sırasında kötü muamele yapıldığı iddiaları değerlendirilirken güç kullanmayı gerektiren bir durumun olup olmadığı ve kullanılan gücün orantılı olup olmadığı gözetilmelidir.

Mahkeme somut olay açısından güç kullanmanın koşulları değerlendirilirken başvuruçuların 16-17 yaş grubunda çocuk olduğunun da göz önünde tutulması gerektiğini kararında belirtmiştir. Bu bağlamda otoriteyle çatışmanın ergenlik çağının olağan davranışları olduğunu, bu nedenle çocukların tutulduğu kurumların kurallarının bu dönemin özellikleri dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini; bu kurumlarda çalışanların da bu davranışlarla baş etme konusunda uzmanlığa dayalı becerilere sahip kılınması gerektiği vurgulanmıştır.

Mahkeme meydana gelen olaylar nedeniyle yapılan müdahalede çocuklara uygulanan zor kullanmanın bu aşamada sırf bir misilleme veya bedensel ceza oluşturmadığı gözetilerek gereksiz ve orantısız bir müdahale bulunmadığı ve açıklanan gerekçelerle başvuruçulara yapılan müdahaleyle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının maddi boyutunun ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

D. ZOR KULLANIMININ GEREKLİ OLDUĞU BAZI ÖZEL DURUMLAR

Hükümlü veya tutukluya karşı zor kullanılmasına ilişkin esaslar 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 50. maddesinde ve Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik'in (İnfaz Yönetme-

liği) 10. maddesinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte zor kullanmayı gerektiren bazı özel durumlar ise Kanun ve Yönetmelikte ayrıca düzenlenmiştir.

1. Açlık Grevi veya Ölüm Orucunda Bulunanın Zorla Beslenmesi

Açlık grevi, hükümlü ve tutukluların haklı olduklarına inandıkları bir kısım hak ve talepleri elde edebilmek adına baskı aracı ya da belli konularda farkındalık oluşturma yöntemi olarak kullandıkları bir yoldur.⁶¹ Açlık grevi temel hakların dile getirilmesi yöntemi olarak kullanılsa da hükümlünün ruhsal ve fiziksel sağlığı bakımından doğurduğu sonuçlar ile cezaevi düzenine yönelik etkileri bulunması nedeniyle kanun koyucu tarafından çeşitli hükümlere bağlanmıştır. Açlık grevine giren hükümlülere yönelik olarak onların yaşam hakkını korumak bakımından belli koşulların varlığı halinde zor kullanılarak beslenmesi gerekmektedir. Açlık grevi veya ölüm orucundaki tutuklu ve hükümlülerin zorla beslenmesi ancak yaşam hakkının ciddi bir tehlike noktasına gelmesi ve tıbbi gerekliliğinin varlığının ikna edici bir şekilde ortaya konulması halinde yapılabilir.⁶²

5275 sayılı Kanun'un "Hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi" kenar başlıklı 82. maddesinde açlık grevine gittiklerinden dolayı kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri reddedenlerle alakalı yapılacaklar düzenlenmiştir. Buna göre hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması hâlinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır. Buna göre açlık grevi nedeniyle bilinci kapalı hükümlü veya tutuklu bilinç kaybı veya koma halinde müdahale edilip edilmemesi konusunda daha önceden herhangi bir irade beyanında bulunmamışsa doktor ancak geri döndürülemez zararların

⁶¹ Recep Doğan, "Açlık Grevine Müdahale, Hukuka Uygunluk Nedenleri ve AİHM Yaklaşımı", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2021, S.2, s.196; Demirbaş, s.198-199

⁶² Demirbaş, s.200

doğmasını engellemek amacıyla, hükümlü veya tutuklunun menfaati doğrultusunda tıbbi bir gerekliliğin tespit edilmesinin ardından, durumun gerektirdiği ölçüde zor kullanarak müdahale edebilir.⁶³

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Cezaevinde Tıbbi Bakımın Ahlaki ve Kurumsal Yönleri ile İlgili R (98) 7 Sayılı Tavsiye Kararında tutuklu ve hükümlülerin açlık grevi veya ölüm orucuna başvurması halinde nasıl davranılması gerektiğine dair önemli esaslar belirlenmiştir. Kararın "Açlık grevi" kenar başlıklı 60. maddesine göre tedavinin reddedilmesi durumunda, doktor bir tanığın mevcudiyetinde hastadan bu konuda bir yazılı belge imzalamasını isteyecektir. Doktor hastayı ilaçların muhtemel faydaları ile mümkün olan şifa verici alternatifleri hakkında tam bilgilendirecek, tedaviyi reddetmesiyle birlikte oluşacak riskler konusunda onu ikaz edecektir. Eğer doktora göre açlık greviden kaynaklı olarak kişinin durumunda gözle görülür bir kötüleşme meydana geliyorsa esas itibarıyla bu durumu ilgili makama rapor edecek ve bu konudaki mesleki standartlar da dâhil ulusal düzenlemeye göre hareket edecektir.

AİHM'ye göre açlık grevinde bulunanın zorla beslenmesinin Sözleşmenin 3. maddesini ihlal etmemesi için şu şartları taşıması gerekmektedir:

- Zorla beslemenin tedavinin gereği bir tedbir olduğu ikna edici bir şekilde gösterilmelidir.
- Zorla besleme kararında usul güvencelerine uyulmuş olmalıdır.
- Zorla beslemeye tabi tutulma tarzı Sözleşme'nin 3. maddesine göre Mahkeme tarafından düşünülen asgari ağırlık düzeyi eşliğini aşmamış olmalıdır.⁶⁴

AİHM Ciorap/Moldoya Kararında,⁶⁵ açlık grevi yapan başvurunun yaşamının veya sağlığının ciddi tehlike içinde bulunduğunu gösteren bir sağlık raporu bulunmadığı halde zorla besleyen yetkililerin başvurunun yararına hareket etmediklerini tespit ederek başvuru-

⁶³ Doğan, s.217

⁶⁴ Doğru/Nalbant, s.150

⁶⁵ AİHM Ciorap/Moldoya Kararı, Başvuru No:12066/02, K.T: 19.06.2007

rucunun büyük bir fiziksel acıya ve aşağılanma duygusuna gereksiz yere maruz bırakılarak defalarca zorla beslenmesi tarzını işkence olarak nitelendirmiştir.

AIHM Nevmerzhtsky/Ukrayna Kararında⁶⁶ ise bilinçli olarak beslenmeyi reddeden hükümlünün yaşamını kurtarmak amacıyla yapılan zorla beslenmenin ilke olarak insanlık dışı ya da küçük düşürücü sayılmayacağına vurgu yapılmıştır. Burada önemli olan hususun tıbbi gerekliliğinin varlığının ikna edici bir şekilde ortaya konulmasıdır.⁶⁷ Mahkeme kararında, tıbbın yerleşik ilkeleri açısından bir tedavi zorunluluğu gerektiren bir tedbirin, ilke olarak, insanlık dışı ve aşağılayıcı olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme ilgili davada, başvuranın zorla beslenmesi için tıbbi bir gerekliliğin ortaya konulmadığına ve dolayısıyla zorla beslemenin keyfi olduğuna, başvuranın gıda almayı bilinçli olarak reddetmesi karşısında usule ilişkin güvencelere itibar edilmediğine, başvuranın karşı çıkmasına rağmen uygulanan zorla besleme yönteminin yani zor kullanımın işkence niteliği barındıran ağır nitelikli bir tedaviyi teşkil ettiğini belirtmiştir. Belirtilen nedenlerle başvuranın zorla beslenmesi nedeniyle Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

2. Çıplak Aramada Zor Kullanılması

Çıplak arama kendisine veya diğer hükümlülere ya da cezaevi personeline zarar verici, kesici, delici ve benzeri eşya taşıdığı ya da cezaevine girmesi yasak olan bir maddeyi sakladığından şüphelenilen kişinin, kimsenin görmeyeceği bir alanda elbiseleri çıkarılmak suretiyle aynı cinsiyetten olan görevliler tarafından bütün vücudunun temas edilmeden gözle aranmasıdır.⁶⁸ Cezaevi düzeninin ve güvenliğinin sağlanması ve hükümlülerin cezaevinde suç işlemlerinin önlenmesi bakımından cezaevi koşullarının ve hükümlülerin aranmasının zorunluluk arz ettiği durumlarda 5275 sayılı Kanun ve Yönetmelik'te belirlenen ilke ve esaslar çerçevesinde çıplak arama yapılması gerekebilir. AIHM, konu ile ilgili kararlarında cezaevi güvenliğini sağlamak ve

⁶⁶ AIHM Nevmerzhtsky/Ukrayna Kararı, Başvuru No:54825/00, K.T: 05.04.2005

⁶⁷ Demirbaş, s.200

⁶⁸ Ersan Şen, "Çıplak Arama", <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13.01.2022

cezaevinde kargaşa çıkmasını engellemek için bazı durumlarda çıplak aramanın gerekli olabileceğini ancak bu durumlarda dahi aramanın uygun şekilde yapılması zorunluluğunu vurgulamaktadır.⁶⁹

Çıplak aramaya ilişkin usul ve esasların yer aldığı İnfaz Yönetmeliği'nin 34. maddesindeki düzenlemeye göre hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı ve bunun başka suretle tespitinin olanaksız olması durumunda kurum en üst amirinin gerekli görmesi hâlinde, *çıplak olarak veya beden çukurlarında aşağıda belirtilen usullere göre arama yapılabilir:*

- a) *Çıplak arama*, hükümlünün utanma duygusunu ihlâl etmeyecek şekilde ve görevli dışında kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınarak gerçekleştirilir.
- b) Arama sırasında *önce bedenin üst kısmındaki giysiler çıkarttırılır, bedenin alt kısmındaki giysiler üst kısmındaki giysiler giyildikten sonra çıkarttırılır*. Bu giysiler de mutlaka aranır. Arama sırasında hükümlüye tek kullanımlık giyim önlüğü verilir.
- c) *Çıplak arama sırasında* bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir. Aranılan kişinin beden çukurlarında bir şeyin bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin bulunması hâlinde öncelikle, hükümlüden madde veya eşyanın kendisi tarafından çıkartılması istenir, aksi hâlde bunun zor kullanılarak gerçekleştirileceği bildirilir.
- d) Beden çukurlarındaki arama, cezaevi tabibi tarafından yerine getirilir.
- e) *Çıplak olarak arama*, mümkün olan en kısa süre içinde bitirilir.
- f) Beden ve üst aramaları aynı cinsiyetten güvenlik ve gözetim görevlileri tarafından yapılması zorunludur.

Görüldüğü üzere istisnai ve son çare olarak yapılacak çıplak aramada kişinin onurunun rencide olmaması ve vücut dokunulmazlığının haksız müdahalelere maruz kalmaması bakımından belirli esaslar çerçevesinde hareket edilmelidir. Bu bağlamda çıplak aramada zor

⁶⁹ Andrew Coyle, Cezaevi Yönetimine İnsan Haklarını Göz Önüne Alan Bir Yaklaşım, Yayınlayan: Uluslararası Cezaevi Araştırmaları Merkezi, Londra 2002. s.64

kullanılması da istisnai bir durumdur ve ancak kişinin çıplak aramaya izin vermemesi veya aranan kişinin beden çukurlarında bir şeyin bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin bulunması hâlinde başvurulabilir. Ancak burada zor kullanılmadan önce hükümlü veya tutukludan madde veya eşyanın kendisi tarafından çıkartılması konusunda uyarılması ve uyarıya rağmen bu yapılmadığı takdirde zor kullanılarak beden çukurlarında arama yapılacağına kendisine ihtar edilmesi zorunludur.

Anayasa Mahkemesi **Mehmet Arslan Kararında**⁷⁰ başvuru 19.02.2018 günü naklen geldiği ceza infaz kurumuna girişte yapılan çıplak arama sırasında hukuka aykırı güç kullanımı nedeniyle kötü muamele yasağının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvurucunun aynı gün yapılan (19.2.2018- saat 11.27) muayene sonucunda *“her iki kulağında yeni oluşmuş kızarıklık ve sağ dirseğinde yeni oluşmuş yüzeysel iki kesi”* tespit edilmiştir. Başvuruyu değerlendiren Mahkeme *“...İnfaz kurumuna girişte tutuklu veya hükümlülerin üzerinde sakıncalı eşyalar bulunup bulunmadığının kontrolü açısından üzerlerinin aranması ve bu işleme karşı çıktığında, diğer bir ifadeyle direnildiğinde bu kişilere müdahale edilerek dirençlerinin kırılması olağan karşılanmalıdır. Başvurucunun direnç göstererek hangi eylemde veya eylemsizlikte bulunduğu ya da infaz görevlilerinin bu direnç müdahalesinin şekli tam olarak Başsavcılık kararında açıklanmamakta ise de başvuru kişinin arama yapılmasına izin vermemesi nedeniyle infaz koruma görevlilerince zor kullanılarak kıyafetlerinin kısmen çıkarılarak arandığı, bu sırada hafif ölçüde yaralandığı başvuruya yansıyan olgular ve İnfaz Hâkimliği karar gerekçesinden anlaşılmıştır. Dolayısıyla arama yapılmasının sağlanması amacıyla infaz görevlilerince zor kullanılmasının kaçınılmaz hâle geldiği gözlemlenmiştir... Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir”* şeklinde karar vermiştir. Mahkeme çıplak aramanın koşullarının oluşup oluşmadığını dikkate almadan, hangi gerekçelerle çıplak aramaya karar verildiğini ve beden çukurlarında arama haricinde zor kullanılması yasakken hangi somut gerekçelerle zor kullanıldığını irdelemeden ihlal olmadığına karar vermiştir.

⁷⁰ AYM Mehmet Arslan Kararı, Başvuru No: 2019/791, K.T:24.11.2021, Prg.56

II. ZOR KULLANMA KAPSANINDA CEZAEVİNDE KELEPÇE TAKILMASI

A. KOLLUĞUN KELEPÇE KULLANMA YETKİSİ

Kolluğun zor kullanma yetkisi kapsamında maddi güç⁷¹ uygulanırken başvurduğu kelepçe kullanımı, kaçma girişimlerinin engellenmesi veyahut kişinin kendisine veya başkasına zarar vermesinin engellenmesi bakımından başvurulan bir yöntemdir. Kişinin hareket kabiliyetlerini kısıtlamak için el veya ayak bileklerini bağlamaya yarayan her türlü aracı ifade eden kelepçe kolluk bakımından bir emniyet ve güvenlik aracıdır.⁷² Burada nihai hedef kişiyi etkisiz hale getirmek ve olayı kontrol altına almaktır.⁷³

Kolluğun kelepçe takma yetkisine ilişkin temel düzenleme 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 13. maddesidir. Madde-deki düzenleme uyarınca yakalanan kişilerin kaçması veya saldırıda bulunmasının önlenmesi bakımından kişinin sağlığına zarar vermeyecek şekilde her türlü tedbir alınabileceği belirtilmiştir. Burada madde metninde geçen "*her türlü tedbir*" ifadesi, kelepçe takmayı da kapsamaktadır.⁷⁴ Maddedeki bu tanımdan hareketle Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 7. maddesinde yakalanan veya tutuklanarak bir yerden diğer bir yere nakledilen kişilere, kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı hallerinde kelepçe takılabileceği açıkça belirtilmiştir.

Diğer taraftan 5271 sayılı ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Yakalanan veya tutuklanan kişilerin nakli*" kenar başlıklı 93. maddesinde ise yakalanan veya tutuklanarak bir yerden diğer bir yere nakledilen kişilere, kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı

⁷¹ PVSK'nın 16. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendi uyarınca "Maddi güç; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fiziki engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını, ifade eder".

⁷² Feridun Yenisey, Kolluk Hukuku, 2.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s.251; Alçalar, s.95

⁷³ Eryılmaz/Bozlak, s.241

⁷⁴ Alçalar, s.95

ğı hâllerinde kelepçe takılabileceği düzenlenmiştir. Esasen kolluğun kelepçe yetkisini açıkça düzenleyen yasal düzenleme bu hükümdür.⁷⁵ Ayrıca Çocuk Koruma Kanunu'nun 18. maddesindeki emredici düzenleme uyarınca çocuklara zincir, kelepçe ve benzeri aletler takılamaz. Ancak zorunlu hallerde çocuğun kaçmasını, kendisinin veya başkasının hayat veya beden bütünlükleri bakımından doğabilecek tehlikeleri önlemek için kolluk tarafından gerekli önlem alınabilir. Burada çocuklar bakımından kelepçe yasağı söz konusudur.⁷⁶

Kelepçe takılmasındaki temel amaç ilgili kişiyi oluşturduğu bozucu ortam içerisinde *"etkisiz hale getirmek"* ve olayı *"kontrol altına almak"* olup kelepçe bir cezalandırma aracı olarak kullanılamaz.⁷⁷ Aynı şekilde kelepçe uygulaması kişiyi rencide etme maksatlı olarak, ifşa gayesi güdülerken yapılmış olması hâlinde AİHS'nin 3. maddesi bağlamında insanlık dışı onur kırıcı muamele yasağı ihlal edilmiş olacaktır.⁷⁸ Dolayısıyla haksız ve orantısız kelepçe kullanılması kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne zarar verilebilmesi mümkün olduğundan ortaya hak ihlallerinin ve suç tanımına uyan sonuçların ortaya çıkması mümkündür.⁷⁹ Bu bağlamda kolluğun kelepçe kullanma yetkisinde sınırları aşması, haksız ve orantısız kelepçe kullanılması halinde eylemin niteliğine göre başta TCK'nın 256. maddesinde tanımlanan *"Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suretiyle görevin kötüye kullanılması"* suçu olmak üzere, işkence (TCK. md 94) ve eziyet ((TCK. md.96) gibi suçlar oluşacaktır.⁸⁰

⁷⁵ Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2006, s.421; Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.341

⁷⁶ Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/Yasemin F.Saygılar Kırıt/Esra Alan Akcan/Özdem Özyayın/Efser Erden Tütüncü/Derya Altınok Villemin/Mehmet Can Tok, (Öztürk ve Diğerleri), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.456-865; Veli Özer Özbek Koray/Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021. S.241

⁷⁷ Altıntop, 879

⁷⁸ AİHM Mursic/Hırvatistan Kararı, Başvuru No: 7334/13, K.T:20.10.2016, Prg.91 vd.

⁷⁹ Mutaf, s.243

⁸⁰ Altıntop, s.880

B. CEZAEVLERİNDE KELEPÇE KULLANILMASI

Cezaevlerinde tutuklu ve hükümlere yönelik kullanılan başlıca kısıtlayıcı araçlardan biri de kelepçedir. Cezaevi içerisinde kural olarak kelepçe takılması yasak olmasına rağmen nakil, hastaneye sevk ve kendisine veya başkalarına zarar verme halleri gibi istisnai durumlarda kelepçe kullanılması gündeme gelmektedir. Cezaevi gibi güvenlik, düzen ve disiplinin önemli olduğu bir kurumda belirtilen istisnai durumlarda ve koşulların da gerekli kılması halinde kelepçe kullanılabilir. Burada sorun oluşturan husus kelepçe takılmasının bir gereklilikten çıkarak bir cezalandırmaya ve keyfi uygulamaya dönüştüğü durumlardır.⁸¹ Dolayısıyla bu tip kısıtlayıcı araçlara başvurulabilmesi bakımından hükümlünün veya tutuklunun kaçma veya can güvenliği açısından tehlike arz etme durumuna ilişkin somut belirtilerin ortaya konulması gerekmektedir.

Tutuklu veya hükümlülerin ceza infaz kurumu dışında buldukları süre boyunca kaçmalarının önlenmesi, kendilerine veya başkalarına zarar verme tehlikesinin bertaraf edilmesi amacıyla kolluk görevlileri tarafından kelepçe gibi bedensel hareketleri kısıtlayıcı araçların kullanılması kural olarak Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası yönünden sorun oluşturmamaktadır. Ancak bu tür tedbirlerin uygulanmasında tutuklu veya hükümlülerin fiziksel veyahut ruhsal durumları ile tedbirin olası olumsuz etkilerinin birlikte dikkate alınarak bir sonuca ulaşılması gerekir. Kelepçe ve benzeri araçların kullanımında kamu makamlarının takdir yetkisini alınan tedbirin amacını aşacak boyutta keyfî veya gereksiz kullanmaları kötü muamele kapsamında kalabilmektedir. Bu durumda öncelikle değerlendirilmesi gereken husus, alınan tedbirin makul seviyede sayılıp sayılmayacağı ve sonuçları bakımından hakkında tedbir uygulanan kişideki fiziksel ve ruhsal etkilerinin kötü muamele sayılması için aranan eşiği aşmadığıdır.⁸²

Kural olarak hükümlünün cezaevi içerisinde bulunduğu süreçte kelepçelenmesi mümkün değildir. Ancak 5275 sayılı Kanun'da belirtilen nakil, hastaneye sevk ve kendisine veya başkalarına zarar verme

⁸¹ Özbek, s.261; Demirbaş, s.376-377; Özkavalcı, s.423

⁸² Bahattin Aras/Sezgin Güverçin: İnfaz Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.578

halleri gibi istisnai durumlarda hükümlünün kelepçelenmesi mümkündür. Kanun'un "*Zorlayıcı araçların kullanılması*" kenar başlıklı 50. maddesindeki düzenleme uyarınca hiçbir hâlde zincir ve demire vurmak tedbir olarak uygulanmaz. Kelepçe ve bedensel hareketleri kısıtlayıcı araçlar ise ancak;

- a) Yetkili makamın önüne getirildiğinde çıkarılmak kaydıyla, sevk ve nakil sırasında kaçmayı önlemek için,
- b) Hekimin talimat ve gözetiminde olmak üzere tıbbî nedenlerle,
- c) Diğer kontrol usullerinin yetersizliği hâlinde hükümlünün kendisine veya başkalarına zarar vermesine veya eşyayı tahrip etmesine engel olmak için kurum en üst amirinin emriyle,

kullanılabilir. Ancak çocuk hükümlüler bakımından yetkili makamın önüne getirildiğinde çıkarılmak kaydıyla, sevk ve nakil sırasında kaçmayı önlemek için dahi olsa kelepçe ve bedensel hareketleri kısıtlayıcı araçlar kullanılamaz.

İnfaz Yönetmeliği'nin "*Zorlayıcı araçların kullanılması*" kenar başlıklı 123.maddesinde de Kanun'daki düzenlemelere paralel hükümlere yer verilmiştir. Buna göre hiçbir hâlde zincir ve demire vurmak tedbir olarak uygulanmaz. Kelepçe ve bedensel hareketleri kısıtlayıcı araçlar ancak;

- a) Çocuk hükümlüler hariç olmak üzere, yetkili makamın önüne getirildiğinde çıkarılmak kaydıyla, sevk ve nakil sırasında kaçmayı önlemek için,
- b) Kurum revirinde veya sağlık kuruluşunda hükümlü hakkında uygulanacak muayene, teşhis ve tedavi sırasında, muayene, teşhis ve tedavi işlemlerinin güvenli bir şekilde yerine getirilmesi için zorunlu görülmesi hâlinde cezaevi tabibi veya hekimin talep ve gözetiminde,
- c) Diğer kontrol usullerinin yetersizliği hâlinde hükümlünün kendisine veya başkalarına zarar vermesine veya eşyayı tahrip etmesine engel olmak için kurum en üst amirinin emriyle,

kullanılabilir.

Avrupa Cezaevi Kurallarında da hükümlü ve tutuklulara hangi

hallerde kelepçe takılabileceğine dair hükümlere yer verilmiştir. Avrupa Cezaevi Kurallarının “Zapt etme araçları” kenar başlıklı 68. maddesinde aşağıdaki kurallar belirlenmiştir:

- Zincir ve demirlerin kullanımı yasaklanmalıdır.
- Kelepçe, deli gömleği ve diğer bedensel kısıtlama araçları aşağıdaki haller dışında kullanılmamalıdır:
 - a. Gerektiğinde, nakil sırasında kaçmaya karşı engelleyici bir önlem olarak kullanılır. Bu takdirde, mahpus adli veya idari bir makamın önüne çıkarıldığında makam aksine karar vermedikçe bu araçlar çıkarılmalıdır; ya da
 - b. Bir mahpusun kendine veya başkalarına ya da mala ciddi bir zarar vermesini önlemek amacıyla, diğer kontrol yöntemlerinin yetersiz kaldığı hallerde müdürün emriyle kullanılır. Bu durumlarda müdür derhal doktora bilgi vermeli ve durumu bir üst cezaevi makama rapor etmelidir.
 - Zapt etme araçları kesinlikle gerektiğinden daha uzun bir süre kullanılmamalıdır.
 - Zapt etme araçlarının kullanım biçimi ulusal mevzuatta belirtilmelidir.

Gerek ulusal mevzuatta ve gerekse Avrupa Cezaevi Kurallarında belirtildiği üzere tutuklu ve hükümlülerin sevk, muayene ve tedavi sürecindeki uygulamaların ilgili mevzuat doğrultusunda hiçbir mahpusa ayrımcılık yapılmadan, firar/firara teşebbüs, kaçma/kaçırılma ve hükümlü/tutukluya dışarıdan yapılacak saldırıların engellenmesi amacıyla yürütülmesi gerekir. Bu kapsamda kelepçe ve diğer bedensel kısıtlama araçları istisnalar dışında kullanılamaz. İstisnai durumların varlığının da gerekçeleriyle ortaya konması gerekir. Bu bağlamda özgürlüğünden mahrum bırakılan bir tutuklu ve hükümlünün kaçma, kendisine veya başka birine zarara sebebiyet verme riskinin olmadığı veya böylesi bir uygulamanın orantısız olduğu ya da mahpusun kamuya ifşasının amaçlandığı hallerde kelepçelenmesi durumunda işkence ve kötü muamele yasağının ihlali gündeme gelecektir.⁸³

⁸³ Aras/Güvercin, s.580

Diğer taraftan kelepçe takılmasında esas olan kaçma ve zarar verme tehlikesinin bertaraf edilmesidir. Burada failin durumu ve tehlikenin ağırlığı esas alınarak karar verilecektir. Bu noktada kelepçe kullanılmasında takdir hakkı bu esaslara göre kullanılacağından kişinin hüküm giydiği veya yargılandığı suçun nevi tek başına belirleyici bir unsur değildir.

AİHM'ye göre kelepçeleme gibi kısıtlama tedbirleri, normalde, hukuka uygun yakalama veya tutuklamayla bağlantılı uygulanan ve makul olarak gerekli olduğu değerlendirilen koşulları aşan güç kullanımı veya uygunsuz müdahalelere yol açmadığı sürece Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında bir sorun teşkil etmez. Mahkemeye göre kelepçe takılma gibi kısıtlama tedbirlerinin kullanımının bir mahpusu fiziksel veya zihinsel olarak etkilemeyi veya söz konusu kişiyi aşağılamayı amaçlaması halinde Sözleşme'nin 8. maddesinin de ihlali gündeme gelebilecektir.⁸⁴ Mahkeme gerekçesiz ve orantısız kelepçe takılmasından kaynaklı olarak Sözleşme'nin 3 ve 8. maddeleri bağlamında ihlal kararları vermiştir.⁸⁵

⁸⁴ AİHM Raninen /Finlandiya Kararı, Başvuru No: 152/1996/771/972, K.T. 16.12.1997, Prg. 63- 64

⁸⁵ AİHM, aşağıdaki koşulların varlığı hâlinde kelepçe veya zincir kullanımını haklı kılabilecek hiçbir gerekçe olmadığına karar vermiştir. Bu gerekçeler:

- Herhangi bir psikiyatrik görüş veya haklı gerekçe olmaksızın yedi gün boyunca akıl sağlığı sorunu olan bir mahpusun kelepçelenmesi (Kucheruk /Ukrayna Kararı, 2007, Prg. 140-146),
- Herhangi bir karşı koyma olmasına bakılmaksızın zorla besleme sırasında zorunlu olarak kelepçeleme (Nevmerzhitsky/Ukrayna Kararı, 2005, Prg. 97),
- Cerrahi müdahale olmayı bekleyen hastanedeki bir hasta mahpusun kelepçelenmesi (Henaf/Fransa Kararı, 2003, Prg. 52-60; Istratii ve Diğerleri/Moldova Kararı, 2007, Prg. 55-58),
- Hastanedeki yatağında kanserden muzdarip bir mahpusun kelepçelenmesi (Okhrimenko/Ukrayna Kararı, 2009, Prg.98),
- Mahkeme duruşmalarında kelepçeleme (Gorodnichev/Rusya Kararı, 2007, Prg.103-109),
- Hamile bir kadının hastanedeki hasta kabul biriminde jinekolojik muayene sandalyesine zincirlenmesi (Korneykova ve Korneykov/Ukrayna Kararı, 2016, Prg.112-115),
- Fiziksel olarak zayıf düşmüş hasta bir mahpusun hastaneye götürülürken kelepçelenmesi (Mouisel/Fransa Kararı, 2002, Prg.47),
- Jinekolog muayenesi sırasında kelepçeleme (Filiz Uyan/Türkiye Kararı, 2009, Prg.32-35)

(Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İçtihadına İlişkin Rehber, Mahpus Hakları, s.40-41, <chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Ffinhak.adalet.gov.tr%2FResimler%2FDokuma>

C. KELEPÇE TAKILABİLECEK İSTİSNAİ HALLER

1. Sevk ve Nakil Sırasında Kelepçe Takılması

5275 sayılı Kanun'un "Zorlayıcı araçların kullanılması" kenar başlıklı 50. maddesindeki düzenleme uyarınca yetkili makamın önüne getirildiğinde çıkarılmak kaydıyla, sevk ve nakil sırasında kaçmayı önlemek için kelepçe ve bedensel hareketleri kısıtlayıcı araçlar kullanılabilir. Benzer düzenleme İnfaz Yönetmeliği'nde de yer almaktadır. Mevcut mevzuat hükümleri incelendiğinde hükümlü ve tutukluların sevk ve nakilleri sırasında kelepçe güvenlik gerekçesiyle takılabilir. Burada esasen kelepçenin takılması zorunluluğu idarenin takdirine bırakılmıştır. Gerekli güvenlik tedbirlerinin alındığı ring aracıyla şehirlerarası nakil işlemi sırasında herhangi bir somut güvenlik riski bulunmadığı sürece hükümlünün kelepçeli olarak araç içerisinde bekletilmesi keyfi uygulama olacaktır. Bu noktada idareye bir takdir hakkı tanınmış olup her takdir hakkının kullanılmasında olduğu gibi somut koşullar çerçevesinde hakkaniyete uygun bir değerlendirmeye bu takdir hakkının kullanılması gerekir. Zira kelepçe yetkili makamın önüne getirildiğinde çıkarılmak kaydıyla, sevk ve nakil sırasında kaçmayı önlemek için takılır. Kişinin kaçma durumu söz konusu değilse saatlerce kelepçeli bir şekilde kapalı araç içerisinde tutulma nihayetinde Sözleşme'nin 3. ve Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında kötü muameleyle dönüşebilir.⁸⁶

Sevk ve nakil sırasında kelepçe gibi hareket kısıtlayıcı araçların kullanılması, hukuka uygun bir tutma kararıyla ilgili olarak uygulanması ve makul ölçüde gerekli olandan fazla güç kullanmayı içermemesi veya kişinin kelepçeli halini kamuya ifşa etme amacı taşımaması halinde Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından bir sorun doğurmaz. Bu işlemin uygulanmasında kişinin kaçma, yaralamaya veya bir zarara sebebiyet verme riski bulunup bulunmadığı dikkate alınmalıdır.⁸⁷

Diğer taraftan duruşmaya sevk sırasında da benzer hassasiyetlerin gösterilmesi gerekir. Tutuklu kişinin duruşmaya katılacağı me-

n%2F482020134215mahpus%2520haklar%25C4%25B1%2520olarak%2520de%25C4%259Fi%25C5%259Ftirelim%2520ba%25C5%259F1%25C4%25B1%25C4%259F%25C4%25B1.pdf&cLen=4887153&chunk=true, İET:11.02.2022)

⁸⁶ Aras/Güverçin, s.582

⁸⁷ Doğru/Nalbant, s.169

safenin durumu ve tutuklunun kaçma şüphesi gibi hususlar birlikte değerlendirilerek karar verilmelidir. Her halükârda Kanun'daki açık düzenleme uyarınca duruşma sırasında kelepçenin çıkarılması gerekir. Bu noktada kaçma veya zarar verme riski bulunmaması halinde tutuklunun duruşmayı beklediği adliye nezaretlerinde de kelepçenin çıkarılması gerekir.

Hükümlünün kelepçeli sevk nedenlerinden biri de hükümlü ve tutukluların eğitimleri nedeniyle girecekleri sınavlardır. Bu sınavlara gidişlerde mesafe ve ilgilinin tehlike durumuna göre ring aracında kelepçe takılması durumu değerlendirilecektir. Ancak gerekli güvenlik önlemlerinin alınması halinde sınav esnasında kelepçe takılması konusunda gerekli hassasiyet ve iyi niyetin ortaya konulması gerekir. Hükümlünün girdiği sınavdaki konsantrasyon ve başarısını engelleyecek şekilde kelepçe ve diğer tedbirlerin uygulanması hak ihlali olacaktır. Bir de infazın amaçları çerçevesinde hükümlünün ıslahı ve topluma kazandırılması noktasında bu eğitim faaliyetlerinin hayati öneme sahip olduğu değerlendirilerek hükümlünün durumunun objektif olarak değerlendirilmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi Cihan Yeşil (2) Kararında⁸⁸ anayasal düzeni zorla değiştirmeye kalkışma suçu nedeniyle aldığı müebbet hapis cezası nedeniyle Edirne F Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda tutulmakta olan başvuru 22.5.2016 tarihinde gerçekleşen Kamu Personeli Seçme Sınavı'na (KPSS) katılmak üzere kolluk görevlileri eşliğinde sınava getirilmiş ve sınav süresi boyunca elleri ve ayakları kelepçeli bir biçimde tutulmuştur. Başvuru, KPSS'nin ilk oturumuna elleri ve ayakları kelepçeli olarak katıldığı için başarısız olduğunu, kolluğun keyfî uygulamasını şikâyet etmesine rağmen savcılıkça etkili soruşturma yapılmadığını, daha önceki sınavlarda da benzer şekilde davranılması nedeniyle uygulamanın sistematik olarak işkenceye dönüştüğünü iddia ederek eğitim hakkı ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme'ye göre somut olayda, müebbet hapis cezası ile hükümlü olan başvuru, işlediği suçun niteliği itibarıyla yüksek güvenlikli bir ceza infaz kurumunda tutulmaktadır. Kolluk görevlileri eşliğinde

⁸⁸ AYM Cihan Yeşil (2) Kararında, Başvuru No: 2016/12825, K.T:17.6.2020

talebi doğrultusunda memur alımı sınavına girmek için kurum dışına çıkarılan başvurucunun kaçmasının önlenmesi amacıyla alınacak güvenlik önlemlerinin de yüksek düzeyde tutulması gerektiği anlaşılabilir bir olgudur. Bu bağlamda başvurucunun dışarıda bulunduğu süre boyunca kelepçe kullanılarak bedensel hareketlerinin kısıtlanması makul bir tedbir kapsamında sayılmaktadır.

Mahkeme'ye göre girdiği sınav süresi boyunca başvurucunun el ve ayaklarının kelepçeli tutulması, hareketlerini kısıtlayarak sınav başarısını etkileyecek düzeyde olabileceği değerlendirilse dahi salt bu durumun tek başına kötü muamele oluşturacağı sonucuna varmak mümkün görünmemektedir. Söz konusu bu müdahalenin başvurucunun fiziksel veya ruhsal bütünlüğü üzerinde olumsuz etki yarattığına ilişkin somut bir durum tespit edilmemekle birlikte özgürlükten mahrum kalmanın doğal sonucu olan kaçınılmaz elem seviyesinin ötesinde asgari bir ağırlık derecesine ulaştığı da tespit edilememiştir. Mahkeme belirtilen gerekçelerle kötü muamele yasağına ilişkin bir ihlalin olmadığı açık olduğundan başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna oy çokluğu ile karar vermiştir.

Mahkeme'nin kararının yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri ile uluslararası sözleşme hükümleri çerçevesinde değerlendirildiğinde sorunlu olduğu açıktır. Kelepçe takılmasının bir gereklilik olduğu durumlarda bile bu tedbirin orantılı uygulanması gerekir. Hem el hem ayaklarının kelepçelenmesi güvenlik bakımından orantısız bir müdahale olmuştur. Nitekim mahkeme üyesi sayın Engin Yıldırım karşı oy yazısında "Hükümlü olarak ceza infaz kurumunda tutulan başvurucu kurum dışında girdiği bir sınav boyunca elleri ve ayakları kelepçeli bir halde tutulmuştur. Müebbet hapis cezası alan ve yüksek güvenlikli bir ceza infaz kurumunda tutulan başvurucunun kaçmasının önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması gerektiği açıktır. Başvurucunun kaçma olasılığını önlemek için kelepçe takılması zorunlu bir önlem olarak görülebilir ama hem el hem de ayaklara kelepçe takılması ulaşılmak istenen amaç için ölçülü olmayan bir aracın kullanılması anlamına gelmektedir. Ulaşılmak istenen amaca yönelik olarak başvurucunun hem el hem de ayaklarının eş anlı olarak kelepçelenmesi ve bu şekilde sınava girmek zorunda bırakılması Anayasa'nın 17'nci maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında aranan asgari eşiğin geçildiği sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla, başvurucu insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye ma-

ruz kalmıştır” görüşüne yer vererek başvuruçunun, Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan insan haysiyetiyle bağdaşmayan muameleye tutulmama hakkının ihlal edildiği kanaatine ulaştığını belirtmiştir.

2. Muayene ve Tedavi Sırasında Kelepçe Takılması

a. Kelepçesiz Muayenenin Kural Olması

Hükümlü veya tutuklunun muayene sırasında ciddi kaçma riski yoksa veya kendisine sağlık personeline veyahut cezaevi görevlilerine yönelik zarar verme riski bulunmuyorsa kelepçesiz muayene ve tedavi olması gerekir. Aynı şekilde hastanede tedavi sırasında bu riskler bulunmamasına rağmen hükümlü veya tutuklunun zincire vurulması veya kelepçeli olarak yatağa bağlanması da kabul edilebilecek bir durum değildir.⁸⁹ Ancak cezaevlerinde hükümlü ve tutuklular kelepçelemeli tedavi ve muayene edilmeleri veya yatağa zincirle bağlanmaları veyahut muayene sırasında cezaevi görevlilerinin mahremiyeti bozacak şekilde hazır bulunması gibi insanlık dışı muamelelere maruz kaldıkları birçok somut olayda görülmüştür.⁹⁰

Avrupa Cezaevi Kurallarının 40 ve devamı maddelerinde de vurgulandığı üzere cezaevi yetkilileri tüm mahpusların sağlığını korumalı ve mahpusların, hukuki durumları nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulmaksızın ülkede mevcut olan sağlık hizmetlerine erişmeleri sağlanmalıdır. Aynı şekilde cezaevlerinde veya cezaevi dışındaki muayeneleri ve tedavilerinin insan onuruna ve mahremiyetine uygun yürütülmesi gerekir.⁹¹

5275 sayılı Kanun’un 50. maddesindeki ve Yönetmelik’teki düzenleme uyarınca muayene ve tedavi sırasında doktorun talimat ve gözetiminde olmak üzere tıbbî nedenlerle ancak kelepçe takılabilir. Diğer bir ifade ile kurum revirinde veya sağlık kuruluşunda ya da cezaevi

⁸⁹ Smit/Snacken, s.321

⁹⁰ Jörg Pont / Timothy Wilfrid Harding, Organisation And Management Of Health Care In Prison, Printed at the Council of Europe, February 2019, chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Finfo.harmreduction.eu%2FCOE_EDITION.pdf&clen=363871&chunk=true, İET: 18.02.2022 , s.7

⁹¹ Pont/Harding, s.13

kampüsü içerisinde bulunan semt polikliniklerinde hükümlü hakkında uygulanacak muayene, teşhis ve tedavi sırasında, muayene, teşhis ve tedavi işlemlerinin güvenli bir şekilde yerine getirilmesi için zorunlu görülmesi hâlinde cezaevi tabibi veya hekimin talep ve gözetiminde ancak kelepçe takılabilir. Dolayısıyla hükümlü ve tutuklular kelepçesiz olarak muayene ve tedavi alanına alınacaklardır. Burada önemli olan bir diğer husus ise hükümlü veya tutukluların muayene veya tedavi için bekletildikleri nezarethanede kelepçenin takılı kalmasını gerekli kılan somut bir tehlike ve güvenlik sorunu bulunmadığı sürece kelepçelerin çıkarılması gerektiğidir.⁹²

Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı arasında 26 Ocak 2017 tarihinde imzalanan Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetim, Dış Koruma, Hükümlü ve Tutukluların Sevk ve Nakilleriyle Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Protokolün muayenelerde güvenliğin ve hasta mahremiyetinin sağlanması ile ilgili olan 38. maddesindeki düzenleme uyarınca esasen muayenelerin, firara karşı engellerin bulunduğu muhafazalı odalarda yapılması gerekir. Bu tip muhafazalı odalarda hükümlü ve tutuklu kelepçesiz bir şekilde içeriye alınır ve jandarmanın da muayene esnasında oda dışında bulunarak gerekli güvenlik tedbirlerini alması gerekir. Jandarma ancak doktorun yazılı olarak talep etmesi halinde muayene odasında bulunabilir. Buna karşılık muhafazalı muayene odaları bulunmayan hastanelerde tutuklu ve hükümlüler için muhafazalı muayene odaları yapılmaya kadar jandarmanın muayene odası içinde doktorla hasta arasında geçecek konuşmaları duymayacak uzaklıkta bulunarak koruma tedbirini alması gerekir. Ancak muhafazalı muayene odası bulunmayan ve doktor-hasta arasında geçecek konuşmaların duyulmayacak kadar genişlikte muayene odası bulunmayan yerlerde hükümlü muayenelerinde özellikle jandarma kuvvetleri ile hekimler arasında hasta mahremiyeti ile ilgili çeşitli sorunlar yaşanmaktadır.⁹³ Bu bağlamda Jandarma Genel Komutanlığı'nın Cezaevlerinin Dış Koruması Sevk ve Nakil Hizmetleri Yönergesi'nde yer alan "Kelepçeler ölüm, yaralanma, kalp krizi, ağır hastalık gibi zaruri haller dışında kesinlikle açılmaz" ve "zorunlu ihtiyaçları birer birer ve hiçbir şekilde kelepçeleri açılmaksızın gerekli tedbirleri alındıktan

⁹² Aras/Güverçin, s.584

⁹³ Tıraşçı/Uysal/Altınal/Akın/Durmaz, s.405-409

sonra giderilir" ifadeleri Kanun, İnfaz Yönetmeliği ve Üçlü Protokol ile uluslararası belge ve sözleşmelerdeki hükümlere açıkça aykırıdır.

b. Uluslararası Belgeler Işığında Muayene Sırasında Kelepçe Takılmasının Sınırları

Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi'nin (CPT) 9-21 Haziran 2013 tarihleri arasında Türkiye'de gerçekleştirdiği ziyaretlere ilişkin hazırladığı Raporu göre, tıbbi müdahale gören bir mahpusa kelepçe takmak tıp etiği ve insan onuru açısından kabul edilemez. Komite, bu tarz uygulamaların sonlandırılması için adım atılmasını tavsiye etmektedir.⁹⁴ Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi'nin (CPT) Genel Raporuna göre, sivil hastanenin kullanılması halinde, güvenlik düzenlemeleri konusu ortaya çıkacaktır. CPT bu bağlamda, tedavi almak üzere hastaneye gönderilen tutukluların gözetim nedenleriyle hastane yataklarına ya da diğer eşyalara fiziksel olarak bağlanmamaları gerektiğini vurgulamaktadır. Güvenlik ihtiyaçlarını yeterli bir şekilde karşılayacak başka yollar bulunabilir ve bulunmalıdır; bu tür hastanelerde bir gözetim biriminin oluşturulması bu çözümlerden bir tanesi olabilir.

Aynı şekilde Türkiye'nin taraf olduğu ve İstanbul Protokolü olarak bilinen BM'nin İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu'nda⁹⁵ önemli hükümler bulunmaktadır. İstanbul Protokolü'nün 124'üncü maddesindeki düzenleme uyarınca mahpus, mahremiyetine saygı gösterilen bir ortamda muayene edilmeli ve polis ya da diğer kolluk güçleri hiçbir zaman muayene odasında bulunmamalıdır. Bu usule ilişkin önlemden sadece muayeneyi yapan hekim, eğer alıkonulananın sağlık personeline karşı ciddi bir güvenlik riski oluşturduğu yönünde ikna edici bir delili olduğunu düşünüyör-

⁹⁴ Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi, 9-21 Haziran 2013 Türkiye Ziyareti Raporu, (CPT/Inf (2015) 6, Prg. 94., <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/05/08/2015-06-inf-eng.pdf>, İET: 14.02.2022

⁹⁵ Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu (İstanbul Protokolü), <https://tihv.org.tr/kutuphane/istanbul-protokolu/>, İET:21.02.2022

sa vazgeçilebilir. Böyle bir durumda, muayene eden hekimin talebi üzerine, muayene esnasında polis ya da diğer kolluk kuvvetleri değil, sağlık kurumunun güvenlik personeli hazır bulunmalıdır. Bu koşulda da güvenlik personeli hastaya göre işitme mesafesinin dışında, yani yalnızca görüş mesafesinin içinde olmalıdır.

Türkiye'nin taraf olduğu İstanbul Protokolü, Anayasa'nın 90. maddesi gereğince kanun hükmündedir. Buradan da anlaşılacağı gibi aslında 3'lü Protokol ile İstanbul Protokolü arasında çelişki bulunmaktadır.

Türk Tabipler Birliği'nin (TTB) Aralık 1994'te Tutuklu ve Hükümlülere Yönelik Sağlık Hizmetleri ile İlgili Bildirge'sinde ise şu noktalara dikkat çekilmiştir:

- Muayeneler sırasında hastaların kelepçeleri açtırılmalı, klinik özgürlük koşullarına ve hasta haklarına uygun tam bir ortam sağlanmalıdır.
- Bunun için muayene ortamlarında hasta ve sağlık personeli dışında kimse bulunmamalıdır. Bu hasta ve hekimin hakkı ve hekimin görevidir.
- Mahkûmların hasta yataklarına zincirlenmesi, kelepçelenmesi veya birtakım tıbbi girişimlerin bunların eşliğinde gerçekleştirilmesi mutlaka engellenmelidir.
- Hasta odalarında jandarma ve gardiyan bulundurulmamalıdır. Hastane ve eklentilerinde yetki ve sorumluluk hekimindir. Hekimler bu yetkilerini hekim dışı kişilere devredemez.
- Muayenenin yapıldığı ve mahkûm yatışının olduğu servislerde gerekli sayıda sağlık personeli bulundurulmalıdır.
- Tüm hekimler bu tutumu almakla yükümlüdür, bu tutumlardan dolayı zarar gören hekimler bu durumu acilen en yakın tabip odası ve TTB'ye bildirmelidirler.

Görüldüğü üzere Türk Tabipler Birliği'nin İstanbul Protokolü çerçevesinde belirlediği kurallar dâhilinde hareket edilmesi, hükümlü bakımından bir hak doktor bakımından ise hem hak hem de görevdir. Ankara Tabip Odası İnsan Hakları Komisyonu'nun "*Mahkûm ve Tutuklu Muayeneleri, İstanbul Protokolü*" başlıklı yazısında da belirtildiği

üzere hükümlü ve tutuklunun muayenesinin diğer kişilerin göremeyeceği ve duyamayacağı bir ortamda yapılması, muayene esnasında doktor ile muayene edilen kişinin yalnız kalmaları ve muayenenin doktor ve hasta ilişkileri çerçevesinde gerçekleştirilmesi esastır. Güvenlik güçleri hiçbir biçimde muayene odasında bulunmamalıdır. Doktorun mahkûm ve tutukluyu muayenesi esnasında kişinin içinde bulunduğu her türlü kısıtlılık ortadan kaldırılmalıdır. Doktor asla kişiyi kelepçeli, yatağa zincirlenmiş veya benzeri bir durumda muayene ve tedavi etmemelidir. Muayene odası sadece doktor ve hastaya ait bir ortamdır. Burada doktor öncelikle kendi mesleğini yürütmekle görevlidir. Kolluk kuvvetleri bu odanın dışında güvenlik tedbirlerini almak zorundadır. Hekimlik mesleğinin nasıl yapılacağı konusu hukuki ve adli hükümlere göre değil hekimliğin evrensel değerleri, TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, Hasta Hakları Yönetmeliği, Uluslararası Sözleşmeler ve İstanbul Protokolü'nde tanımlanmış olup bu esaslara göre yürütülmesi gerekir.⁹⁶

c. AİHM'in Bakış Açısı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kişinin firar edeceğine veya şiddete başvuracağına dair somut bir tehlikenin var olması halinde hükümlü ve tutuklulara muayene sırasında kelepçe takılmasını Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında ihlal oluşturmayacağına birçok kararında değinmiştir. Burada önemli olan bu şekilde bir tehlikenin ortaya çıkması anında da bu tedbirin makul ölçüde ve güvenlik amacıyla yapılmasıdır. Salakhov ve Islyamova/Ukrayna Kararında⁹⁷ HIV pozitif olan başvuru, hastanede tedavi olurken yatağa kelepçe ile bağlanmıştır. Mahkeme, mahpuslara kelepçe takılmasının kelepçenin hukuka uygun bir tutma kararıyla ilgili olarak uygulanması ve makul ölçüde gerekli olandan fazla güç kullanmayı içermemesi veya kişinin kelepçeli halini kamuya ifşa etme amacı taşımaması halinde AİHS'nin 3. maddesi bakımından bir sorun doğurmayacağını belirtmiş; ancak başvuruçunun şiddete başvurduğuna veya kaçmaya teşebbüs etti-

⁹⁶ Hekimler İçin Uluslararası ve Ulusal Mevzuatta Mahpusun Sağlık Hakkı, TCPS Kitaplığı, Broşür 1, İstanbul 2016, <https://docplayer.biz.tr/59406354-Hekimler-icin-uluslararasi-ve-ulusal-mevzuatta-mahpusun-sa-lik-hakki.html>, İET: 14.02.2022

⁹⁷ AİHM Salakhov ve Islyamova/Ukrayna Kararı, Başvuru No:28005/08, K.T:14.03.2013, Prg.155-157.

ğine dair bir gösterge bulunmadığını, üstelik bir polis memurunun sürekli olarak başvurucuya hastanede eşlik ettiğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre ağır bir hastalığı bulunan başvurucunun ne kadar zayıf ve hasta olduğunun anlaşılması için özel bir tıbbi yeterlilik de gerekli değildir. Mahkeme, başvurucunun kötü sağlık durumunu göz önünde bulundurarak başvurucuya güvenlik gerekçesiyle kelepçe takılmasının haklı bir neden olarak kabul edilemeyeceğine ve dolayısıyla insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

AIHM Mouisel/Fransa Kararında⁹⁸ ise kanser hastası olan başvuru, kemoterapi seansları sırasında ayaklarından kısıtlanmıştır ve bir el bileğinden kelepçe ile yatağa sabitlenmiştir. Hükümet, başvurucunun adli sicil kaydını ve ailesine yakın bir yerdeki hastanede tedavi olmasını gerekçe göstererek başvurucunun firar etme girişiminde bulunabileceğini öne sürmüş, başvurucuya tedavi sırasında güvenlik gerekçesiyle kelepçe takılmasının haklı bir nedeni olduğunu savunmuştur. Mahkeme, sıkıntılı kemoterapi seansları için hastaneye götürülen başvurucunun fiziksel güçsüzlüğünü göz önünde bulundurarak uygulanan güvenlik önlemini orantısız bulmuştur. Mahkeme, başvurucunun adli siciline rağmen, firar etmesine veya şiddete başvuracağına ilişkin ciddi kanıtların bulunmadığına dikkat çekerek Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

AIHM Henaf/Fransa Kararında,⁹⁹ güvenlik riski oluşturmayacağı düşünülen yaşlı ve hasta hükümlünün ertesi gün ameliyat edileceği hastaneye kelepçeli olarak sevk edildikten sonra odasının kapısında bekleyen iki güvenlik görevlisine rağmen yatağa ayağından zincirle bağlanmış olarak tutulmasını insanlık dışı muamele yasağına aykırı bulmuştur.

AIHM'nin kararlarında da görüleceği üzere hasta tutuklu ve hükümlülerin muayene ve tedavilerinde haklı ve makul bir gerekçe bulunmadan kelepçe takılması orantısız bir müdahale olması nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında kötü muamele niteliindedir. Mahkeme'ye göre hastalığı ve hastalığının ağırlık derecesi açıkça belli olan birisine orantısız önlemler uygulamak hukuka aykırı olacaktır gibi

⁹⁸ AIHM, Mouisel v. Fransa, Başvuru No: 67263/01, K.T:14.11.2003, Prg.35-47

⁹⁹ AIHM Henaf/Fransa Kararı, Başvuru No. 65436/01, K.T:27.11.2003

hakkaniyete de uygun düşmeyecektir. Zira alınan önlemlerin, kişiyi tutukluluğa bağlı kaçınılmaz üzüntü seviyesini aşacak yoğunlukta bir sıkıntıya sokmaması gerekir. Mevzuat ve AİHM'nin konuya bakış açısına rağmen uygulamada hükümlü ve tutukluların hastaneye sevk ve tedavilerinde orantısız ve haklı bir gerekçe olmadan kelepçe takıldığı hazırlanan bir kısım raporlara da yansımıştır.¹⁰⁰

3. Kişinin Kendisine veya Başkasına Zarar Vermesini Engellemek İçin Kelepçe Takılması

Hükümlü veya tutukluya kelepçe takılmasına imkân veren bir diğer istisnai hal ise ortaya çıkan tehlike durumlarıdır. Kanun'daki düzenleme uyarınca hükümlü hakkında diğer kontrol usullerinin yetersizliği hâlinde hükümlünün kendisine veya başkalarına zarar vermesine veya eşyayı tahrip etmesine engel olmak için kurum en üst amirinin emriyle kelepçe takılabilir. Burada mevzuattaki düzenleme uyarınca kelepçe takılması güvenliğin sağlanması ve tehlikenin bertaraf edilmesi noktasında son çaredir. Diğer bir ifade ile başka bir yöntemle güvenliğin sağlanması ve tehlikenin bertaraf edilmesi mümkünse kelepçe takılmaz.

Öte yandan ceza infaz kurumunda saldırganlık gösterme riski yüksek olan hükümlü ve tutuklulara yönelik olarak ceza infaz kurumu personelinin kendilerini korumak, cezaevinde güvenliği ve disiplini sağlamak için daha geniş takdir yetkilerinin olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu takdir yetkisinin iyi niyetli olarak temel hak ve özgürlüklere saygı çerçevesinde kullanılması gerekmektedir. Kelepçe kullanma tedbirinde de iyi niyetle hareket edilmeli ve diğer tedbirlerin yetersiz kalması nedeniyle kelepçenin kullanılmasının zaruri olduğu sabit olmalıdır. Bu zaruret durumunda dahi kelepçenin olayın niteliğiyle orantılı bir sürede ve orantılı bir şekilde kullanılması gerekir. Mesela koğuştta meydana gelen bir kavgada tarafların birbirine daha fazla zarar vermelerini engellemek ve düzeni sağlamak için kelepçe takılıp taraflar etkisiz hale getirildikten ve güvenli bir yere alındıktan sonra saldırganlık durumu söz konusu değilse daha fazla beklemeden

¹⁰⁰ Cezaevlerinde Tespit Edilen Sorunlar ve Çözüm Önerileri, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2020/elazig_muhalefet_serhi_2.pdf, İET:21.02.2022

kelepçeler çıkarılmalıdır. Bu noktada kavgaya karışanlar etkisiz hale getirilmesine rağmen saatlerce kelepçeli bekletilmesi hakkaniyetli ve iyi niyetli bir davranış olmayacağından sorumluluk doğurabilir.¹⁰¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 3. maddesi ile ilgili içtihatlarında kötü muamele yasağının demokratik toplumların en temel değeri olduğunu vurgulamıştır. Terörle ya da organize suçla mücadele gibi en zor şartlarda dahi Sözleşme'nin, mağdurların davranışlarından bağımsız olarak işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlerden men ettiği belirtilmiştir. Kötü muamele yasağının Sözleşme'nin 15. maddesinde belirtilen toplum hayatını tehdit eden kamusal tehlike hâlinde dahi hiçbir istisnaya yer vermediği içtihatlarında vurgulanmıştır.¹⁰²

AİHM Ivan Vasilev/Bulgaristan Kararında¹⁰³ tutuklu ve hükümlülerle ilgili olarak onların korunmasız ve zayıf durumda olduklarını ve yetkililerin en zor şartlarda dahi bu kişilerin fiziksel esenliklerini korumakla sorumlu olduklarını belirtmiştir. Bununla birlikte AİHM, cezaevlerinde bir şiddet potansiyeli bulunduğunu ve tutulan kişilerin direnişinin çok çabuk ayaklanmaya dönüşebileceğini kabul etmektedir. Bu bağlamda Sözleşme'nin 3.maddesinin güvenliği sağlamak için güç kullanılmasını yasakladığı söylenemez ancak bu güç zorunlu hâllerde kullanılmalı ve aşırı olmamalıdır.

Anayasa Mahkemesi ise Cihan Koçak Kararında¹⁰⁴ başvuruçunun sayım sırasında ayağa kalkmaması gerekçesiyle sayım için odasına gelen infaz koruma memurlarının kendine saldırdıklarını, ellerini ve ayaklarını kelepçeleyerek kendisini darp ettiklerini belirterek işkence ve kötü muamele yasağı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmesine ilişkin olarak önemli tespitlere yer vermiştir.

Mahkeme'ye göre özgürlüğünden mahrum bırakılan bir kişiye yönelik -kendi eylem ve tavırları mutlaka kuvvet kullanılmasını gerektirmedikçe- zora başvurulması, insan onurunun zedelenmesi ve

¹⁰¹ Aras/Güverçin, s.588

¹⁰² AİHM Selmouni/Fransa Kararı, Başvuru No:25803/94, K.T: 28.7.1999, Prg. 95; Labita/İtalya Kararı, [BD], Başvuru No: 26772/95, K.T: 6.4.2000, Prg.119

¹⁰³ AİHM Ivan Vasilev/Bulgaristan Kararı, Başvuru No: 48130/99, K.T:12.4.2017, Prg.63

¹⁰⁴ AYM Cihan Koçak Kararı, Başvuru No: 2014/12302, K.T: 21.9.2017

ilke olarak Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen yasağın ihlal edilmesi sonucunu doğurabilir. Buna karşın Anayasa'nın 17. maddesinin bir yakalamayı gerçekleştirmek için güç kullanımını yasakladığı söylenemez. Ancak bu tür bir güç sadece kaçınılmaz ve asla aşırı olmamak kaydıyla kullanılabilir. Başka bir ifadeyle kişinin kendi davranışından veya tutumundan dolayı fiziksel güce başvurmak kesinlikle zorunlu hâle gelmedikçe bu neviden fiiller, prensip olarak kötü muamele yasağını ihlal edecektir. Güç kullanmayı gerektiren bir durumun olup olmadığı değerlendirilirken de öncelikle güç kullanmanın hukuka uygun olup olmadığı, sonrasında ise gerekli olup olmadığı gözetilmelidir.

Mahkeme'ye göre meydana gelen saldırıyı ve aktif direnmeyi sonlandırmak, genel olarak ceza infaz kurumunun disiplinini ve düzenini korumak amacıyla başvurunun müşahede odasına konulduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla burada geçici bir tedbir olarak müşahede odasına konulma söz konusudur. Başvurunun müşahede odasına konulması ceza infaz kurumunda düzenin sağlanması için tek başına kötü muamele olarak kabul edilemez. Ancak ceza infaz kurumlarında kötü muamele olarak kabul edilecek hususlar farklı şekillerde tezahür edebilir. Bunların birçoğu cezaevi idaresi ve görevlilerinin kasıtlı davranışlarından kaynaklanabileceği gibi yönetsel hatalar sebebiyle de ortaya çıkabilir. Somut olay açısından değerlendirilmesi gereken husus başvurunun yaklaşık altı saat süreyle elleri ve ayakları kelepçeli olarak süngerli odada tutulmasıdır.

Bu tespitler ışığında Mahkeme, başvurunun müşahede odasında yaklaşık altı saat ayaklarından ve elleri arkasından kelepçeli olarak tutulmasının başvurunun sağlık raporunda tespit edilen yaralanmaları ve eylemin kendisi değerlendirildiğinde müdahalenin "eziyet" kapsamında nitelendirilmesini mümkün görmüş ve Devletin Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında negatif yükümlülüğüne aykırı davrandığı sonucuna ulaşmış ve açıklanan nedenlerle başvurunun Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağını maddi boyutu bakımından ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme Ahmet Şenol ve Diğerleri Kararında¹⁰⁵ ise başvuruçuların yakını olan UŞ'nin koğuştta çıkardığı kargaşa ve saldırgan tutumları sonucu koğuşt arkadaşlarının infaz koruma memurlarına haber vermesi üzerine UŞ'ye müdahale edilmiş ve kelepçeli olarak süngerli odaya alınmış ve burada yaklaşık altı saat tutulduktan sonra kontrole gelen görevlilerce bilinci kapalı hâlde bulunmuş ve daha sonra götürüldüğü hastanede yaşamını yitirmiştir. Mahkeme UŞ'ye görevlilerin müdahalesinde bir hukuka aykırılık görmemiş ancak UŞ'nin süngerli odada altı saati aşkın bir süre ayaklarından ve elleri arkasından kelepçeli olarak tutulmasını ve otopsi raporunda tespit edilen yaralanmaları dikkate alarak müdahaleyi yoğun maddi ve manevi ıstırap doğurabileceğinden “eziyet” kapsamında nitelendirmiş ve Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında negatif yükümlülüğe aykırı davranıldığı sonucuna ulaşmış ve açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının maddi boyutunun ihlal edildiğine karar vermiştir.

Görüldüğü üzere güç kullanmayı gerektiren bir durumun olup olmadığı değerlendirilirken de öncelikle güç kullanmanın hukuka uygun olup olmadığı, sonrasında ise gerekli olup olmadığı ve nihayetinde ise orantılı uygulanıp uygulanmadığı dikkate alınmalıdır. Kelepçe takılması ancak istisnai hallerde uygulanabilecek bir tedbir olduğundan bu istisnai durumlarda da son çare olarak “gerekli” olduğunun sabit olması gerekir. Bütün bu koşulların sağlanması halinde kelepçe tedbirinin hem süre hem de takılışt tarzı itibariyle orantılı olması gerekir. Düz kelepçe ile güvenli odada muhafaza mümkünken hükümlünün ayaklarından ve elleri arkadan kelepçeli saatlerce bekletilmesi tedbir boyutundan çıkararak cezalandırma ve zarar verme boyutuna geçtiğinden kötü muamele ve eziyet haline dönüşmüş olacaktır. Dolayısıyla tehlike hali ortadan kalktığında veya hükümlü etkisiz hale getirildikten sonra tedbirin uygun koşullara göre yeniden gözden geçirilmesi gerekir.

¹⁰⁵ AYM Ahmet Şenol ve Diğerleri Kararı, Başvuru No: 2014/16947, K.T: 22.2.2018, Prg.100-101

D. TUTUKLANAN KİŞİLERİN CEZAEVİNE NAKLİNDE KELEPÇE TAKILMASI

Yürütülen soruşturma kapsamında tutuklanıp cezaevine götürülecek kişilerin kelepçelenmesine ilişkin esaslar 5271 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. 5271 sayılı Kanun'un "*Yakalanan veya tutuklanan kişilerin nakli*" kenar başlıklı 93. maddesindeki düzenleme uyarınca tutuklanarak bir yerden diğer bir yere nakledilen kişilere, kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı hâllerinde kelepçe takılabilir.

Görüldüğü üzere kişinin tutuklanma kararı sonrası cezaevine nakli sırasında kelepçe takılması kural değil istisnadır. Buna göre tutuklulara ancak kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı hâllerinde kelepçe takılabilir. Bunun haricinde kelepçe takılamaz. Burada şartlara göre kolluğa tanınmış bir takdir yetkisi vardır.¹⁰⁶ Ancak uygulamada güvenlik gerekçesiyle yaygın olarak kelepçe takıldığı görülmektedir. Özellikle kamuoyunun gündemindeki davalarda kişilerin basına ve halka teşhiri sonucunu doğuran bu uygulamalar hak ihlali doğurmaktadır.¹⁰⁷

Kanun'daki düzenleme uyarınca kolluk görevlilerinin tutuklunun cezaevine naklinde takdir haklarını Kanun'un belirlediği koşulların varlığına göre kullanmaları gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin Turan Günana Kararında¹⁰⁸ vurguladığı üzere Sözleşme'nin 3. ve Anayasa'nın 17. maddesi gereğince verilen bir mahkûmiyet veya tutuklama kararının infazında mahkûmlar veya tutuklular için sağlanacak şartlar insan onuruna saygıyı koruyacak nitelikte olmalıdır. Tutuklanan kişinin kaçma durumunu veya kendisi veya başkaları için bir tehlike yaratacak bir durumu olmamasına rağmen keyfi bir idari takdirle veya teşhir amacıyla cezaevine naklinde kelepçe takılması kötü muamele niteliğindedir.

¹⁰⁶ Feridun Yenisey, Yakalama Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim projesi (MUYEP) Tebliğleri II, EGM Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları. Ankara 2008, s.124; Eryılmaz/Bozlak, s.274

¹⁰⁷ Aras/Güverçin, s.592

¹⁰⁸ AYM Turan Günana Kararı, Başvuru No: 2013/3550, K.T: 19.11.2014, Prg.36

Anayasa Mahkemesi yakın zamanda vermiş olduğu Ö.U Kararında¹⁰⁹ Başvurucu Cumhuriyet savcısı olarak görev yapmakta iken 15 Temmuz darbe teşebbüsü ertesinde Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması (FETÖ/PDY) üyesi olduğu şüphesiyle 19.7.2016 tarihinde Elazığ Sulh Ceza Hâkimliğince tutuklandıktan sonra infaz kurumuna nakledilmek üzere adliye koridorunda beklerken gerekmediği hâlde yirmi hâkim ve savcıyla birlikte kendisine de kelepçe takılarak adliye ve infaz kurumu personelinin önünde teşhir edilmesi nedeniyle kötü muameleye uğradığını dile getirmiştir. Mahkeme başvuruya ilişkin *"...Hakkında tutuklama kararı verilen başvurunun hareketlerinin kısıtlanması amacıyla başvurucuya kelepçe takılması -nakil güvenliğinin sağlanması gerekçesi dikkate alındığında- makul bir tedbir kapsamında sayılmaktadır..."* şeklinde bir gerekçeye yer vermiştir. Öncelikle *"nakil güvenliğinin sağlanması"* gibi genel bir hal Kanun'un tutuklanan kişinin kelepçelenmesi için makul gördüğü bir koşul değildir. Kanun'da açıkça *"kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı"* koşullarında kelepçe takılacağı düzenlenmiştir. Tutuklandığı tarihte halen görevde bir yargı mensubu olan başvurunun bu koşulları taşıyıp taşımadığı değerlendirilmeden *"hareketlerinin kısıtlanması amacıyla başvurucuya kelepçe takılması -nakil güvenliğinin sağlanması"* gibi Kanun'da yer almayan gerekçelerle kelepçe takılması meşru görül müştür.

Anayasa Mahkemesi burada Kanun'daki şartların varlığını tartışmaktan ziyade idarenin kelepçe takma konusunda gösterdiği ancak Kanun'da yer almayan gerekçeyi meşru görmekle yetinmiştir. Mahkemece kaçma veya tehlike oluşturma konusunda dosyaya yansıyan hiçbir belirti olmamasına rağmen kişinin görev yaptığı adliyede ve görev yaptığı personelin önünde kelepçeyle bekletilmesinin *"teşhir"* ve dolayısıyla *"kötü muamele"* sonucunu doğuracağını değerlendirmeye almamıştır. Mahkeme değerlendirmesini 5271 sayılı Kanun'un *"Yakalanan veya tutuklanan kişilerin nakli"* kenar başlıklı 93. maddesi bağlamında yapmaktan ziyade genel kavramlar ve güvenlik gibi gerekçeler üzerinden yapmıştır.

Mahkeme kararında kötü muamele için aradığı asgari eşiğin aşılması koşulu konusunda ise *"Kaldı ki hukuki bir muamelenin kötü muamele"*

¹⁰⁹ AYM Ö.U Kararı, Başvuru Numarası: 2016/62587, K.T:23.06.2020

kapsamında kalması için aranan asgari eşik değerlendirmesinde muamelenin sonuçlarının ortaya konması büyük öneme sahiptir. Bu bağlamda yapılan hukuki bir uygulamanın kötü muamele yasağı bakımından aranan eşik aşması için söz konusu müdahalenin başvurunun fiziksel veya ruhsal bütünlüğü üzerinde olumsuz etki yarattığına ilişkin makul kanıtların varlığı gerekmekte olup onurunun zedelendiği iddiası dışında başvurunun herhangi bir kanıtı soruşturma veya başvuru dosyasına sunmamış olduğu anlaşılmaktadır” şeklinde bir gerekçeye yer vermiştir. Mahkeme başvurunun görev yaptığı adliyede ve birlikte görev yaptığı personel önünde kelepçelenmesi nedeniyle onurunun zedelenmiş olduğuna ilişkin iddiasını kendince belirlediği “asgari eşik sınırının” aşılması noktasında yeterli görmemiştir. Mahkeme burada anlaşılabilir bir şekilde başvurunun bu eylem nedeniyle iddiası dışında delil sunmamış olduğunu dile getirmektedir. Onur kırıcı ve kötü muamele iddiasının dayanağı olan kişinin görev yaptığı adliyede ve birlikte görev yaptığı personel önünde ortada kaçma veya güvenlik sorununa dair bir durum olmamasına rağmen kelepçelenmesi eylemi sabitken ve bunun doğuracağı manevi yıkıntı karine olarak bilinebilir bir noktadayken ve başvuru “onurunun rencide edildiğini” dile getirmesine karşın Mahkemece ne tür bir delil arandığı açıkça anlaşılammıştır. Burada başvuru haksız kelepçe nedeniyle uğradığı onur kırıcı davranış nedeniyle illaki psikolojik rahatsızlık geçirmek ve doktor tedavisi görmek zorunda değildir. Böyle bir eylemle aşağılanmış olmak ihlal için yeterlidir. Bu muamelenin objektif kriterler içerisinde doğuracağı etki insani bir değerlendirmeye pek tabi anlaşılabilir bir husustur. Burada bir hekim raporuna veya tedavi görme şartına göre kötü muamele tespiti yapılamaz. Olayın oluşu itibarıyla söz konusu kelepçelerin teşhir ve ifşa amaçlı takıldığı açıktır. Karar bu yönüyle de AİHM’nin istikrar kazanmış içtihatlarına ve Mahkeme’nin kendi geçmiş uygulamalarına da aykırıdır.¹¹⁰

Öte yandan başvurunun somut uygulamanın kolluk memurları tarafından teşhir edilme amacıyla yapıldığı iddiasını ise Mahkeme “bu iddiayı destekleyen bir olgu başvuru dosyasına yansımamıştır.” şeklindeki gerekçe ile kabul etmemiştir. Somut uygulama Mahkeme tarafından da sabit olmasına karşın Mahkeme bu uygulamanın Sözleşme’nin 3. ve Anayasa’nın 17. maddesi bağlamında onur kırıcı ve kötü muamele

¹¹⁰ AİHM Henaf/Fransa Kararı, Başvuru No: 65436/01, KT: 27.11.2003

sonucunu neden doğurup doğurmayacağını tartışmak yerine bu defa da *“bu iddiayı destekleyen bir olgu başvuru dosyasına yansımamış”* olduğunu ileri sürmüştür. Hâlbuki başvurucuya CMK'nın 93. maddesindeki koşullar bulunmamasına rağmen görev yaptığı yerde ve birlikte görev yaptığı personelin önünde kelepçe takılması ve kelepçeli bir şekilde bekletilmesi kendi başına bir olgu olup Sözleşme'nin 3 ve Anayasa'nın 17. maddesi bağlamında değerlendirilmesi gereken ve dosya içerisinde oluşu sabit olan bir olgudur. Bu olgunun Mahkeme'ce sabit olması karşısında bu olguyu niteleme görevi Anayasa Mahkemesi'ne aittir. Teşhir edilme iddiasının da bu şekilde değerlendirilmesi gerekirdi. İşin nihayetinde Anayasa Mahkemesi son dönemde kendisine yönelik yasama ve yürütmenin beklentileri doğrultusunda hareket ettiği iddialarını teyit eden kararlar verdiği eleştirilerini haklı çıkaracak bir karar vermiştir.

AİHM, tutuklu veya hükümlünün nakli sırasında kelepçe uygulamasının Sözleşme'ye aykırı olmaması için bazı standartlar belirlemiştir. Buna göre, makul ölçüde gerekli olanın ötesinde kuvvet kullanılmaması ve kelepçe takılan kimsenin kamuya teşhir etme niteliği taşınamaması gerekmektedir. Mahkeme kişinin direnip diremediğini, kaçmaya çalışıp çalışmadığını, başkasını veya kendini yaralama veya zarara yol açma veya delil karartma tehlikesi olup olmadığını önüne gelen somut olaylarda incelemektedir. Kelepçe uygulamasının ilgilinin bedeni ve ruh sağlığı üzerinde olumsuz etki doğurup doğurmadığı da Mahkeme tarafından dikkate alınmaktadır.¹¹¹

Ayrıca onur kırıcı veya küçültücü muamele, kişide korku ve aşağılık duygusu yaratan ve onu küçük düşürecek veya alçaltacak nitelikte olan muamelelerdir. Bu cümleden anlaşıldığı üzere, kişiyi kamu önünde teşhir etme, kamu gücünün varlığını kişi üzerinde orantısız tedbirlerle göstererek ona fiziki ceza verme gibi muameleler onur kırıcı muamele kavramı içerisine girmektedir. Burada da kaçma ve zarar verme tehlikesi bulunmamasına rağmen kişinin görev yaptığı adliye ve birlikte görev yaptığı personel önünde kelepçelenmesi esasen onur kırıcı muamele örneklerinden biridir.

¹¹¹ Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı Analizi)*, 2. Baskı, Ankara Barosu Yayınları, 2007, s.318-319

E. TUTUKLULARIN TEDBİREN KELEPÇELENMESİ

5275 sayılı Kanun'un "Kısıtlayıcı önlemler" kenar başlıklı 115. maddesinde cezaevinde belirli koşulların varlığı halinde tutuklulara uygulanabilecek tedbirlere yer verilmiştir. Maddede tehlikeli hâlde bulunan, delil karartma tehlikesi olan, soruşturmanın amacını veya tutukevinin güvenliğini tehlikeye düşüren veya suçun tekrarına olanak verecek davranışlarda bulunan tutuklulara soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde ise esas mahkemesince uygulanacak tedbirlere yer verilmiştir. Bu kapsamda uygulanacak tedbirlerden biri de saldırganlık göstermesi hâlinde belirli süreyle tutuklunun kelepçelenmesi veya hareketlerinin engellenmesidir. Burada saldırgan tutuklu bakımından alınan bu tedbirde yetki cezaevi idaresinde değildir. Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde ise esas mahkemesine ait bir yetki vardır. Benzer düzenlemeye İnfaz Yönetmeliği'nin "Kısıtlayıcı önlemler" kenar başlıklı 140. maddesinde de yer verilmiştir.

F. TERS VEYA PLASTİK KELEPÇE TAKILMASI

Tutuklu veya hükümlülerin ceza infaz kurumu dışında buldukları süre boyunca kaçmalarının önlenmesi, kendilerine veya başkalarına zarar verme tehlikesinin bertaraf edilmesi amacıyla kelepçe takılmasının kaçınılmaz olduğu bir noktada kolluk görevlileri tarafından kelepçe gibi bedensel hareketleri kısıtlayıcı araçların kullanılması hak ihlali doğurmayacaktır. Burada yukarıdaki Mahkeme kararlarındaki örneklerde de vurgulandığı üzere önemli olan husus kelepçe takılması tedbirinin amacını aşacak boyutta orantısız kullanılmamasıdır. Esasen Kanun ve Yönetmelik'te kelepçenin nasıl takılacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak mümkün olduğunca hükümlüye en az zararı verecek ve tehlikenin giderilmesine yetecek bir şekilde kelepçe takılması gerekir. Burada idarenin kelepçe takılma şekline ilişkin iyi niyetli ve hakkaniyet esaslı bir bakış açısıyla konuyu değerlendirmesi gerekir. Özellikle ellerin arkada birleştirilmesi suretiyle takılan ters kelepçenin insanda oluşturacağı aşağılanma ve örseleme duygusu ile vücutta oluşturacağı acı ve ıstırap dikkate alındığında bunun keyfi takdirle tutuklu veya hükümlünün cezalandırılması yöntemi olarak kullanılmaması gerekir. Ters kelepçe ancak aşırı saldırgan-

lık nedeniyle normal kelepçe takılmasının yetersiz kalması hallerinde ve geçici olarak uygulanabilir.¹¹²

Kaçma veya başkasına zarar verme tehlikesinin, hükümlünün normal kelepçelenmesi ile giderilmesi mümkünken hükümlüye daha fazla acı ve ıstırap veren ters kelepçe takılması keyfilik ve dolayısıyla orantısız bir müdahale olacaktır. Zira ters kelepçe omuz eklemlerinin zorlanması başta olmak üzere vücuda verdiği zarar nedeniyle “işken-ce” niteliğinde bir uygulamaya dönüşebilen bir yöntemdir. AİHM kararlarında da vurgulandığı üzere koşulları olmamasına rağmen ters kelepçe gibi orantısız önlemler uygulamak hukuka aykırı olacağı gibi hakkaniyete de uygun düşmeyecektir.

Anayasa Mahkemesi Cihan Koçak Kararında¹¹³, sayımdan kaynaklı yaşanan saldırıyı ve aktif direnmeyi sonlandırmak amaçlı başvuru müşahede odasına konulduktan sonra başvuru müşahede odasında yaklaşık altı saat ayaklarından ve elleri arkasından ters kelepçeli olarak tutulmasının başvuru müşahede raporunda tespit edilen yaralanmaları ve eylemin kendisi değerlendirildiğinde müdahalenin “eziyet” kapsamında nitelendirilmesini mümkün görmüş ve Devletin Anayasa’nın 17. maddesi kapsamında negatif yükümlülüğüne aykırı davrandığı sonucuna ulaşmış ve açıklanan nedenlerle başvuru müşahede Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının maddi boyutu bakımından ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Diğer taraftan kaçma veya zarar verme tehlikesinin önlenmesi adına zor kullanma konusunda ele alınması gereken bir diğer sorun ise, plastik kelepçe takılmasıdır. Kelepçe kaçma veya zarar verme tehlikesini bertaraf edilmesi için başvuru müşahede odasında kullanılan bir yöntem olup hükümlüyü cezalandırma veya ona zarar verme yöntemi olarak kullanılamaz. Bu nedenle kullanım şekli itibarıyla doğrudan sıkı bir şekilde vücutla temas etmesi ve normal kelepçeye göre daha fazla acı ve ıstırap vermesi nedeniyle vücuda doğrudan zarar veren plastik kelepçe kullanılmamalıdır. Zira plastik kelepçe hükümlünün bileklerine ve kollarına normal kelepçeden daha fazla zarar vermektedir. Diğer bir ifadeyle

¹¹² Aras/Güverçin, s.595

¹¹³ AİHM Cihan Koçak Kararı, Başvuru No: 2014/12302, K.T: 21.9.2017

plastik kelepçe niteliği itibariyle orantısız bir müdahale yöntemidir. Cezaevinde şiddet olaylarının bastırılması ve taşkınlık çıkaran bir hükümlünün etkisiz hale getirilmesi amacıyla kelepçe kullanılacaksa bu normal kelepçe olmalıdır. Ancak ani gelişen bir eylemde normal kelepçeye ulaşılamaması nedeniyle geçici olarak bu yöntem kullanılabilirse de en kısa sürede plastik kelepçe çıkarılıp normal kelepçe takılmalıdır.

Kelepçe takılması AİHS'nin 3. maddesi kapsamında genel olarak bir sorun teşkil etmese dahi makul olarak gerekli olanın ötesinde güç kullanımına neden olduğunda aksi biçimde yorumlanır. Güç kullanmayı gerektiren bir durumun olup olmadığı değerlendirilirken de öncelikle güç kullanmanın hukuka uygun olup olmadığı, sonrasında ise gerekli olup olmadığı, nihayetinde ise orantılı uygulanıp uygulanmadığı dikkate alınmalıdır. Kelepçe takılması koşulları oluşmasına karşın normal kelepçe yerine ters veya plastik kelepçe takılması orantısız bir müdahale olduğundan kötü muamele niteliği kazanmaktadır.

SONUÇ

Cezaevlerinde güvenliğin ve düzenin sağlanması önemli konulardan biridir. Cezaevi idaresinin güvenliği, disiplini ve düzeni sağlamak için kaçınılmaz olarak alması gereken bir kısım istisnai önlemler olabilir. Bu alınacak istisnai önlemlerin koşullarının oluştuğunun somut gerekçelerle ortaya konulması gerekir. Bu idarenin keyfi uygulamalarının önüne geçmek adli ve idari denetim bakımından önemlidir. Ancak her halükarda alınacak kısıtlamaların temel hakların özüne zarar veren, onların kullanılmasını imkânsız hale getiren, ayrımcı ve insan onuruna aykırı nitelikte olmaması gerekir.

Bu noktada cezaevlerinde tutuklu ve hükümlünün hakları ile kurumun güvenliği, disiplini ve düzeni arasında denge kurulmadığı için ciddi sorunlar ve hak ihlallerine neden olan konulardan biri olan cezaevlerinde zor kullanılması ve kelepçe takılması işlemleridir. Burada kurum güvenliğinin ve düzenin sağlanması bakımında çerçevesi kanunlarla belirlenmiş ve evrensel hukukun temel esaslarına uygun aramaların yapılması bir gerekliliktir. Burada sorun olan husus aramanın bir gereklilik olmaktan çıkarılarak hükümlü ve tutuklunun haklarını ihlal eden, onları rencide eden ve bir noktada onları huzursuz etmek için kullanılan bir genel uygulamaya dönüşmesidir.

Cezaevlerinde zor kullanılmasını ve kelepçe takılmasını gerektiren bir durumun olup olmadığı değerlendirilirken öncelikle bunun hukuka uygun olup olmadığı, sonrasında ise gerekli olup olmadığı, nihayetinde ise orantılı uygulanıp uygulanmadığı dikkate alınmalıdır. Kelepçe takılması koşulları oluşmasına karşın normal kelepçe yerine ters veya plastik kelepçe takılması orantısız bir müdahale olduğundan kötü muamele niteliği kazanmaktadır. Burada her aşamada zor kullanılması ve kelepçe takılması konusunda kanun koyucunun amacı çerçevesinde hukuki bir değerlendirmeye hareket edilmesi gerekir.

Kaynakça

Kitaplar

- Alçalar Mustafa, Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisan Tezi, İstanbul 2006
- Aras Bahattin/Güverçin Sezgin, İnfaz Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021
- Bahadır Oktay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Yaşama Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009
- Banks Cyndi, Criminal Justice Ethics: Theory and Practice, 4. Editions, SAGE Publications, London 2016
- Bereket Zuhul, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin Yayıncılık, Ankara 1996
- Coyle Andrew, Cezaevi Yönetimine İnsan Haklarını Göz Önüne Alan Bir Yaklaşım, Yayımlayan: Uluslararası Cezaevi Araştırmaları Merkezi, Londra 2002
- David A. May/Headley James E., Reasonable Use of Force by Police, Peter Lang Inc., International Academic Publishers, New edition, New York 2008
- Demirbaş Timur, İnfaz Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021
- Demirbaş Timur, İşkence Suçu, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, (İşkence)
- Doğru Osman/Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C.1, Avrupa Konseyi- T.C. Yargıtay Başkanlığı Yayını, Ankara 2012
- Dönmezer Sulhi, Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi ve İnsan Hakları, Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No:6, İstanbul 2005
- Gemalmaz Mehmet Semih, Ulusal üstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı Analizi), 2. Baskı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2007
- Gözler Kemal, İdare Hukuku, Cilt 2, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2019
- Günday Metin, İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2017
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2006
- Oğurlu Yücel, Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002

- Özay İl Han, *Günüşiğında Yönetim*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017
- Özbek Veli Özer, *İnfaz Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara 2021
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/ Bacaksız Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021
- Özkavalcı Nimet, *İnfaz Hâkimliği*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Gezer Özge/Saygılar Kırıt Yasemin F./Alan Akcan Esra/Özaydın Özdem/Erden Tütüncü Efser/Altınok Villemin Derya/Tok Mehmet Can (Öztürk ve Diğerleri): *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021
- Pont Jörg/Harding Timothy Wilfrid, *Organisation And Management Of Health Care In Prison*, Printed at the Council of Europe, February 2019, [chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Finfo.harmreduction.eu%2FCOE_EDITION.pdf&clen=363871&chunk=true](https://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Finfo.harmreduction.eu%2FCOE_EDITION.pdf&clen=363871&chunk=true), İET: 18.02.2022
- Smit Dirk van Zyl/Snacken Sonia, *Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Right*, OUP Oxford, New York 2009
- Tezcan Durmuş /Erdem Mustafa Ruhan/Önok R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin yayıncılık, Ankara 2021
- Worley Vidisha Barua/Worley Robert M., *American Prisons and Jails: An Encyclopedia of Controversies and Trends [2 volumes]*, ABC-CLIO, California 2018
- Yenisey Feridun, *Kolluk Hukuku*, 2.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015
- Yenisey Feridun, *Yakalama Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim projesi (MUYEP) Tebliğleri II*, EGM Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları. Ankara 2008
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021

Makaleler

- Altıparmak Kerem, "Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?", *Anayasa Yargısı*, Ankara 2015, S.32, , s.145-184.(İşkence)
- Altıparmak Kerem, "İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz? Türkiye'de Orantısız Güç Kullanma Sorunu", *Toplum ve Bilim*, Ankara 2009, S.115, 145-184
- Altıntop Serkan, "Kamu Güvenliğini Sağlamada Kolluğun Aşırı Güç Kullanma Sorunsalı:", *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Ankara 2015, C.14, S.4, s. 873-90
- Ayyıldız Hakan, "Kolluk Faaliyetlerinin Denetimi Hakkında Genel Bir Değerlendirme", *TBB Dergisi*, Ankara 2019, S.143, s.145
- Cin, Onursal, "Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Dergisi*, Konya 2000, C. 8, S. 1-2, s. 665-686
- Çelik Adem, "Özgürlük ve Güvenlik Bağlamında İç Güvenlik Paketinde Yer Alan Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara 2015, S.5, s. 235-263

- Doğan Recep, "Açlık Grevine Müdahale, Hukuka Uygunluk Nedenleri ve AİHM Yaklaşımı", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2021, S.2, s.193-238
- Eryılmaz M. Bedri/Bozlak Ayhan, "Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi", *TBB Dergisi*, Ankara.2009, S.83, s.223-277
- Hafizoğulları Zeki, "İnsan Hakları, Polis Görevi ve Yetkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1995, C.44, S.1-4, s.565-585
- Kurt Hayrettin, "İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2014, C. XVIII, S. 1, s.131-168
- Mutaf Hasan, "Kötü Muamele Yasağının Kapsamı ve İkincilik İlkesi", *Anayasa Yargısı*, Ankara 2020, C.37, S.1, s. 237-279
- Osmanoğlu Kerem, "Biber Gazının İnsan Sağlığı Üzerine Etkileri ve Hukukî Statüsü", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya.2011, C.19, S.1, (Biber Gazı), s. s.65-91.
- Osmanoğlu M. Kerem, "Uluslararası Belgeler Işığında Polis ve Vatandaş İlişkisi" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2013, C. XVII, S.1- 2, s. 1549-1587
- Solmaz Eren, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı" ile "Kötü Muamele Yasağı" Karşısında Kolluğun Güç Kullanma Yetkisi", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, S. 6(1), Y. 2018, s. 73-98
- Suat Çalışkan, "Polisin Zor Kullanma Yetkisi", <https://www.hukukihaber.net/polisin-zor-kullanma-yetkisi-makale,7355.html>, İET:11.02.2022
- Şen Ersan, "Çıplak Arama", <https://sen.av.tr/tr/makale/ciplak-arama>, İET:13.01.2022.
- Yokuş Sevük Handan, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Eziyet Suçu", *İÜHFİM*, İstanbul 2013, C. LXXI, S.1, s.1273-1290
- Zabunoğlu H. Gökçe, "AİHM Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2017, C.66, S. 3, s. 627-658

CEZA MUHALEMESİNDE TEMYİZ KANUN YOLU VE GETİRDİĞİ TARTIŞMALAR

CASSATION IN CRIMINAL PROCEDURE AND RELEVANT DISCUSSIONS

Kazım Furkan AĞKUŞ*
Oğuz BANDIR**

Özet: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun temyize ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girmesi ile birlikte temyiz kanun yolunun nitelik ve özelliklerine ilişkin tartışma ve kararlarda artış görülmektedir. CMK'da kanun yolu aşaması olarak istinafin kabul edilmesiyle birlikte özellikle bu alanda birçok çalışmanın yapıldığı görülmese rağmen, temyiz kanun yolunda oldukça önemli değişiklikler bulunsa da gerekli ilgiyi henüz görmemiştir. Bu kapsamda yeni içtihatlarla birlikte temyiz kanun yolunun bütüncül bir incelemesinin yapılması gerektiği kanaatiyle söz konusu çalışma hazırlanmıştır. Bu çalışmada ilk olarak temyiz kanun yolunun başvurusunun konusu, özellikle istisnai başvuru usulleri ve temyiz başvurusunun kapalı olduğu hükümler bakımından değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilen suçlar bakımından getirilen istisna başvuru koşulu olan cezanın miktarı ve suç niteliğinin değişmesinin temyiz başvurusuna etkisi de değerlendirilecektir. İkinci olarak temyiz başvuru süresine ilişkin tartışmalar, usulü, hükmü veren mahkeme tarafından yapılan denetimin sınırları ve temyiz başvurusunun etkileri ile birlikte ele alınacaktır. Takiben Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesinin niteliği ile duruşmalı temyiz incelemesinde ortaya çıkan sanıkların bir bölümü bakımından duruşmalı bir bölümü bakımından duruşmasız kararların niteliği tartışılacaktır. Çalışmanın son bölümünde temyiz aşamasında verilebilen kararlara yer verilerek, bozma kararı sonrası hükmün ne zaman ortadan kalktığı, temyiz aşamasında zamanaşımının durdurulması gerekip gerekmediği, sıçramalı temyiz kurumunun mevcut olup olmadığı ve temyiz sonrası verilen karara karşı ilk hükmü temyiz etmeyen sanıkların temyiz başvurusunda bulunup bulunamayacağı sorunlarına ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Temyiz, Olağan Kanun Yolu, Kanun Yolu, Ceza Muhakemesi Hukuku

* Arş. Gör., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, agkuskazim@gmail.com, ORCID: 0000-0002-9670-7363

** Arş. Gör., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, oguzbandir@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8427-8541, Makalenin Gönderim Tarihi: 18.05.2022, Kabul Tarihi: 20.08.2022

Abstract: With the entry into force of the provisions of the Criminal Procedure Law No. 5271 concerning regional courts and the Court of Cassation, there has been an increase in the discussions and decisions regarding the qualifications and characteristics of the appeal remedy. While the studies on regional courts increased significantly, the subject of the Court of Cassation has not yet received the necessary attention even though there have been significant changes in the cassation. In this context, this study was prepared with the belief that a holistic examination of the cassation should be made together with the current case law. In this study, firstly, the subject of the cassation was evaluated within the scope of exceptional application procedures and the unappealable sentences. In that respect, the amount of the penalty - except the crimes concerning freedom of expression - and the change in the nature of the offense was evaluated. Secondly, the period for appeal is discussed together with its procedure, the limits of the review by the regional court, and its effects. Subsequently, the characteristics of the notification of the Office of the Chief Public Prosecutor of the Court of Cassation and the qualifications of the decisions which have been given with a hearing for some of the defendants and without a hearing for the others are discussed. In the last part of the study; the information on the types of decisions of the Court of Cassation, the effects of the reversal decision, the statute of repose during the cassation and the participation in the proceedings after the reversal decision are indicated.

Keywords: Cassation, Court of Cassation, Appeal, Legal Remedy, Criminal Procedure Law

1. Temyiz Kanun Yoluyla İlgili Genel Açıklamalar

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) Altıncı Kitabının, olağan kanun yollarını düzenleyen ikinci kısmının, üçüncü bölümünde temyiz kanun yolu yer almaktadır. CMK'nın sistematiğine göre temyiz, bölge adliye mahkemesinin bozma dışındaki hükümleri¹ için Yargıtay tarafından hukuka aykırılık denetiminin yapıldığı kanun yolu aşamasıdır.

CMK 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girse de istinafın yeni bir kanun yolu olarak kabul edilmesi nedeniyle bölge adliye mahkemelerinin kurulması ve faaliyete geçmesi zaman gerektiren süreçti. Bu

¹ Öğretide "son karar" olarak adlandırılanlar da bulunmaktadır. Bkz. Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/Yasemin F. Saygılar Kırıt/Esra Alan Akcan/Özdem Özaydın/Efser Erden Tütüncü/Derya Altınok Villemin/Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin, 2020, s. 745; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Savaş, 2019, s. 419.; Ali Rıza Çınar, Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu, Ankara, Turhan, 2006, s. 74.

nedenle CMK'nın diğer hükümleriyle istinaf ve temyizi düzenleyen hükümleri aynı anda yürürlüğe girmemiştir. Bu geçiş süreci tamamlanana kadar 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nun (CMUK) temyize ilişkin hükümlerinin uygulanmasına devam edilmiştir.² CMK'nın istinaf ve temyize ilişkin hükümleri 20.07.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İstinafın yürürlüğe girmesiyle ilk derece mahkemesi tarafından verilen hükmün, istinaf ve temyize ilişkin düzenlemelerin yürürlüğe girdiği tarihten önce veya sonra olmasına göre bir ayrıma gidilmiştir. 20.07.2016'dan önceki ilk derece mahkemesi tarafından verilen hükümler kesinleşinceye kadar CMUK'taki temyiz kurallarına tabidir.³ 20.07.2016'dan sonra ilk derece mahkemesi tarafından verilen hükümler için CMK'nın istinaf ve temyiz kuralları uygulanır (5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 8. maddesi). CMK'da kanun yoluna ilişkin önemli değişiklikler yapılmasına rağmen, belirli maddeler bakımından CMUK'un dilinin sadeleştirilmesi dışında önemli bir değişiklik söz konusu değildir⁴ ve bu çalışma kapsamında inceleyeceğimiz bazı sorunlara neden olmaktadır.

CMK'nın sistematüğinde temyiz incelemesi kural olarak bölge adliye mahkemesinin bozma dışındaki hükümlerinin denetlenmesi amacıyla başvurulabilecek kanun yoludur. İlk derece mahkemelelerinin vermiş olduğu kararlara karşı doğrudan temyiz kanun yoluna başvurma imkânı bulunmamaktadır. Yürürlükteki mevzuatımızdaki bunun iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 15. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, Yargıtay'ın "*ilk derece mahkemesi olarak ... verilen hükümlerin*"e karşı Ceza Genel Kurulu'na yapılan temyiz incelemesi iken, ikincisi 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu'nda yer almaktadır. Kanun'un 18.

² "07.10.2004 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 25 ve geçici 2. maddeleri uyarınca kurulan [...] Bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle birlikte istinaf kanun yolu uygulamaya girmekle [...] 20.07.2016 tarihinden önce verilen kararlar hakkında kesinleşinceye kadar 1412 sayılı CMUK'nun, bu tarihten sonra verilen kararlar hakkında ise 5271 sayılı CMK'nın temyize ilişkin hükümleri uygulanacaktır". Yarg. CGK, T: 11.11.2021, E: 2020/61, K: 2021/546.

³ Bu yöndeki karar için bkz. Yarg. 2.CD., T:25.09.2017, E:4116, K: 8791.

⁴ Seydi Kaymaz, "Yargıtay Bozma Kararı Üzerine Yapılan Yargılama", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y:14, S:40, Ağustos-2019, s.290.

maddesinin dördüncü fıkrasına göre görevli ağır ceza mahkemesinin (Madde 15) iadeyle ilgili vermiş olduğu karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilir. Kararın hızlıca kesinleşmesinin sağlanması gerektiği için ve iadeyle ilgili olan hususların maddi vakıalardan çok hukuki sebeple ilgili olduğu için bu şekilde istisnai bir düzenleme yapılmıştır.⁵

Yukarıdaki tanımdan da anlaşıldığı üzere temyiz incelemesinde yalnızca hukuka aykırılık denetimi yapılmaktadır. Bu yüzden temyiz kanun yolu hukuki derece kanun yolu olarak kabul edilmektedir.⁶ Temyiz kanun yolunun başlıca iki amacı bulunmaktadır: Bunlardan ilki bölge adliye mahkemesi tarafından verilen hükümlerin hukuka uygun olup olmadığı denetlenerek adil bir kararın ortaya çıkmasını sağlamak, ikincisi ise ülke genelinde içtihat birliğini oluşturmaktır.⁷ Bu yüzden de temyiz incelemesi istinaf mahkemeleri gibi bölgelere ayrılmış şekilde farklı yerlerde değil, tek bir yerde bulunan Yargıtay tarafından yapılmaktadır. Yargıtay'ın ceza daireleri ise iş bölümü kuralına göre ayrılmıştır (2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 14. maddesi).

⁵ Fahri Gökçen Taner, "5237 sayılı CMK'nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar", *Ankara Barosu Dergisi*, Y:2017 S:4, s. 59; Behiye Eker Kazancı, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021, s.22.

⁶ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021, s.952; Ahmet Gökçen/Murat Balcı/Mehmet Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 689; Fidan Balcı/Seyithan Öztürk, *Yargıtay Kararları Işığında Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 282; Erdener Yurtcan, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2019, s.1059.; Selçuk, bunu "Yargıtay davanın değil, hükmün yargııcıdır." şeklinde ifade etmektedir. Sami Selçuk, "Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri", *MÜHFHAD*, Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan, Y:2013, C:19, S:2, s.339.

⁷ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*,14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021, s.747; Mustafa Ruhan Erdem/Candide Şentürk, *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018, s.178; Balcı/Öztürk, *Yargıtay Kararları Işığında Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz*, s. 283; Yurtcan, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, s.1060-1061; Yener Ünver/Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C:3, 15. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s.1931.; Nitekim Fransız Yargıtay'ının ortaya çıkma nedeni "ülke çapında bir örnek (tekdüze)" uygulamayı sağlamaktır. Sami Selçuk, "Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri", s. 326; Ahmet Gökçen/Kerim Çakır, "Yargıtay, Temyiz İncelemesinde Hukuki Denetim ve Hukuki Denetimin Sınırları", Dr. Dr. H.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018, s.1011.

Davasız yargılama olmaz ilkesi kanun yolları için de geçerli olan bir ilkedir. Yargıtay tarafından temyiz incelemesi yapılabilmesi için temyiz davasının var olması gerekmektedir. Yine bu ilke gereği bölge adliye mahkemesi tarafından verilen bir hükümle ilgili daha sonrasında bir hata fark edilse bile hükmü veren mahkeme tarafından hatanın düzeltilmesi mümkün değildir.⁸ Ayrıca CMUK 305/1'den farklı olarak CMK'da re'sen temyiz incelemesi yapılabilen bir istisna bulunmamaktadır. Bunun yanında CMK'da, CMUK'tan (mülga olmadan önce yürürlükteki son halinden) farklı olarak temyiz başvurusunda sebep gösterme zorunluluğu ve sebeple bağlılık kuralı bulunmaktadır. Tüm bunlar bir araya geldiğinde ise başvurunun doğru ve etkili şekilde yapılması oldukça önem arz etmektedir. Eğer temyize konu edilemeyecek bir hüküm söz konusuysa hüküm kesinleşir. Bu durumlarda ise şartları mevcutsa artık sadece CMK'daki olağanüstü kanun yollarına başvurulabilir. Ayrıca müdafii veya katılan vekilinin başvuru imkânı olan kanun yoluna başvurmaması⁹ veya başvuruyu etkili şekilde yapmaması hukuki veya cezai sorumluluğuna neden olabilir.

2. Temyiz Denetiminin Sınırı: Hukuka Aykırılık

Temyiz kanun yolunda denetimin sınırını hukuka aykırılık oluşturmaktadır.¹⁰ Hukuka aykırılıktan ne anlaşılması gerektiği ise CMK'nın 288. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre hukuka aykırılık, hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması anlamına gelir. Temyiz incelemesinde ilk

⁸ Yarg. 6.CD., T:03.06.2021, E:11473, K: 10515 "Adana Bölge Adliye Mahkemesi 7. Ceza Dairesi'nin 23.09.2019 günü karar verdiği dosyadan el çekmesi ve karar içeriğine dokunmaması gerekirken, yaklaşık 3 ay sonra tutulan bir "tutanak" ile hükümde sanık aleyhine değişikliğe gidilmesi yok hükmünde olup, sanık ... hakkında nitelikli yağma suçundan 8 yıl 4 aylık kazanılmış hakkın oluştuğu gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesi..."

⁹ Yarg. 4.CD., T:20.10.2004, E:12388, K:11948 "M.Baros'unun 15.12.2000 tarihli yazısı ile CYY.nun 138. maddesi uyarınca zorunlu müdafii olarak atanan sanığın, gerekli özeni gösterip işi sonuna kadar takip etme zorunluluğuna ilişkin Avukatlık Yasasının 34 ve 171. maddelerine aykırı biçimde, yargılama sonunda verilen hükümlülük kararını temyiz etmeme eyleminin TCK'nın 230/1. maddesine uyduğu (gözetilmeden)..." . Karar ve aynı yönde görüş için bkz. Fatih Selami Mahmutoğlu, Serdar Talas, "Avukatların Görev Suçları ve Yargılama Rejimi", *İstanbul Barosu Dergisi*, Ceza Özel Sayısı:1, s.28.

¹⁰ 1412 sayılı CMUK'ta temyiz incelemesinin konusu kanuna aykırılık olarak düzenlenmiştir.

derece ve bölge adliye mahkemesinin yapmış olduğu maddi vakıa tespitine bağlılık bulunmaktadır.¹¹ Yalnızca hukuk kurallarının somut olaya doğru uygulanması konusunda Yargıtay'ın inceleme yetkisi bulunmaktadır.¹² Bu yüzden de temyiz incelemesinde ilk derece mahkemesinde veya bölge adliye mahkemesinde ileri sürülmeyen delillerin incelenmesi mümkün değildir.¹³ Ancak belirtmek gerekir ki Yargıtay denetiminde, hukuki değerlendirmeyi yapmak için maddi vakıalarla ilgili eksiklikler nedeniyle ek soruşturmanın gerekli olması durumunda, bozma kararının verilmesi maddi denetim değildir.¹⁴

Hukuka aykırılığın kapsamına her türlü yazılı ve yazılı olmayan hukuk kuralı girmektedir. Ancak öğretilerdeki bir görüş temyiz denetiminin sınırının hukuka aykırılık olmasıyla ilgili ifadenin eski devirlerden bir kalıntı olduğunu kabul etmektedir.¹⁵ Nitekim temyiz denetiminde günümüzde fizik kanunu, bilimsel olgular ve mantık kuralları kapsamında da hükmün denetimi yapılmaktadır.^{16,17}

¹¹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma-Gezer/Saygılar-Kırıt/Alan-Akcan/Özaydın/Erden-Tütüncü/Altınok-Villemin/Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 752; Aksi yönde bkz. Faruk Erem, Ceza Usulü Hukuku, Ankara, Sevinç, 1978, s. 577-579.

¹² Erdem/Şentürk, Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, s.178

¹³ Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.689.

¹⁴ Erdem/Şentürk, Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, s.180; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 957.; Selçuk, "Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri", s.336. Yargıtay'ın CMK'nın temyiz hükümleri yürürlüğe girdikten sonra maddi vakıa denetimi yönünden tartışmalı olan kararların değerlendirilmesi için bkz. Ekrem Şentürk, "Ceza Muhakemesinde Temyiz Kanun Yolunda Maddi (Fiil) Sorununun İncelenmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C:14, S: 151, s.469 vd..

¹⁵ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 958.

¹⁶ Yenisey/Nuhoğlu bunun hukuka aykırılık denetiminden daha geniş olduğunu savunmaktadır. Yenisey, Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 958; Şahin/Göktürk ve Gökçen/Çakır da akla, mantığa ve tecrübe kurallarına aykırılık veya delillerin değerlendirilmesindeki yanlışlık gerekçeden anlaşılıyorsa maddi denetimin yapılabileceğini kabul etmektedir bkz. Cumhuriyet Şahin, Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021, s.279, 574. dn, Gökçen, Çakır, Yargıtay, Temyiz İncelemesinde Hukuki Denetim ve Hukuki Denetimin Sınırları, s.1016 s.; Keskin ve Taner ise bu kurallardan yola çıkılarak hukuk kuralının hatalı uygulandığını dolayısıyla da burada hukuka aykırılıkla ilgili bir denetim yapıldığını kabul etmektedir. Serap Keskin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul, Alfa Yayınevi, 1997, s.72-73; Taner, 5237 sayılı CMK'nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar, s.57-58.

¹⁷ CMK'nın temyize ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girmesinden sonra da genel yaşam deneyimlerine ve mantık kurallarına aykırılığın temyiz denetimi kapsamında

Hukuka aykırılıklar niteliklerine göre hukuka kesin aykırılık, nispi hukuka aykırılık; maddi hukuka aykırılık, usul hukukuna aykırılık gibi ayrımlara tabi tutulmaktadır. Hukuka aykırılıkların temyiz başvurusunun kabul edilmesi bakımından temyiz sebebi olarak bir önemi bulunmamakla birlikte¹⁸ temyiz incelemesinde göstermiş olduğu nitelikler farklıdır. Bu yüzden konuya temyiz incelemesi kısmında değinilecektir.

3. Temyiz Kanun Yoluna Başvuru Koşulları

Temyiz başvurusunun koşullarını başvurunun konusu, şekli, başvuruya yetkili kişiler ve sebep gösterme başlığı altında incelemek mümkündür.

3.1. Temyiz Başvurusunun Konusu

Temyiz başvurusunun konusunu bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri oluşturur. Ayrıca hüküm niteliğinde olmayan ancak hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başka kanun yolu öngörülmemiş mahkeme kararları da hükümle beraber temyiz edilebilir (CMK m.287).^{19,20} Örneğin kendisini

incelendiği görülmektedir. bkz. Yarg. CGK, T: 23.01.2019, E:8-387, K:246; Yarg. CGK, T:19.03.2019, E:16-420, K:230; Yarg. CGK., T:27.06.2019, E:12-545, K:504.

¹⁸ Centel/Zafer ve Ünver/Hakeri görüşümüzün aksine sanığın lehine olan hukuka aykırılıkların temyiz sebebi olamayacağını kabul etmektedir. Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2021, s. 933; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 1939. Kanaatimizce yazarlar kişilerin kanun yoluna başvurma hakkı sahibi olması için gerekli olan hukuki menfaatlere, sanığın lehine olan hukuka aykırılık kavramını birbiriyle karıştırmaktadır.

¹⁹ Erem, bunu davanın bütün olarak ve aralıksız şekilde temyiz edilmesine bağlamaktadır. Ancak belirli ön meselelerde - örneğin suçun unsuru ile alakalı - istisna getirilmesi gerektiği kanaatindedir. Erem, Ceza Usulü Hukuku, s. 581.

²⁰ Yarg. 7.CD., T:27.05.2013, E:8695, K: 11385 "5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na muhalefet suçundan sanıklar HA, C.O, E.H, A.İ, SK, EA ve EA, haklarında Bakırköy 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2012/1704 Esas sayılı dosyası üzerinden yürütülen yargılama sırasında, suçtan zarar gören F... Ltd. Şirketi vekilinin, elkonulan kaçak eşyalarının iade edilmesi talebi üzerine, iade talebinin reddine dair aynı Mahkeme'nin 08.02.2013 tarihli ve 2012/1704 Esas sayılı ek kararına yönelik itirazın kabulüne, Bakırköy 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 08.02.2013 tarihli ve 2012/1704 Esas sayılı ek kararının kaldırılmasına ilişkin Bakırköy 12. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 21.03.2013 tarihli ve 2013/569 Değişik İş sayılı kararı aleyhine Yüksek Adalet Bakanlığı'ndan verilen 30.04.2013 gün ve 28256 sayılı kanun yararına bozma istemini içeren dava dosyası Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 17.05.2013 gün ve KYB. 2013-156049 sayılı ihbarnamesi ile daireye verilmekle

Türkçe iyi ifade edemeyen sanığın, kendisine tercüman atanması talebinin reddedilmesi durumunda, verilen hüküm temyiz konusunu oluşturuyorsa, bu karara karşı temyize başvurulabilir.²¹ Bunun dışın-

okundu. Mezkûr ihbarnamede; Dosya kapsamına göre, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 267.maddesinde "Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir" hükmünün yer aldığı, anılan madde hükmü uyarınca hakim kararlarının tamamına, mahkeme kararlarına karşı ise kanunun açıkça gösterdiği hallerde itiraz kanun yolunun açık olmasının öngörüldüğü; olayımızda, Bakırköy 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nce verilen 08.02.2013 tarihli ve 2012/1704 Esas sayılı ek kararının bir mahkeme kararı niteliğinde olup kanunda açıkça itiraza tâbi olduğunun öngörülmesi durumunda itiraz kanun yoluna tâbi olacağı; oysa mahkemece ret kararının temel dayanağı olan 5607 sayılı Kanun'un 16. maddesinde herhangi bir kanun yolunun öngörülmediği, bu durumda anılan kararın kesin nitelikte bir karar olduğu, söz konusu ara kararının bu niteliği sebebiyle 5271 sayılı Kanun'un 287.maddesi uyarınca esas kararla birlikte temyiz incelemesinde değerlendirilebileceği; dolayısıyla, Bakırköy 12. Ağır Ceza Mahkemesi'nce işin esasına girilmeden dosyanın iadesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, yazılı şekilde itirazın kabulüne karar verilmesinde isabet görülmemiş ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozmaya atfen ihbar olunmuş bulunmakla Türk Milleti adına gereği görüştülüp düşünüldü: Karar: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği yerinde görüldüğünde, Sonuç: Bakırköy 12. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 21.03.2013 gün ve 2013/569 D. İş sayılı kararının CMK'nın 309/4-a maddesi uyarınca bozulmasına, 27.05.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi".

21 Yarg. 9.CD., T:06.10.2011, E:9614, K: 27772 "Halkı kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne kışkırtma suçundan sanıklar HB, FY, RY hakkında Yüksekova 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2010/309 esas sayılı dosyası üzerindeki yürütülen yargılama sırasında, sanıklar HB ve FY müdafilerinin, müvekkillerinin her ne kadar Türkçe bilseler de kendilerini Kürtçe daha iyi ifade edebilecekleri ve bu dilde savunma yapmak istediklerinden bahisle Kürtçe tercüman atanması talebi üzerine, sanıkların meramlarını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmeleri sebebiyle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 202. maddesi gereğince talebin reddine dair aynı Mahkeme'nin 21.12.2010 tarihli ve 2010/309 esas sayılı ara kararına yönelik itirazın kabulüne, Yüksekova 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 21.12.2010 tarihli ve 2010/309 esas sayılı ara kararının kaldırılmasına ilişkin Hakkari Ağır Ceza Mahkemesi'nin 11.1.2011 tarihli ve 2011/3 değişik iş sayılı kararı ile ilgili olarak;

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 267. maddesinde "Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir" hükmünün yer aldığı, anılan madde hükmü uyarınca hakim kararlarının tamamına, mahkeme kararlarına karşı ise kanunun açıkça gösterdiği hâllerde itiraz kanun yolunun açık olmasının öngörüldüğü; olayımızda, Yüksekova 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nce verilen 21.12.2010 tarihli ve 2010/309 esas sayılı ara kararının bir mahkeme kararı niteliğinde olup kanunda açıkça itiraza tâbi olduğunun öngörülmesi durumunda itiraz kanun yoluna tâbi olacağı; oysa mahkemece ret kararının dayanağı olan 5271 sayılı Kanun'un 202. maddesinde herhangi bir kanun yolunun öngörülmediği, bu durumda anılan kararın kesin nitelikte bir karar olduğu, söz konusu ara kararının bu niteliği sebebiyle 5271 sayılı Kanun'un 287. maddesi uyarınca esas kararla birlikte temyiz incelemesinde değerlendirilebileceği; dola-

da ilk derece mahkemesinin iadeyle ilgili vermiş olduğu kararlar temyiz kanun yolunun konusunu oluşturur.

Yukarıda bahsettiğimiz genel kural olmakla birlikte CMK'nın 286. maddesinin 2. fıkrasında bu kuralın geniş bir istisnasına yer verilmiştir. CMK'nın 286. maddesinin 3. fıkrasında ise aslında 2. fıkraya göre temyiz kanun yoluna başvurulamayacak olan hükümler için bazı suçlar istisna tutularak, bu suçlardan dolayı temyiz kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir.

CMK'nın 286. maddesinin 2. fıkrasına göre aşağıdaki kararlara karşı temyiz kanun yolu kapalıdır:

- 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 cezasını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararları* ²²
- 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,* ²³

yısıyla, Hakkari Ağır Ceza Mahkemesi'nce işin esasına girilmeden dosyanın iadesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, yazılı şekilde itirazın kabulüne karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı'nın 22.03.2011 gün ve 2990/15253 sayılı kanun yararına bozma talebine atfen, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 05.04.2011 gün ve 148326 sayılı tebliğnamesi ile daireye ihbar ve dava evrakı tevdi kılınmakla; dosya incelenerek gereği düşünüldü: Karar ve sonuç: Kanun yararına bozma talebine dayanılarak düzenlenen tebliğnamedeki bozma istemi incelenen dosya kapsamına nazaran yerinde görüldüğünden, Hakkari Ağır Ceza Mahkemesi'nin 11.1.2011 tarih ve 2011/3 değişik iş sayılı kararının CMK'nın 309. maddesi uyarınca bozulmasına, müteakip işlemlerin mahallinde yapılmasına, dosyanın gereği için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na tevdiine, 06.10.2011 tarihinde oybirliği ile karar verildi".

²² Bu hükümlerle ilgili Şahin/ Göktürk, haklı olarak ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu mahkûmiyet hükmü için bölge adliye mahkemesinin beraat kararı vermesi durumunda, cezanın aynı veya daha hafif olduğu bir mahkûmiyet kararı olmadığından bu kararın temyiz edilebilir olduğunu kabul etmektedir. Konuyla ilgili Yarg. CGK, T: 23.03.2018, E:28, K:113 ve görüş için bkz. Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 275-276; Aynı yönde bkz. Eker/Kazancı, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz, s.35.

²³ Yarg. 13. Ceza Dairesi, T: 30.03.2017, E:1419, K:3333 "İkinci fıkranın "b" bendine

- 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 adlî para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları,²⁴
- e) Adlî para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları,
- f) Sadece eşya veya kazanç müsadereğine 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 adlî 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 hükümde, cezalardan ve kararlardan birden fazlasını içeren bölge adliye mahkemesi kararları.

gelince; Hapisten çevrilmekle birlikte sonuçta suça sürüklenen çocuk hakkında verilen cezalar, adli para cezalarıdır. TCK'nın 50/5. maddesi hükmü uyarınca, "Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen tedbir veya para cezasıdır", "Çoğun içinde az da vardır" görüşü kabul edildiği takdirde, sadece kamu malına zarar verme suçu yönünden verilen ceza (...), ilk derece mahkemesi tarafından bu suça yönelik olarak verilen cezalar (... TL) artırıldığı için, CMK'nın 286/2-b hükmüne göre, bu karar temyiz edilebilir. Hırsızlık suçundan ilk derece mahkemesince verilen cezalar istinaf mahkemesi tarafından artırılmadığı için, bu düşünceden hareket edilmesi hâlinde dahi, kesindir. İstisnalara dair ikinci fıkranın "b" bendinde, adli para cezası ibaresi yoktur. Ceza Muhakemesi Hukukuna egemen olan en önemli ilkelerden birisi de "İstisnai Düzenlemelerin ... Aleyhine Genişletici Yorumu Tâbi Tutulamaması"dır. Bu düşüncelerden hareketle, istinaf mahkemesi kararının her iki suç yönünden de temyizi kabil olduğu sonucuna varılmıştır". 30.03.2017 tarihinde verilmiş olan söz konusu karar Yargıtay'ın yorum şeklini göstermekle birlikte, 20.07.2017 tarih ve 7035 sayılı Kanun'un 20. maddesi ile CMK'nın 286. maddesinin 2. fıkrasına eklenen (c) bendi ile söz konusu durum netliğe kavuşturulmuştur.

²⁴ İlgili hüküm Anayasa Mahkemesi'nin T:27.12.2018 E:71 K:118 RG:15.02.2019 tarihli kararıyla iptalinden sonra yeniden düzenlenmiştir.

Temyizin içtihat mahkemesi olması hedeflenmesine rağmen, temyiz edilemeyen kararların bu kadar fazla olması, öğretilerde bu amacın etkili bir şekilde sağlanmasını engellediği yönünde haklı olarak eleştirilmektedir.²⁵ Burada belirtilmelidir ki CMK'nın 286. maddesinin 2. fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde düzenlenen temyiz yasağı düzenlemelerine karşı Anayasa Mahkemesi'ne yapılan iptal başvurularında Anayasa Mahkemesi "*yargılamanın hızlandırılması ve makul sürede neticelendirilmesine yönelik kamu yararı amacıyla öngörülen itiraz konusu kural*"ın Anayasa'nın 141. maddesiyle uyumlu olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.²⁶ Bununla birlikte, CMK'nın 286. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendinde düzenlenen "*ilk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları*"na karşı temyiz yasağı getiren düzenleme hak arama özgürlüğüne aykırılık gerekçesiyle iptal edilmiştir.²⁷

Yukarıda görüldüğü gibi temyiz konusunu oluşturmayan kararlar soyut ceza veya somut cezaya göre, ilk derece mahkemesinin ve bölge adliye mahkemesinin hükümlerine göre farklı bentlere ayrıldıkları için yukarıdaki bu istisnaların gruplandırılmasını yapmak oldukça zordur. Konuyla ilgili Yargıtay'ın güncel kararlarına baktığımızda uygulamada bazı hususların önem arz ettiği görülmektedir:

1) Yukarıdaki g) bendi gibi soyut cezanın dikkate alınarak temyiz başvurusunun mümkün olup olmadığının değerlendirildiği durum-

²⁵ Aynı yönde eleştiri için bkz. Taner, 5237 sayılı CMK'nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar, s.53.; Belirli davalara temyiz yolunu kapamanın eşitsizlik yaratacağı ve içtihat oluşturmanın önünü kapatacağı görüşü Fransız Yargıtay Başkanı Pierre Drai tarafından da dile getirilmiştir. Selçuk, "Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri", s. 329-330.; Ayrıca belirtmek gerekir ki 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m.35/3 uyarınca Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri Başkanlar Kuruluna verilen kesin nitelikteki BAM kararları arasında uyumsuzluk bulunması halinde bu uyumsuzluğun giderilmesi için Yargıtay'dan bu konuda karar verilmesini isteme hakkı, Yargıtay Ceza Daireleri Başkanlar Kurulu'na verilmemiştir. Kanaatimizce söz konusu eksiklik Yargıtay'ın içtihat birliğini sağlama amacıyla bağdaşmamaktadır.

²⁶ AYM, T:27.09.2017, E:2017/47, K:2017/129.

²⁷ AYM, T:27.12.2018 E:71 K:118.; İlgili AYM kararlarının karşılaştırmalı detaylı incelemesi için bkz. Hasan Sınar, "Çok Sanıklı Bir Ceza Davasında Temyiz Süreci Devam Ederken, Temyiz Hakkı Bulunmayan Sanıklar Hakkında Ceza İnfazına Başlanabilir mi? Cumhuriyet Davası Özelinde Bir İnceleme", CHD, Y:2019, C:12, S:3, s.47-57.

larda, Yargıtay, suçun nitelikli hali olayda söz konusuysa, suçun nitelikli halini dikkate alarak cezanın üst sınırını belirlemektedir.²⁸

2) Diğer önemli bir sorun bölge adliye mahkemesinin incelemesi sırasında aleyhe değiştirme yasağı söz konusu olduğunda ortaya çıkmaktadır. İlk derece mahkemesinin hükmüyle ilgili yalnızca sanık lehine başvuru olduğunda, bölge adliye mahkemesinin yapmış olduğu incelemede, aleyhe değiştirme yasağı geçerlidir. Bölge adliye mahkemesi incelemesi sonucunda, daha ağır cezaya hükmedilmesi gerekmesine rağmen aleyhe değiştirme yasağı nedeniyle sonuç cezanın artırılmadığı durumlarda, temyize başvuru hakkı bakımından somut cezaya ilişkin değerlendirme yapılırken bölge adliye mahkemesinin aleyhe değiştirme yasağı söz konusu olmasaydı vermesi gereken cezanın ilgili madde kapsamında olup olmadığı değerlendirilir.²⁹

3) Diğer önemli bir husus ise cezanın türü ve miktarı bakımından CMK'nın 286. maddesinin ikinci fıkrası kapsamına giren kararlar-

²⁸ Yarg.16.CD., T: 25.01.2021, E:7618, K:45 "Silahlı terör örgütü üyesi olma suçunun 3713 sayılı TMK'nın 3.maddesinde düzenlenen mutlak terör suçlarından olması, aynı Kanun'un 5. maddesi kapsamında mutlak terör suçlarında her halükârda 3713 sayılı TMK'nın 5. maddesinin herhangi bir takdir hakkı olmaksızın uygulanmasının zorunlu olduğu, bu kapsamda "silahlı terör örgütü üyesi olmak suçunda cezanın üst haddinin 10 yıldan fazla olduğu" nazara alındığında, sanık hakkında, "silahlı terör örgütü üyesi olma suçundan İlk Derece Mahkemesince verilen beaata kararına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararın" CMK'nın 286/2-g maddesi uyarınca temyizi kabul kararlardan olduğu cihetle Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan temyiz talebinin reddine ilişkin Bölge Adliye Mahkemesi'nin 20.02.2018 tarihli ek kararı kaldırılmakla; Temyiz talebinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi". Benzer yönde diğer karar için bkz. Yarg. 16.CD., T: 16.01.2018, E:3415, K:495.

²⁹ Aynı yönde karar için bkz. Yarg. CGK., T:17.06.2021, E:20-21, K: 285, "Yerel Mahkemece sanıklar hakkında uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan hükümlenilen 4 yıl 2 ay hapis cezasının yalnızca sanıklar lehlerine istinaf edilmesi üzerine Bölge Adliye Mahkemesince yapılan duruşmalı inceleme sonucu hükümlenilen 5 yıl 6 ay hapis cezası, sanıkların sübut bulan eylemlerinin karşılığında verilen asıl cezadır. Aleyhe değiştirmeme yasağı gözetilerek CMK'nın 283. maddesi uyarınca verilen 4 yıl 2 ay hapis cezası ise sanıkların eylemlerinin asıl cezası olmayıp infaz edilmesi gereken cezaı ifade etmektedir. Bu anlamda temyiz incelemesine konu edilmesi gereken cezanın da, sanıkların sabit olan suçları için tespit edilen, Yerel Mahkemece verilen 4 yıl 2 ay hapis cezasını artıran ve asıl ceza olan 5 yıl 6 ay hapis cezasına göre belirlenmesi gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır. Dolayısıyla itiraza konu somut olayda, CMK'nın 286. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendi kapsamında kaldığı için kesin nitelikte olan ve bu nedenle temyiz kanun yolu incelemesine tabi olmayan bir karardan söz etmek mümkün değildir"; aynı yönde görüşler için bkz. Eker/Kazancı, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz, s.38; Balcı/Öztürk, Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz, s.316.

la ilgilidir. Yargıtay, CMUK döneminde var olan, temyizın konusunu oluşturmıyan hükümlerle ilgili suçun niteliğinin farklı olması nedeniyle temyiz kanun yoluna başvurulabileceğine ilişkin içtihadının³⁰ CMK'nın temyiz hükümlerinin yürürlüğe girdiği zamanda da devam etmektedir. Örneğin basit yaralama nedeniyle adli para cezasına hükmedilmesi, temyiz kanun yolunun konusunu oluşturmamasına rağmen, fiilin kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturması nedeniyle sanık aleyhine temyiz başvurusu yapılabilmesi Yargıtay'a göre mümkündür.³¹ Kanaatimizce söz konusu düzenlemeyle katılan ve cumhuriyet savcısına sanık aleyhine bu şekilde başvuru yetkisi verilmesi silahların eşitliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır.³² Ayrıca bu şekilde bir başvurunun yapılabilmesinin kabul edilmesi durumunda, temyiz sınırının altında kalan tüm hükümler için bu sebeple sanığın aleyhine kanun yoluna başvurulabilmesi mümkün hale gelebilmektedir. Bu ise CMK'nın 286. maddesinin 2. fıkrasının arkasından dolanılması anlamına gelmektedir. Ayrıca, CMK'nın 286. maddesinin 2. fıkrasının (c), (d) ve (e) bentlerinde yer alan “suç niteliğini değiştirmeyen” ifadeleri, 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun'un 78. maddesi uyarınca “her tür-

³⁰ Yarg. CGK T:04.10.1993, E:1897, K:227; aktaran Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma-Gezer/Saygılar-Kırıt/Alan-Akcan/Özaydın/Erden- Tütüncü/Altnok- Villemin/Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 747.

³¹ Yarg. 6.CD., T: 20.04.2021, E:11450, K: 7569; karar ve benzer yönde görüş için bkz. Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 966. Aynı yönde bkz. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.1940.; - Cumhur Şahin, “Kanun Yoluna Başvurma Hakkı Bağlamında Temyiz Edilebilen ve Edilemeyen Kararlar (Ceza Muhakemesinde Kesinlik Sorunu)”, *ERÜHFD*, Y:2013, C:8, S:2, s.114.; Konuya ilişkin tespit edebildiğimiz en eski karar için bkz. Yarg. 7. CD, T:03.07.1978, E:1978/3857, K:1978/4173.; Ayrıca Yargıtay konuya ilişkin genel kurul kararında “tür ve miktarı itibarı ile kesin olan kararların dahi suç vasfına yönelik temyizi halinde Yargıtay denetimine tabi tutulmasının “maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını amaçlayan Ceza Yargılamasının doğal sonucu” olduğunu belirtmiştir. Yarg. CGK, T:04.10.1993, E:1993/187, K:1993/227.

³² Aynı yönde bkz. Balcı/Öztürk, Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde İstinaf ve Temyiz, s. 317.; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma-Gezer/Saygılar-Kırıt/Alan-Akcan/Özaydın/Erden-Tütüncü/Altnok- Villemin/Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 747.; Nitekim AİHM'de silahların eşitliği ilkesini kanun yollarına başvurma hakları kapsamında da değerlendirmektedir. Fahri Gökçen Taner, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021, s.108.; Bununla birlikte kanaatimizce, yalnızca bu gerekçeyle yapılacak bireysel başvuruda yargılamanın bir bütün olarak ele alınması nedeniyle, sanığı ilgili temyiz başvurusunun tebliği ve cevap verme imkanının tanınması durumunda, adil yargılanma hakkının ihlali kararı verilmesi mümkün görünmemektedir.

lül" şeklinde değiştirilmiştir. İlgili değişiklik öncesinde, belirli koşulları taşıyan ve suç niteliğini değiştirmeyen bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı temyiz kanun yoluna gidilemezken; artık suç niteliğini değiştirmesine bakılmaksızın temyiz yolu kapatılmıştır. Açıklamalarımızla aynı yönde olan söz konusu değişikliğin gerekçesinde "suç niteliğini değiştiren bu nitelikteki bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı da temyiz kanun yoluna gidilemeyeceği hüküm altına alınmaktadır."³³ denilmektedir.

CMK'nın 286. maddesinin 3. fıkrasında, 2. fıkranın istisnasını oluşturacak suçlar düzenlenmiştir.³⁴ CMK'nın ilk halinde ilgili madde bulunmamaktayken, daha sonrasında 17.10.2019 tarihli 7188 sayılı Kanun'la CMK'nın 286. maddesinin 3. fıkrası olarak eklenmiştir. Aşağıdaki suçlar CMK'nın 286. maddesinin 2. fıkrası kapsamında olsa bile temyiz kanun yolunun konusunu oluştururlar:

- 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. *Suçtu 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. *Silâhli örgüt (madde 314),*
 11. *Halkı askerlikten soğutma (madde 318),*
- suçları.*

³³ TBMM 592 nolu Komisyon Raporu, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 4, s. 27.

³⁴ İlk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmü için bölge adliye mahkemesinin düşme kararı vermesi durumunda da bu karar temyiz edilebilir. 11. CD, T:23.12.2021, E:2021/40328, K:2021/13355.

b) *Terörle Mücadele Kanunu'nun 6'ncı maddesinin ikinci ve dördüncü fıkrası ile 7'nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar.*

c) *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28'inci maddesinin birinci fıkrası, 31 inci maddesi ve 32'nci maddesinde yer alan suçlar.*

Ayrıca 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 59. maddesinin 5. fıkrasına 11.07.2020 tarihinde eklenen düzenlemeye göre, *Avukatların, avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar nedeniyle verilen bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları hakkında 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 286'nci maddesinin ikinci fıkrası uygulanmaz.*

CMK'nın 286. maddesinin 3. fıkrasında bu suçların istisna tutulmasının gerekçesi olarak ifade özgürlüğünü ilgilendiren suçlarda bölge adliye mahkemelerinin farklı uygulamalarının önüne geçerek ülke genelinde ortak bir içtihat oluşturulması gerektiği için bu şekilde bir düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır.³⁵ Ancak ifade özgürlüğüyle ilgili bu şekilde bir düzenleme yapılmasına rağmen, örnek vermek gerekirse 04.05.2007 tarih ve 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinin 4. fıkrası uyarınca düzenlenen suç gibi ifade özgürlüğü bakımından oldukça tartışmalı olan bir suçun madde³⁶ kapsamındaki istisnalardan biri olarak yer almaması önemli bir eksiklik. Ayrıca ülke genelinde içtihat oluşturulması gerekliliği yalnızca ifade özgürlüğüyle ilgili suçlar için değil tüm suçlar ve yaptırımlar için bulunmaktadır. Sorunun yalnızca

³⁵ Söz konusu değişikliğin gerekçesi: "Madde 29- Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 286'nci maddesinin birinci fıkrasında, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan kararlarının temyiz edilebileceği belirtilmekle birlikte ikinci fıkrasında bozma kararlarına ek olarak temyiz edilemeyecek kararları sayılmıştır. Maddeyle, söz konusu 286'nci maddeye yeni bir fıkra eklemek suretiyle, temyiz edilebilecek kararların kapsamı genişletilmektedir. Düzenlemeye göre, fıkra da belirtilen suçlarla ilgili olarak bölge adliye mahkemesi ceza daireleri tarafından verilen kararlar, ikinci fıkradaki kesinlik sınırları içinde kalsa bile temyiz edilebilecektir. Üçüncü fıkra hükmü, ikinci fıkrada belirtilen kesinlik sınırının istisnasını oluşturmaktadır.

Belirtilen suçlarla ilgili olarak temyiz edilemeyen kararlara karşı temyiz kanun yolu açılarak, farklı uygulamaların önüne geçilmesi ve Ülke genelinde yeknesak bir uygulamaya ulaşılması hedeflenmektedir. Temyiz kanun yolu açılan suçlar belirlenirken, ifade özgürlüğü ile doğrudan etkili olan suçlar esas alınmıştır. Düzenlemeyle, hak ihlallerinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır".

³⁶ AYM, Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2018/14884, 27/10/2021.

ifade özgürlüğüne ve yalnızca belirli maddelere indirgenmesi bu yönüyle isabetli olmamıştır.³⁷

3.2.Temyiz Başvurusunun Süresi

Temyiz başvurusu hükmün açıklanmasından itibaren on beş gün içerisinde yapılmalıdır (CMK m.291/1).³⁸ Temyiz süresi temyiz kanun yoluna başvuru hakkı olanlara bildirilmesiyle başlar. (CMK m.291/2) Hüküm temyize başvuru hakkı olanların yokluğunda açıklandıysa, bu süre hükmün başvuru hakkı olanlara tebliğ edilmesiyle başlar. Kanunda yer alan bu süre hak düşürücü niteliktedir. Hüküm, bir kişiye teahhüt edildikten sonra tebliğ edilse de ayrı bir temyiz süresinin başlaması söz konusu değildir.³⁹

Temyiz süresiyle⁴⁰ veya gerekçeli kararın⁴¹ tarihiyle ilgili mahkemenin yapmış olduğu hatadan dolayı kanun yoluna başvuru hakkı olan kişinin yanılması durumunda, hatalı şekilde belirtilen tarihteki süreye göre uygun bir şekilde temyiz başvurusu yapılırsa, temyiz başvurusunun süresi içinde yapıldığı kabul edilir.

Önemle belirtmek gerekir ki gerekçeli kararın tebliğinden itibaren ek dilekçe için öngörülmüş olan süreyle (CMK m.295/1), temyiz başvurusunun süresini birbiriyle karıştırmamak gerekmektedir. Ek dilekçe, yalnızca hükümle birlikte yer almayan gerekçeli kararın tebliğ edilmesinden sonra temyiz sebeplerinin belirtilmesi için tanınmış bir süredir. Temyiz başvurusunun ise mutlaka hükmün teahhüt veya tebliğ edilmesiyle on beş gün içerisinde yapılması gerekir⁴².

³⁷ Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, bu düzenlemenin makul olduğunu ancak bu çözümün geçici ve yetersiz olduğunu kabul etmektedir. bkz.Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 707.

³⁸ CMK'nın yürürlüğe girdiği halinde temyiz süresi yedi gün düzenlenmişti. CMK'nın bu hükmü 20.06.2016 tarihinde yürürlüğe girmekle birlikte, 20.07.2017 tarihli 7035 sayılı Kanun'la bu süre on beş gün olarak değiştirilmiştir.

³⁹ Yarg.CGK., T:14.02.2006, E:25, K:18 karar ve görüş için bkz. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.1950.

⁴⁰ Yarg. 2.CD., T:29.01.2018, E:5981, K: 366.

⁴¹ Yarg. CGK. T:15.12.2009, E:3-168, K:293.

⁴² Öğretide, ek dilekçe süresinin de artırılması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Fahri Gökçen Taner, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, s. 541.; Bu görüşe katılmakla birlikte, süreye ilişkin daha kapsamlı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Sürelerle ilgili tüm kurallar temyizde yer alan süreler için de geçerlidir. Ayrıca CMK'nın 292. maddesinde, kanun yollarının genel hükümlerde yer alan eski hale getirmeyle ilgili düzenlemenin (CMK m.274) temyiz için de uygulanacağı düzenlenmiştir. Temyiz süresinin geçmesi durumunda, eski hale getirmeyle ilgili düzenleme olan CMK'nın 40 ve devamı maddelerinin uygulanması mümkündür.⁴³ Ancak bu konular temyizle ilgili ayrıca özellik göstermemektedir.

3.3.Temyiz Kanun Yoluna Başvuru Hakkı Olan Kişiler

CMK'nın 260 ve devamı maddelerinde yer alan kanun yolunun genel hükümlerinde, kanun yolu başvurusu yapma hakkı olanlarla ilgili genel düzenlemeler yer almaktadır. Ancak temyizle ilgili özel bir düzenleme yer almadığı için bu konuya ayrıca değinilmeyecektir.⁴⁴ Bozma kararı sonrası kanun yoluna başvuru hakkı ise ilgili bölümde ele alınmıştır.

İlk derece mahkemesi kararına karşı istinaf başvurusunda bulunmayan katılanın, Bölge adliye mahkemesi kararının bozulması üzerine temyiz hakkına sahip olup olmayacağı yönünde düzenleme bulunmamaktadır.⁴⁵ Bununla birlikte, Yargıtay istinaf başvurusunda bulunmayan katılanın verilen istinaf kararına karşı temyiz kanun yoluna başvuru hakkı bulunmadığını kabul etmektedir.⁴⁶ Bölge adliye mahkemesi tarafından verilen kararın da yeni bir hüküm olduğunu kabul ettiğimiz için, kanaatimizce bu karara karşı daha önce kanun yoluna başvurmayan katılanın da temyiz hakkı olduğunun kabul edilmesi gerekir.

⁴³ Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 752; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 972.; Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.417-418.

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.877-894.; Neslihan Can, "Adil Yargılanma Hakkı Işığında Denetim Muhakemesine Başvuru Hakkı", *MÜHFHAD*, Y:2018, C:24, S:2, s. 766-783.

⁴⁵ İbrahim Şahbaz, "Olağan Yasa Yollarından İstinaf ve Temyizde İnceleme", *YD*, T:2017, C:43, S:1, s.138.

⁴⁶ "...kazai içtihat değişiklikleri kaide olarak makale şamil olmayacağından Daire içtihadının veya yorumunun değişmiş olmasının kanun yararına bozmaya mahal vermeyeceği cihetle, verildiği zaman yürürlükte bulunan usul ve maddi hukuka ilişkin hukuka aykırılık taşımayan hükmün, kanun yararına bozma isteğine konu olamayacağını.." Yarg. 14.CD, T:28.01.2019, E:2018/7135, K:2019/445

Yargıtay'ın uygulamasına baktığımızda, beraat kararlarına karşı yapılan kararın gerekçesine yönelik olanlar dışındaki temyiz başvurularını, hukuki yarar bulunmadığı gerekçesi ile reddettiği görülmektedir.⁴⁷

3.4. Sebep Gösterme

CMK'nın temyiz düzenlemesindeki en büyük yeniliklerden biri temyiz başvurusunda sebep gösterme zorunluluğunun bulunmasıdır (CMK m.294). Sebep gösterme zorunluluğu aslında CMUK'un yürürlüğe girdiği ilk halinde de bulunmaktayken, 08.06.1936 tarihinde 3006 sayılı Kanun'la yapılan düzenlemeyle bu zorunluluk ortadan kalkmıştır. CMK'nın sistematüğinde ise sebep gösterme zorunluluğu oldukça kritik rol oynamaktadır. Sebep gösterme zorunluluğu temyiz başvurusunun kabul edilmesinin bir unsuru olarak kanunda yer almaktadır. CMK'nın 298. maddesine göre, temyiz başvurusunda temyiz sebebinin bulunmaması halinde başvurunun reddedileceği düzenlenmiştir.⁴⁸ Diğer yandan Yargıtay tarafından temyizde incelenecek hususlar başvuruda gösterilen sebeplerle (CMK m.301) ve hukuka kesin aykırılık halleriyle (CMK m.289/1) sınırlıdır. Temyiz incelemesinde yalnızca hukuka aykırılık denetimi yapıldığı için temyiz sebebi de hukuka aykırılıkla ilgili bir sebebe dayanmalıdır.

4. Temyiz Başvurusunda Usul

Temyiz başvurusu hükmü veren bölge adliye mahkemesine dilekçe verilmesi veya zabıt katibine beyanda bulunulması şeklinde yapılabilir. Başvuru beyanla yapıldıysa tutanağa geçirilir ve bu tutanak hâkime onaylatılır. CMK'nın 263. maddesinde tutuklulara özgü düzenlenen kanun yoluna başvuru usulü temyiz başvurusu için de uygulama alanı bulur. Temyiz başvurusu yukarıda da bahsedildiği gibi kararın tebliği veya tefhiminden itibaren on beş gün içerisinde yapılmalıdır. Temyiz başvurusu harca tabi değildir.⁴⁹

CMK'nın 295. maddesinde ise temyiz sebeplerinin gösterilmesiyle ilgili usul kuralı bulunmaktadır. Bu kurala göre, temyiz sebeplerinin

⁴⁷ Yarg. 4. CD, T:14.04.2016, E:2016/5687, K:2016/7244.

⁴⁸ Yarg. 13.CD., T:30.03.2017, E:1419, K: 3333.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, temyiz başvurusu için harç ödenmesi gerektiğine ilişkin düzenleme E:54, K: 142, RG: 29.11.2011 tarihli kararıyla iptal etmiştir.

temyiz başvurusunda gösterilmemesi durumunda, temyiz başvurusunun süresi olan on beş günün sonuna kadar veya gerekçeli kararın sonra açıklanması durumunda gerekçeli kararın tebliğ edilmesinden itibaren yedi gün içinde, temyiz sebeplerini içeren ek dilekçe, bölge adliye mahkemesine verilebilir. Kanunda bölge adliye mahkemesine dilekçenin verileceği kabul edilse de, ilk derece mahkemesinin kararına karşılık doğrudan temyiz kanun yoluna başvuru hükümler veya bozma sonrası dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi sonrasında verilen hükümler için yapılan temyiz başvurusunda ek dilekçe ilk derece mahkemesine verilmelidir.⁵⁰ Kanunda yer alan ek dilekçeyle ilgili bu süre de hak düşürücü niteliktedir ve bu sürelerin sonrasında iletilen temyiz sebepleri temyiz başvurusu bakımından geçerli kabul edilmeyecektir. Bu ise eğer daha önce sebep gösterilmemesi durumunda temyiz başvurusunun Yargıtay tarafından reddedilmesi, daha önce başka bir sebep gösterilmesi durumunda, süresinde gösterilmeyen sebebin Yargıtay'ın temyiz incelemesinin konusunu oluşturmayacağı anlamına gelmektedir.⁵¹ Öğretide CMK'nın 298. maddesinden ve içtihadı birleştirme kararlarından⁵² yola çıkılarak, temyiz sebeplerinin Yargıtay'daki incelemeye kadar sunulabileceği ileri sürülmektedir.⁵³ Ancak bu görüşün CMK'daki hükümlerle bağdaşmadığını kolayca söylemek mümkündür. Yargıtay da CMK'nın temyize ilişkin hükümlerinin uygulanmaya başlamasından sonra vermiş olduğu kararlarda, süre tutum dilekçesinde temyiz sebeplerinin belirtilmemesi durumunda, yedi günlük süre içerisinde verilmeyen temyiz dilekçesini kabul edilebilirlik bakımından dikkate almamaktadır.⁵⁴

⁵⁰ CMK'nın 291. maddesinde daha isabetli olarak hükmü veren mahkeme şeklinde ifade edilmektedir.

⁵¹ kg. için bkz. Taner, 5237 sayılı CMK'nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar, s.65; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.1954.

⁵² Yarg. İBK, E. 1938/25, K. 1939/45, T. 17.5.1939.; Aynı yönde Bkz. Yarg. İBK, E. 1940/25, K. 1940/45, T.15.03.1940, , nakleden, Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 980.

⁵³ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 980; Gül'e göre temyiz başvurusunun hükmü veren mahkeme tarafından yapılan denetiminde temyiz sebeplerinin incelenmemesinden yola çıkarak temyiz sebebinin Yargıtay tarafından yapılan önincelemeye kadar ileri sürülebileceğini kabul etmektedir. Yakup Gül, "Süre Tutum Dilekçesi' ve 'Gerekçeli Temyiz Dilekçesinin' Müdafii ve Vekil Açısından Olağan Kanun Yollarındaki İşlevi", *İzmir Barosu Dergisi*, S:2008/2, s.37

⁵⁴ Yarg.1.CD., T:17.11.2020, E:3586, K: 2892 "Sanık ... hakkında maktul ...'i tasarlayarak kasten öldürme ile sanık ... hakkında maktul ...'i azmettiren sıfatıyla tasarlaya-

Temyiz sebeplerinin ek dilekçeyle gösterilmesi durumuna ilişkin usul düzenlemeleri CMK'nın 295. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Buradaki düzenlemeye göre sanık tarafından verilen ek dilekçede kendisinin veya müdafii imzasının bulunması gerekmektedir. CMK'nın 295. maddesinin 3. fıkrasında ise sanığın temyiz sebeplerini beyanla iletmesinin usulü düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre sanığın müdafii yoksa, zabıt katibine yapacağı beyanla temyiz sebeplerini açıklayabilir. Bu beyanlar tutanağa geçirilerek hâkim tarafından onaylanır.

Son olarak, kanun yolunda yanılmaya ilişkin, CMK'nın 264. maddesi uyarınca, başvuran kişilerin başvuru hakkı kalkmamakta ve başvurunun yetkili merciye derhal gönderilmektedir. CMUK döneminden Cumhuriyet savcılarının yanılmalarına ilişkin CMUK'un 293. maddesinin uygulanması kabul edilmemekle birlikte, CMK'nın gerekçesinde Cumhuriyet savcılarını bakımından da uygulanacağı açıkça belirtilmiştir.⁵⁵

5. Temyiz Koşullarının Hükmü Veren Mahkeme Tarafından Denetlenmesi

Temyiz başvurusu yapıldığında ilk önce hükmü veren mahkeme tarafından denetim yapılır (CMK m.296/1). Bu denetimde başvurunun temyiz başvurusunun konusunu oluşturan kararlardan olup olmadı-

rak kasten öldürme suçlarından kurulan Bölge Adliye Mahkemesi kararlarını, bu suçlardan açılan kamu davalarına katılma ve kurulan hükümleri temyiz etme yetkisi bulunmayan katılan Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı vekilinin bu kararlarla ilgili temyiz istemlerinin Katılan ... vekili tarafından hüküm tarihinde yürürlükte bulunan CMK'nın 291. maddesinde belirtilen 7 günlük yasal süresinden sonra 24.05.2017 tarihinde temyiz dilekçesi verildiği anlaşılmakla; katılan vekilinin temyiz isteminin CMK'nın 298. maddesi uyarınca reddine karar verilmiştir. Katılan ... vekili tarafından 19.05.2017 tarihinde süre tutum dilekçesi verilerek temyiz iradesi açıklanmış ise de, ...Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi'nce verilen 15.05.2017 gün ve 2017/177 esas, 2017/436 Sayılı gerekçeli Kararının vekile 12.06.2017 tarihinde tebliğ edildiği, katılan vekili tarafından CMK'nın 295/1. maddesinde belirtilen yasal süreden sonra 20.06.2017 tarihinde gerekçeli temyiz dilekçesi verildiği anlaşılmakla, süre tutum dilekçesi temyiz sebeplerini içermediğinden, temyiz isteminin aynı Kanun'un 294 ve 298. maddeleri uyarınca reddine, Üye Hakimler ... ve ...'in temyizcinin geçerli olduğuna dair karşı oyları ve oy çokluğuyla karar verilmiştir".

⁵⁵ Reha Sümer, "Cumhuriyet Savcılarının Temyiz Süresi ve Kanun Yoluna Başvuruda Yanılma", *YD*, Y:2006, C:32, S:1-2, s.226.; s.117.; TBMM 698 nolu Komisyon Raporu, Yasama Dönemi 12, Yasama Yılı 3, s.117.

ğı, başvurunun kanundaki on beş günlük süreye göre yapılıp yapılmadığı ve başvuruyu yapan kişinin temyiz kanun yoluna başvuru hakkı olup olmadığını incelenmektedir. İlgili kanun maddesine göre hükmü veren mahkeme tarafından yapılan denetimde, sebep gösterilip gösterilmediği incelemesi yapılmamaktadır. Bu inceleme Yargıtay tarafından başvurunun değerlendirilmesi aşamasında yapılmaktadır. Hükmü veren mahkeme tarafından temyiz sebebinin var olup olmadığı denetlenmediğine göre, aynı şekilde ek dilekçenin Kanun'da öngörülen sürelerden sonra verilmesi durumunda da hükmü veren mahkemenin bu nedenle başvuruyu reddetme imkânı bulunmamaktadır.

Hükmü veren mahkemenin başvurunun kanundaki koşullara uygun olduğu sonucuna varması durumunda temyiz isteminin olduğu dilekçenin bir örneği karşı tarafa tebliğ edilir ve karşı taraf, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içerisinde yazılı olarak cevap verebilir. (CMK m.297/1) Kanaatimizce yasal düzenlemede “*karşı taraf*” tabirinin kullanılması hatalıdır. Konuya ilişkin tespit edebildiğimiz Yargıtay kararı bulunmamakla birlikte, C. savcısı tarafından verilen dilekçenin katılana da tebliğ edilmesi gerekmektedir.

Mahkemenin başvuruyu reddetmesi durumunda, ret kararının ilgiliye tebliğ edilmesinden itibaren yedi gün içinde başvuru yapılırsa, ret kararının Yargıtay tarafından denetlenmesi mümkündür. Ancak bu durumda hükmün infazı ertelenmez (CMK m.296/2).

6. Temyiz Başvurusunun Etkisi

Kural olarak temyiz başvurusunun durdurma ve aktarma etkisinin bulunduğu kabul edilmektedir. Temyiz başvurusu hükmün kesinleşmesini (CMK m.293/1) ve dolayısıyla infazını engellediği için durdurma etkisi; temyiz incelemesi, hükmü veren mahkemece değil Yargıtay tarafından yapıldığı için aktarma etkisi bulunmaktadır.⁵⁶

⁵⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.762; “Hükme karşı temyiz yasa yoluna süresinde başvurulması üzerine hüküm kesinleşmeyecek, ancak temyiz başvurusunun reddedilerek hükmün onanmasına karar verilmesi veya düzeltilerek onanmasına karar verilmesi hâlinde onama/düzeltilerek onama kararının verildiği tarihte hüküm kesinleşecektir.” Yarg. CGK, T: 23.11.2021, E: 2019/568, K:2021/583.

Temyiz başvurusunun durdurma etkisinin geçerli olması için başvurunun zamanında yapılması gerektiği belirtilmektedir.⁵⁷ Bu kapsamda ilk olarak dikkat edilmesi gereken husus, temyiz edilen hükümde yalnızca temyiz merciinin yanlış gösterilmiş olmasının kanun yolu süresinin işlemeye başlamasını engellemesidir.⁵⁸ İkinci olarak, zamanında yapılmış olmakla birlikte temyiz başvurusunun hükmü veren mahkeme tarafından incelenme yetkisi verilmiştir (CMK m.296/1). Söz konusu düzenleme aktarma etkisinin bir istisnası niteliğindedir. Ayrıca CMK'nın 296. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hükmü veren mahkemenin temyiz başvurusunu reddetmesi durumunda, temyiz edene Yargıtay'dan bu hususta karar verilmesini isteme hakkı verilmiştir. Ancak bu süre zarfında cezanın infazın ertelenmemesi, durdurma etkisinin istisnası niteliğindedir. Son olarak, temyiz ile birlikte eski hale getirme isteminde bulunulması durumunda, temyiz başvurularının etkisi eski hale getirme işlemiyle ilgili karar verilinceye kadar geçerli değildir.

7. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının Tebliğnamesi

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesi CMK'nın 297. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından tebliğname verilmesi özel daire tarafından inceleme yapılabilmesi için "ön şarttır".⁵⁹ Nitekim CMK'nın 297. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, dosya doğrudan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmektedir.⁶⁰

⁵⁷ Özbeke/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.761

⁵⁸ Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Adalet, 2021, s.784.; "...sadece yasa yolu ve merciinin yanlış gösterilmiş olmasının "yasa yolu süresinin" işlemeye başlamasını engellemeyeceğidir. Bu durumda, "temyiz" yasa yolu yanlış olarak "itiraz" biçiminde gösterilmiş olsa dahi temyiz süreleri işler ve süreden sonra yapılan temyiz başvurusu kabul edilemez". Yarg. CGK, T:05.12.2006, E:2006/1-278; K:2006/291.

⁵⁹ Yarg. CGK, T: 01.04.2014, E:2013/11-669, K:2014/160.

⁶⁰ Öğretide hatalı olarak, 6217 sayılı Kanun'un 26. maddesi ile 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a eklenen geçici madde 4'ten yola çıkılarak, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamadan itibaren üç yıl süreyle tebliğname düzenlenmesine ilişkin hükümlerin uygulanmayacağına ilişkin hükümden yola çıkarak, tebliğname düzenlenmesi yükümlülüğünün 20.07.2016 tarihinden itibaren üç yıl süreyle bulunmadığı ileri sürülmektedir. Vahit Bıçak, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin, 2018, s. 798.; Bununla birlikte söz konusu düzenleme 18/6/2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun'un 103. maddesi ile yürürlüğe girmeden ilga edilmiştir.

Burada ilk olarak incelenmesi gereken husus Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının hazırlayacağı tebliğnamenin temyiz başvurusunda belirtilen sebeplerle bağlı olup olmadığıdır. Kanaatimizce, CMK'nın 289. maddesi uyarınca hukuka kesin aykırılık halleri temyiz sebebi olarak belirtilmemiş olsalar bile bu hususlar incelenebildiği için ve CMK'nın 302. maddesinin 3. fıkrası uyarınca hüküm bozulduğunda *"dilekçede açıklanmış olmasa bile saptanan bütün diğer hukuka aykırılık halleri"* nin ilamda gösterilmesi gerektiği için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından hazırlanacak tebliğname temyiz başvurusunda belirtilen sebeplerle bağlı değildir ve dosyada bulunan diğer hukuka aykırılıkları da içermesi gerekir.

İkinci olarak, tebliğname hükmü temyiz eden aleyhine veya sanık aleyhine sonuç doğurabilecek görüş içeriyorsa, taraflara tebliğ olunur (CMK m.297/3, 4). Taraflara tebliğ olunmaksızın karar verilmesi⁶¹ veya sanığın görevlendirdiği müdafii yerine baro tarafından atanmış ve görevi sona eren müdafiiye tebliğ edilmesi⁶² dosyanın iadesi nedenidir. Dosyanın iadesi durumunda, dosyanın iade edildiği mahkeme tarafından ilgili tarafa yapılacak tebliğ üzerine temyiz süresi başlayacaktır ve ilgili taraf tebliğden itibaren *"bir hafta içinde"* yazılı olarak cevap verebilir.

Üçüncü olarak, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı kanun yolunda da, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesi ile bağlı değildir.⁶³

⁶¹ Bıçak, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 798; "Adil yargılanma hakkı ve savunma hakkı ile ilgili bulunan bu hüküm buyurucu nitelikte olup uyulması zorunludur. Anılan düzenleme, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca bir iç hukuk normu haline gelen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi ile de ilgilidir. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 09.11.2000 gün ve 36590-97 sayılı Göç/Türkiye kararı üzerine, 2003 yılında mevzuatımızda yukarıda bahsedilen düzenleme yapılmış, 5271 sayılı CYY'nin 297. maddesinde de aynı hükme yer verilmiştir". Yarg. CGK, T:23.02.2010, E:2009/7-254, K:34.

⁶² "Bu nedenle, tebliğnamenin sanığın görevlendirdiği müdafii yerine, Baro tarafından atanan ve görevi sona ermiş bulunan müdafiiye tebliğ edilerek temyiz incelemesinin yapılması savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmektedir". Yarg. CGK, T:02.03.2010, E:2010/1-19, K:2010/41.

⁶³ Ramazan Keklik, "Ceza Yargılamasına İlişkin Temyiz Yasa Yolunda Yargıtay Kararları Üzerine Yapılacak İşlemlerin Kronolojik İncelenmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y:2015 S:6, s.189.

8. Yargıtay Tarafından Yapılan Ön İnceleme

Yargıtay tarafından yapılacak ön inceleme CMK'nın 298. maddesinde düzenlenmektedir. İlgili maddenin gerekçesinde Yargıtay tarafından yapılacak ön incelemenin yalnızca, hükmü veren mahkeme tarafından temyiz başvurusunun reddedilmesi ve temyiz edeninin Yargıtay'dan bu hususta karar vermesini istemesi veya hükmü veren mahkemenin kabul edilebilirlik incelemesi yapmaksızın dosyayı Yargıtay'a göndermesi durumlarında gerçekleştirilebileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte, uygulamada Yargıtay, tüm başvurularda kabul edilebilirlik incelemesi yapmaktadır⁶⁴ ve kanaatimizce gerekçe ile öngörülen sınırlama mantık kurallarına aykırıdır.

Yapılan ön incelemede üç şekilde karar verilebilir: temyiz başvurusunun reddi, temyiz başvurusunun kabulü veya dosyanın iadesi (tevdi). Temyiz başvurusunun reddedilmesiyle⁶⁵ birlikte verilmiş olan hüküm kesinleşir.⁶⁶ Temyiz başvurusunun kabul edilmesiyle, daire esas üzerinde incelemeye başlayacaktır. CMK'da düzenlenmemiş olmakla birlikte dosyanın iadesi ise, ön inceleme aşamasında gerekçeli kararın tebliğ edilmediği veya temyiz dilekçesine cevap imkanının karşı tarafa sağlanmadığı veya durma kararı verilmesine neden olacak bir sebebin ortaya çıkması durumunda söz konusu olacaktır.⁶⁷

⁶⁴ "5271 sayılı CMK'nın 298. maddesi uyarınca temyiz dilekçesinin, örneğin; "Hükmü temyiz ediyorum" şeklindeki dilekçelerde olduğu gibi herhangi bir temyiz sebebi içermemesi durumunda tıpkı başvurunun süresi içinde yapılmaması, hükmün temyiz edilemez olması ya da temyiz edenin buna hakkının bulunmaması hâllerinde olduğu üzere usulüne uygun açılmış bir temyiz davasından bahsedilemeyeceğinden temyiz isteminin reddi gerekir". Yarg. CGK, T:19.11.2020, E:2019/20-341, K:2020/474,

⁶⁵ Öğretide bu karara "temyiz davasının kabul edilebilir olmaması kararı" da denilmektedir. Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.419.

⁶⁶ Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Kazancı, 1989, s.1086.; Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.421.

⁶⁷ Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.421-422.; Keklik, "Ceza Yargılamasına İlişkin Temyiz Yasa Yolunda Yargıtay Kararları Üzerine Yapılacak İşlemlerin Kronolojik İncelenmesi", s. 210.; "gerekçeli kararın şikayetçi Seçil ile katılan Suhat'a tebliğ edildiğini gösteren bilgi ve belgeler var ise dosyasına eklenilmesi, aksi halde anılan tebligat noksanlıklarının giderilip, hükümleri temyiz edenlere de 26.10.2014 gün ve 5-2014/219775 sayılı tebliğnamenin tebliğ edilip, bunlara dair tebellüğ belgelerinin ve verildiği takdirde temyiz ve cevap dilekçelerinin eklenmesinden, hükmün temyiz edilmesi halinde ise bu konuda ek tebliğname düzenlendikten sonra iade edilmek üzere esas incelenmeyen dosyanın mahalline gönderilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na tevdiine" Yarg. 5. CD, T:

9. Yargıtay Tarafından Dosyanın Esastan İncelenmesi

9.1. Usul

Yargıtay incelemesi kural olarak dosya üzerinden yapılır. Dosya üzerinden yapılan incelemelerde, dosyalar önceden üyeler ve yardımcıları arasında bölüşülür. Kurulda bu dosyalar izah edildikten sonra yapılan müzakere sonucunda karar verilmektedir. Bununla birlikte, “on yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümler” hakkındaki inceleme duruşmalı olarak yapılabilir. ⁶⁸ Uygulamada hapis cezasına ilişkin değerlendirme somut ceza üzerinden değerlendirilmektedir. ⁶⁹ CMK’nın 299. maddesinde öngörülen sanığın talebi üzerine duruşmalı inceleme zorunluluğu 01.02.2018 tarih ve 7079 sayılı Kanun’un 94. maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni düzenlemeyle Yargıtay’a bu konuda takdir yetkisi verilmiş ve temyiz başvurusunda söz konusu talebin yer almasına ilişkin hüküm ve beraberinde getirdiği tartışmalar işlevsiz kalmıştır. ⁷⁰

Kanaatimizce, temyiz kanun yolu hukuki inceleme yolu olduğu ve yalnızca hukuka aykırılık incelemesi olduğu için duruşmalı inceleme yapılmasına gerek yoktur. Bununla birlikte, var olan yasal düzenlemenin incelenmesi ve yorumlanması gerekmektedir. Öncelikle, temyiz başvurusunda suçun niteliğinin yanlış belirlendiği iddiasıyla soyut ceza üzerinden temyiz başvuruları kabul edilmekle birlikte, duruşmalı temyiz incelemesinde somut ceza üzerinden değerlendirme yapılması çelişkilidir.

Temyiz incelemesine konu olan kararda, on yıl ve üzeri hapis cezası ile birlikte bu sınırın altında hapis cezası veya güvenlik tedbirine hükmedilen sanıkların bulunması durumunda, uygulamada birleştirme kabul edilmemekte ve sanıkların bir kısmı hakkında duruşmalı,

03.12.2014, E: 2014/10355, K:2014/12149.

⁶⁸ Hukuki tanı yargılaması yapan Yargıtay’da duruşma yapılmasına gerek olmadığı görüşü için bkz. Selçuk, “Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/ Açmazları/Tehlikeleri”, s. 335.

⁶⁹ “... TCK’nın 314/2 [...] uyarınca 7 yıl 6 ay [...] Hükmolunan ceza miktarı yönünden yasal şartları oluşmadığından sanık müdafisinin duruşmalı inceleme isteminin CMK’nın 299. Maddesi uyarınca reddine karar verilmiştir”. Yarg. CGK, T:06.07.2021, E:2019/188, K:2021/338.

⁷⁰ CMUK dönemindeki ilgili tartışma ve kararlar için Bkz. Erem, Ceza Usulü Hukuku, s.592.

diğer kısmı hakkında duruşmasız yargılama yapılmaktadır.⁷¹ Yayınlanan ve sanıkların yargılanmaları haklarında birleştirme kararı verilen Yargıtay kararlarında, sanık isimlerinin kapatılması nedeniyle tam olarak tespit edilememekle birlikte,⁷² sanıklar arasında menfaat çatışması bulunması durumunda dosyanın sanıkların bir kısmı bakımından duruşmalı diğer kısmı bakımından duruşmasız incelenmesi, kanaatimizce adil yargılanma ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Hatta menfaat çatışması olmasa bile duruşmalı inceleme sırasında tespit edilen bir husus duruşmalı olarak başvurusu incelenmeyen sanığın cezasını artırabilecek etkiye de sahip olabilir. Ayrıca sanıklardan biri için duruşmalı olarak hükmün incelenmesine karar verildiğinde diğer sanıklar için de duruşmalı olarak incelenmesi usul ekonomisi ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Bütün bu sebeplerden dolayı temyiz incelmelerinin bir sanık hakkında duruşmalı olarak yapılabilmesine karar verildiğinde, diğer sanıklar için de duruşmalı incelenmesi gerekmektedir.

Sanık, CMK'nın 299. maddesinin 1. fıkrası uyarınca *"duruşmada hazır bulunabileceği gibi, kendisini bir müdafii ile de temsil ettirebilir."* Bununla birlikte, sanık tutuklu ise katılma isteminde bulunamaz (CMK m.299/2). Kanaatimizce katılma istemi ve hazır bulunma birbirlerinden ayrı durumlardır. Hazır bulunma isteminde bulunamaması hak arama özgürlüğüne aykırı değildir. Tekrar temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılmaması gerektiği kanaatinde olmakla birlikte, duruşmalı temyiz incelemesi var olduğu sürece sanığın katılma isteminde bulunabilmesi ve SEGBİS üzerinden katılımının sağlanabilmesi gerekmektedir.

Öğretide, sanık ve müdafii duruşmaya gelmemişse, duruşma isteğinden vazgeçtikleri açıkça anlaşılmadıkça, yargılamanın duruşmalı olarak yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁷³. Bununla birlikte Yargıtay uygulamasında, yoklamada duruşmada hazır bulunmadığı anlaşılan ve mazeret bildirmeyen sanıklar bakımından duruşmasız incele-

⁷¹ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.980.; Yarg. 20.CD., T:04.05.2017, E:2017/121, K:2017/2919.; Yarg. 20.CD., T:21.10.2015, E:2015/8205, K:2015/4308.

⁷² Yarg. 10. CD, T:05.07.2018, E:2018/319, K:2018/5552.

⁷³ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.981.; Aksi yönde bkz. Erem, Ceza Usulü Hukuku, s.593.

me yapılmasına karar verilmektedir⁷⁴. İlgili kararda “*mürâfaa* sırasında sanık *müdafiinin beyanı üzerine ara kararı ile duruşmalı inceleme yapılmasına karar verilmiş ise de sanık müdafiinin alfabetik sıra ve mürâfaanın bitiminde tekrar yapılan yoklamada duruşmada hazır bulunmadığı anlaşılma*” şeklinde ifade edilen husus, kanaatimizce yargılamanın uzatılması için bir yöntem olarak kullanılmak istenmektedir. Duruşmalı incelemenin Yargıtay’ın takdir yetkisine bırakılması ile birlikte kanaatimizce sanık ve müdafiinin duruşmaya gelmemesi durumunda, incelemenin duruşmasız yapılmasına karar verilebilmesi mümkündür.

CMUK’tan farklı olarak, vekaletname ile temsil zorunluluğu kaldırıldığı için temyiz aşamasında da hazır bulunan bir avukatın müdafii olarak duruşmaya girmesi mümkündür⁷⁵.

Duruşma öncesinde raportör üye veya tetkik hâkimi hazırladığı raporu üyelere açıklar (CMK m.300/1). Belirtilen iddia ve savunmaların hangi sırayla açıklanacağına ilişkin düzenleme bulunmamaktadır.⁷⁶ Bu konuda CMK’nın 300. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, duruşma açıldıktan sonra, öncelikle temyiz davasını açmış olan taraf denilmekle birlikte, birden fazla temyiz başvurunun bulunduğu durumda ilk sözün kime verilmesi gerektiği belirsizdir. Ancak son söz sanığa verilir.⁷⁷ CMK’nın 300. maddesinin 2. fıkrasında CMUK’un 319. maddesinin 2. fıkrası tekrar edilmekle birlikte, söz konusu sorun çözüme kavuşturulmamıştır. Müzakere sonunda kararın derhal tefhim edilmesi gerekir.⁷⁸ Bununla birlikte hüküm, duruşma sonunda verilemiyorsa, mahkeme duruşmanın bitiminden itibaren yedi gün içinde kararını açıklar (CMK m.305).⁷⁹ Ayrıca, katılan ve vekilinin temyiz duruşmasında hazır bulunması da kabul edildiği için, katılanın görüşlerinin duruşmada okunması gerektiği ileri sürülmektedir.⁸⁰

Son olarak, direnme kararını takiben Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nda duruşma yapılamayacağına ilişkin hüküm bulunmamasıyla birlikte ve yapılan inceleme temyiz incelemesi olmasına rağmen,

⁷⁴ Yarg. 16.CD, T:21.04.2016, E:2015/4672, K:2016/2330.

⁷⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.766.

⁷⁶ Aynı yönde bkz.Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.767

⁷⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.767

⁷⁸ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.981.

⁷⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.771

⁸⁰ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.981

uygulamada Yargıtay Ceza Genel Kurulu incelemelerinde duruşma açmamaktadır.⁸¹ CMUK döneminde özel bir hüküm bulunmadığı gerekçesi kullanılmakla birlikte,⁸² günümüzde “*temyiz incelememesinin duruşmalı olarak yapılmasını gerektirir bir neden görülmediğinden*” veya “*yürütülen yargılama sürecinde silahların eşitliği ile çelişmeli yargılama ilkeleri doğrultusunda savunmaya yeterli imkan sağlanıp, bu hakkın etkin şekilde kullandırılmış olması nedeniyle*”⁸³ şeklinde takdir yetkisi üzerinden duruşma talebini reddetmektedir. Kanaatimizce, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından duruşma açılması bakımından herhangi bir engel bulunmamaktadır.⁸⁴

9.2. Temyizde İncelenebilen Kararlar

Temyiz incelemesinde, Yargıtay’ın hangi hüküm veya kararın hukuki denetimini yapacağını belirlenmesi gerekmektedir. Burada farklı ihtimaller söz konusudur. İlk derece mahkemesi hükmüne yönelik istinaf başvurusunda:

1. Bölge adliye mahkemesi tarafından istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin karar verilebilir.
2. Bölge adliye mahkemesi hukuka aykırılığı düzelterek istinaf başvurusunun esastan reddine karar verebilir.
3. Bölge adliye mahkemesi davanın yeniden görülmesine ve duruşma açılmasına karar verdikten sonra, ilk derece mahkemesinin hükmünü isabetli bularak istinaf başvurusunun esastan reddine karar verebilir⁸⁵.
4. Bölge adliye mahkemesi davanın yeniden görülmesine ve duruşma açılmasına karar verdikten sonra, yeni bir hüküm kurabilir.

⁸¹ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.995.

⁸² Yarg. ÇGK T:28.10.1963, E:1963/39, K:1969/36, aktaran Erem, Ceza Usulü Hukuku, s.591.

⁸³ Yarg. ÇGK, T:24.06.2021, E:2021/65, K:2021/304.

⁸⁴ Ezgi Aygün Eşitli, “Yargıtay’da Hükmün Bozulmasından Sonra Davaya Yeniden Bakacak Mahkemenin İşlemleri”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:10, S:2, s.135.; CMUK döneminde de uygulama aynı olmakla birlikte, Erem de duruşma açılması bakımından herhangi bir engel olmadığını belirtmekteydi. Erem, Ceza Usulü Hukuku, s.591.

⁸⁵ Kaymaz, bu durumda istinaf başvurusunun esastan reddi yerine bölge adliye mahkemesinin yeni bir hüküm kurmasının daha isabetli olacağı görüşündedir. Kaymaz, Yargıtay Bozma Kararı Üzerine Yapılan Yargılama, s.297.

5. Bölge adliye mahkemesi bozma kararı verebilir.
6. Bölge adliye mahkemesi tarafından düşme kararı verilebilir.

CMK'nın 223. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, "Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir." ve hüküm türleri "beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı" olarak belirtilmiştir. Ancak CMK'nın 286. maddesi uyarınca, bölge adliye mahkemelelerinin "bozma dışında kalan hükümleri"nin temyiz edilebileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere bölge adliye mahkemeleri tarafından duruşma açıldıktan sonra veya duruşma açılmaksızın verilen istinaf başvurusunun esastan reddi kararı ile hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddi kararı CMK'nın 223. maddesi kapsamında hüküm niteliğine sahip olmamakla birlikte, temyiz edilebilmektedir.

Öğretide bölge adliye mahkemesi tarafından istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin ve hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddi kararlarının hüküm niteliğine sahip olmadığını ileri sürenler de bulunmakla birlikte,⁸⁶ bizim de katıldığımız görüş uyarınca bölge adliye mahkemesi tarafından verilen bu kararlar da hüküm olarak kabul edilmelidir.⁸⁷ Bu değerlendirme özellikle Yargıtay tarafından verilebilecek kararlar ve kararların hangi hükme yönelik olduğu noktasında önem arz etmektedir. Temyiz incelemesi sonunda verilen kararlar bölümünde detaylı olarak incelenmekle birlikte, burada Yargıtay tarafından yapılan incelemenin ilk derece mahkemesi ve bölge adliye mahkemesi tarafından verilen hükümlere yönelik olduğunun ve her iki hükmün de incelendiğinin ve Yargıtay tarafından her iki hükme yönelik veya hükümlerden birine yönelik karar verilebileceğinin belirtilmesi gerekir.

9.3. İncelemenin Kapsamı

Temyiz kanun yolunda CMK'nın 301. maddesi uyarınca sebeple bağlılık kuralı geri getirilmiştir.⁸⁸ Bu kapsamda maddi hukuka aykırılıkların belirtilmesi yeterli kabul edilirken, usul hukukuna aykırılık-

⁸⁶ Kaymaz, Yargıtay Bozma Kararı Üzerine Yapılan Yargılama, s.297, 300.

⁸⁷ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.

⁸⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.768

ların olguları ile ortaya konulması gerekmektedir. Bunun istisnası ise CMK'nın 289. maddesi ve 302. maddesinin 5. fıkrası uyarınca mutlak hukuka aykırılık halleridir.

Uygulamada Yargıtay, maddi hukuka aykırılık iddiasının bulunması durumunda, temyiz incelemesinin temyiz sebebi ile sınırlı olarak yapılmaması gerektiğini belirterek, temyiz sebebi olarak diğer maddi hukuka aykırılıkları da inceleme kapsamına almaktadır.⁸⁹

Son olarak temyiz incelemesi kapsamında olmamakla birlikte, bozma kararı verilmesi durumunda, temyiz sebebi olarak ileri sürülmeyen ve kesin hukuka aykırılık olarak düzenlenmeyen diğer hukuka aykırılıklar da incelenmekte ve kararda gösterilmektedir (CMK m.302/2,3,4) Bu nedenle bozma kararı verilmesi durumunda, Yargıtay incelemesinin kapsamı yalnızca temyiz başvurusunda ileri sürülen temyiz sebepleri kapsamında değil tüm hukuka aykırılık halleri kapsamında genişlemektedir.

10. Hukuka Kesin Aykırılık Halleri

Hukuka kesin hukuka aykırılık halleri, usul hukukuna aykırılık halleri olarak düzenlenmiştir.⁹⁰ Hukuka kesin aykırılık halleri CMK'nın 289. maddesinin 1. fıkrasında aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi bu durumlar temyiz sebebi olarak belirtilmesi bile kabul edilebilir temyiz incelemesinde Yargıtay tarafından denetlenmesi gerekir. Ayrıca hukuka kesin aykırılık halleri bulunması mutlak bozma sebebini oluşturur.

- a) *Mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması*
- b) *Hâkimlik görevini yapmaktan kanun gereğince yasaklanmış hâkimin hükme katılması.*

⁸⁹ Serap Keskin Kızıroğlu, "Türk Ceza Muhakemesi Kanununda Temyiz Yasayoluna İlişkin Değişikliklere Bakış", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:12, S:159-160, Aralık, 2017, s. 182; Erdem/Şentürk, *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*, s.195.; Yarg. CGK., T:19.11.2020, E:20-341, 474. Benzer yönde diğer karar için bkz. Yarg. CGK. T:14.05.2020, E:20-395, K:199; Yarg. CGK, T:14.05.2020, E:20-292, K:194.; Yurtcan ise, kabul edilebilirlik incelemesi geçildikten sonra tüm hukuka aykırılıkların incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Erdener Yurtcan, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi* (CMK), Ankara, Seçkin, 2019, s.1126

⁹⁰ Hem maddi hukuka hem de usul hukukuna aykırılık şeklinde olabileceğine ilişkin bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.752

- c) Geçerli şüphe nedeniyle hakkında ret istemi öne sürülmüş olup da bu istem kabul olunduğu hâlde hâkimin hükme katılması veya bu istemin kanuna aykırı olarak reddedilip hâkimin hükme katılması.
- d) Mahkemenin kanuna aykırı olarak davaya bakmaya kendini görevli veya yetkili görmesi.
- e) Cumhuriyet savcısı veya duruşmada kanunen mutlaka hazır bulunması gereken diğer kişilerin yokluğunda duruşma yapılması.⁹¹
- f) Duruşmalı olarak verilen hükümde açıklık kuralının ihlâl edilmesi.⁹²
- g) Hükümün 230 uncu madde gereğince gerekçeyi içermemesi.
- h) Hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması⁹³.
- i) Hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması.

⁹¹ Mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemesi bakımından önem teşkil eden husus, 01.02.2018 tarih ve 7070 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile CMK m.188/1'e eklenen "Müdafinin mazeretsiz olarak duruşmaya gelmemesi veya duruşmayı terk etmesi halinde duruşmaya devam edilebilir" ifadesidir. Söz konusu tarihten önce Yargıtay zorunlu müdafii gerektiren durumlarda, müdafii bulunmaksızın hüküm verilmesi durumunda söz konusu kararlar hakkında bozma kararı verilmekteydi. Bkz. Yarg. 16. CD. T:23.02.2016, E:2015/1214, K:2016/1178.; Bununla birlikte mevcut düzenleme uyarınca müdafinin mazeretsiz olarak duruşmaya gelmemesi veya duruşmayı terk etmesi halinde hukuka kesin aykırılık söz konusu olmayacaktır.; Açıklık kuralının ihlâl edilmesinden farklı olarak, sanığın sorgusu yapılmaksızın beraat kararı verilmesi durumunda Cumhuriyet savcısının sanık aleyhine temyiz başvurusunda bulunma hakkı olduğu kabul edilmektedir. Nitekim kişinin sorgusunun yapılması, yalnızca sanık lehine bir hukuka aykırılık olarak değil kamu düzenini ilgilendiren ve maddi gerçeğin ortaya çıkması esasına dayanan bir husus olarak kabul edilmektedir. 3. CD., T:11.9.1946, 8792/7906 aktaran Erem, Ceza Usulü Hukuku, s.598; Yarg. CGK, T:23.03.2010, E:2009/10-245, K:2010/62.

⁹² Söz konusu maddenin CMK m. 290 ile birlikte dikkate alınması gerekmektedir. Sanığın yararına olan bir hukuka aykırılık olarak açıklık kuralının ihlâl edilmesi durumunda, Cumhuriyet savcısı sanık aleyhine hükümün bozdurulması için başvuru hakkı tanımamaktadır. Yalnızca Cumhuriyet savcısı tarafından sanık aleyhine bir başvuru olduğu varsayımında temyiz başvurusunda temyiz sebebi bulunmadığı için başvurunun ön inceleme aşamasında reddedilmesi gerekmektedir. Aynı yönde Bkz. 4. CD. 24.12.1943, 8768/7679 aktaran Erem, Ceza Usulü Hukuku, s.598

⁹³ CMUK'ta da yer alan bu hükümde diğer hukuka kesin aykırılık hallerinden farklı olarak bozma kararı verilebilmesi için usul kuralına aykırılığın hükme etki edip etmemesi araştırılmaktadır. Dolayısıyla da bu hükümde nispi temyiz sebeplerine ilişkin kural geçerliliğini korumaktadır. Aynı yönde bkz. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.823. Bahsettiğimiz hükümün Kanun'un bu maddesinde yer alması ile doğuracağı tek sonuç ise nispi hukuka aykırılık halinin mutlak hukuka aykırılık halleriyle birlikte yazılarak temyiz sebepleri arasında gösterilmese de Yargıtay tarafından temyiz incelemesinde re'sen incelenmesinin sağlanmasıdır.

11. Temyiz İncelemesinin Sonunda Verilen Kararlar

Yargıtay davanın temyiz isteminin esastan reddine (onama), hükmün bozulmasına karar verebileceği gibi davanın esasına veya hukuka aykırılığın düzeltilmesine (ıslah, iyileştirme) karar verebilir (CMK m.302, 303). Bunların dışında kanunda yer almasa da Yargıtay düşme kararı verebilir.⁹⁴

11.1. Temyiz İsteminin Esastan Reddi Kararı (Onama, Tasdik)

Yargıtay, inceleme kapsamında hukuka aykırılık bulunmadığını saptarsa temyiz isteminin esastan reddine karar verir (CMK m.302/1). Katıldığımız görüş uyarınca, temyiz başvurusunda yalnızca usul hukukuna aykırılık iddiasında bulunulması ve temyiz incelemesinin bu kapsamda gerçekleştirilmesi durumunda, hukuka kesin aykırılık hali söz konusu değilse, temyiz isteminin esastan reddi kararı verilmesi gerekmektedir. Onama veya tasdik kararı ifadelerinin kullanılması durumunda, temyiz incelemesi kapsamında olmayan ve hukuka kesin aykırılık hali olmayan bir hukuka aykırılığın onandığı veya tasdik edildiği sonucuna ulaşılabileceği için uygulamada onama, tasdik kararı ifadelerinin kullanılması hatalıdır.⁹⁵

11.2. Bozma Kararı

Yargıtay, hukuka kesin aykırılık halleri veya temyiz incelemesi kapsamında *“hükmü etkileyecek nitelikteki hukuka aykırılıklar nedeniyle”* temyiz edilen hükmü bozar. CMK'nın 302. maddesi uyarınca, bozma sebeplerini ve bozma sebebi olmamakla birlikte tespit edilen diğer hukuka aykırılıkları bozma kararında gösterme zorunluluğu getirilmiştir.⁹⁶ Söz konusu düzenleme, Yargıtay'ın içtihat mahkemesi olması ve

⁹⁴ Yarg. CGK, T: 28.09.2021, E: 2019/562, K:2021/425.; Yarg. CGK, T:24.02.2015, E:2013/622, K:2015/16. *“Temyiz incelemesinde görevi hukuk kurallarının ve kanuni tavsiflerin doğru uygulanıp uygulanmadığını denetlemek olan Yargıtay'ca yapılan inceleme sonucunda; onama, düzelterek onama, düşme ve bozma kararlarından birinin verilebilmesi mümkündür”*. Aynı yönde bkz.Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.712.; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma-Gezer/Saygılar-Kırıt/Alan-Akcan/Özaydın/Erden-Tütüncü/Altınok-Villemin/Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 752.

⁹⁵ Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.713.

⁹⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.769.

davaların yeni bozma nedenleri sebebiyle uzamasının önüne geçmek⁹⁷ amacıyla getirilmiştir.

Bu kapsamda hükmü etkileyecek nitelikteki hukuka aykırılıkların belirlenmesi gerekmektedir. Hukuka aykırılığın hükme etki edip etmediği hususunda tereddüt oluşması durumunda karara etki ettiğinin kabul edilmesi gerekir.⁹⁸ Bununla birlikte, ayrı bir tali dava açılması ile giderilebilecek hukuka aykırılıklar nedeniyle - uyarılama yargılaması gibi - hüküm bozulmaz ve temyiz başvurusu reddedilir.⁹⁹ Ayrıca sanığın lehine olan hukuka aykırılıklar sanık aleyhine bozma nedeni yapılamaz (CMK 290).

Bozma kararının ilk derece mahkemesinin hükmüne mi yoksa bölge adliye mahkemesinin hükmüne mi yönelik olduğu noktasında öğretide görüş ayrılıkları bulunmaktadır.¹⁰⁰ Kanaatimizce, bozma kararı bölge adliye mahkemesinin hükmüne ilişkin olabileceği gibi ilk derece mahkemesi ve bölge adliye mahkemesinin hükümlerine ilişkin de olabilir. Yargıtay'ın bozmadan sonra kararı gönderebileceği mahkeme üzerinden değerlendirme yapılması gerekmektedir. İstinaf başvurusunun esastan reddi kararının temyiz edilmesi sonucunda, bozma kararı verilmesi durumunda, karar ilk derece mahkemesine gönderildiği için bozma kararının her iki hükme yönelik olduğunun; hukuka aykırılığı gidererek esastan reddine ilişkin kararın temyiz edilmesi sonucunda bozma kararı verilmesi durumunda ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesine gönderilmesi bakımından Yargıtay'ın takdir yetkisi olduğu üzerinden bozma kararının her iki hükme yönelik olabileceği gibi yalnızca bölge adliye mahkemesi kararına yönelik de olabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bölge adliye mahkemesi tarafından duruşma açılması ve yeni bir hüküm verilmesi durumunda ise bozma kararı bu hükme yönelik olacaktır. Son olarak, bölge adliye mahkemesi tarafından düşme kararı verildikten sonra yapılan temyiz incelemesinde verilecek bozma kararı yalnızca düşme kararına yöneliktir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, bozma sebe-

⁹⁷ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.985.

⁹⁸ Kunter, Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s.1062.; Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.411.

⁹⁹ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.823.

¹⁰⁰ Konuya ilişkin detaylı inceleme için bkz. Kaymaz, Yargıtay Bozma Kararı Üzerine Yapılan Yargılama, s.293-322.

bi olmamakla birlikte diğer hukuka aykırılıklar da bozma kararında belirtileceği için, Yargıtay'ın bozma kararı hangi hükmü yönelik olursa olsun, diğer hükümdeki hukuka aykırılıkları da içerir. Dolayısıyla düşme kararının kaldırılmasıyla birlikte ilk derece mahkemesinin de hükmündeki hukuka aykırılıkların belirtilmesi durumunda, bölge adliye mahkemesi tarafından duruşma açılması ve hukuka aykırılıkların da giderilmesi gerekmektedir.¹⁰¹ Burada ayrıca, davaların birlikte görülmesi ve delillerin değerlendirilmesi veya içtima, etkin pişmanlık gibi gerekçelerle verilen bozma kararlarının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumlarda ilk derece mahkemesinin hükmünün bozulmadığının kabul edilmesi durumunda davaların birleştirilmesi mümkün olmayacaktır.¹⁰² Öğretide, CMK'nın 307. maddesinin 3. ve 4. fıkraları kapsamında, bölge adliye veya ilk derece mahkemesinin direnme hakkı olduğu üzerinden, bozulan kararın ancak uyma kararı verildiğinde ortadan kalktığı ileri sürülmektedir.¹⁰³ Bununla birlikte, Yargıtay'ın da kabul ettiği üzere,¹⁰⁴ kanaatimizce, bozma kararı ile hüküm ortadan kaldırılmaktadır.

Öğretide sanık lehine temyiz yoluna gidilen hallerde aleyhe değiştirme yasağı nedeniyle yalnızca cezayı artırma sonucunu doğuracak bir hukuka aykırılıktan dolayı bozma kararı verilmemesi gerektiği ifade edilmekle birlikte,¹⁰⁵ CMK'nın 307. maddesinin 5. fıkrası kapsamında düzenlenen aleyhe değiştirme yasağı bozma kararı sonrası verilecek yeni hükme ilişkindir ve bozma kararı verilmesi üzerinde herhangi bir etkiye sahip değildir .

CMUK döneminde bozulmayan noktaların onandığının kabul edilemeyeceği belirtilmekteydi.¹⁰⁶ Aynı şekilde Yargıtay'da CMUK

¹⁰¹ Dosyanın gönderileceği mahkemenin yapacağı bir işlem olmadığını görüşü için bkz. Kaymaz, Yargıtay Bozma Kararı Üzerine Yapılan Yargılama, s.311.

¹⁰² Kaymaz, Yargıtay Bozma Kararı Üzerine Yapılan Yargılama, s.303.

¹⁰³ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.985.

¹⁰⁴ "Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun istikrar kazanmış uygulamalarına göre, bir hüküm bozulmuş olmakla tamamen ortadan kalkacağından, mahkemelerce direnme kararı verilirken, CMK'nın 230, 231 ve 232. maddelerine uygun bir hüküm kurulması zorunlu olup, aksi hal CMUK'un 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gereğince yürürlükte bulunan 308/1. maddesi uyarınca mutlak hukuka aykırılık oluşturmaktadır". Yarg. CGK., T:16.06.2015, E:2015/352, K:2015/230.; Yarg. CGK, T:28.05.2020, E:2018/517, K:2020/220.

¹⁰⁵ Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.411.

¹⁰⁶ Kunter, Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 1096.

dönemine ilişkin kararlarında “*hükmün bir kısmının onandığı sonucunu doğurmayacağı*” üzerinden ilk incelemede yer almayan hukuka aykırılıklar üzerinden bozma kararı vermiştir.¹⁰⁷ CMUK dönemindeki bu yerleşik içtihadın CMK döneminde de devam etmesi gerekmektedir.¹⁰⁸

11.3. Hukuka Aykırılığın Düzeltilmesi (İslah Kararı, İyileştirme)

Hukuka aykırılığın düzeltilmesi, yalnızca hukuki denetim yapılan temyiz kanun yolu için istisnai bir düzenlemedir. Davanın esasına ilişkin karar verilmesi öğretide iki temel şarta bağlanmıştır: Maddi meselenin yeni bir araştırma yapılmasının gerekmemesi ve mahkemeye bırakılmış değerlendirme yetkisinin söz konusu olmaması.

CMK'nın 303. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen hukuka aykırılığın düzeltilmesi halleri beraat, düşme ve sabit cezaya hükmedilmesi gereken haller; Cumhuriyet Başsavcılığının iddiasına uygun olarak sanığa cezanın en alt derecesine uygulamayı uygun gördüğü haller; yalnızca kanunun madde numarasının yanlış yazılmış olması; sonradan yürürlüğe giren bir düzenleme ile suçun yaptırımını azaltılması veya hareket suç olmaktan çıkarılması; yaş küçüklüğü hükümlerinin uygulanmaması veya yanlış uygulanması; cezada artırım veya indirim yapılırken matematiksel hata yapılması; TCK m. 61'in uygulanmasında hata yapılması veya yargılama giderleri veya ücret tarifesine aykırı karar verilmesi şeklindedir.

Yargıtay'ın vereceği hukuka aykırılığın düzeltilmesi kararı da - bozma kararına ilişkin görüşümüzle uyumlu olarak - bölge adliye mahkemesi kararına ilişkin olabileceği gibi ilk derece mahkemesinin hükmüne de ilişkin olabilir¹⁰⁹.

Yargıtay'ın vereceği hükmün açıklanması bakımından CMK'nın

¹⁰⁷ Yarg. 5.CD, T:27.02.2018, E: 2017/4057, K: 2018/1303. (Bahsetmiş olduğumuz karar CMUK dönemindeki temyiz hükümlerinin yürürlükte olduğu zamanki hükümler için yapılan bir değerlendirme olsa da CMK dönemindeki temyiz için de geçerliliğini korumaktadır.)

¹⁰⁸ Aynı yönde bkz. Aygün-Eşitli, Yargıtay'da Hükmün Bozulmasından Sonra Davaya Yeniden Bakacak Mahkemenin İşlemleri ve Soruşturmanın Genişletilmesi Yasağı, s.133.

¹⁰⁹ Aksi yönde bkz. Kaymaz, Yargıtay Bozma Kararı Üzerine Yapılan Yargılama, s.304.

305. maddesi, CMK'nın 231. maddesine atıf yapmaktadır. Öğretide CMK'nın 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebileceği belirtilmektedir. Ancak kanaatimizce CMK'nın 305. maddesinde yer alan "açıklanır" ifadesi uyarınca lafzi yorum yapılarak Yargıtay'da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyeceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Temyiz kanun yolunun hukuki derece olmasını göz ardı eden, HAGB kararı verilebileceğinin kabul edilmesi görüşü aynı zamanda farklı noktalardan eleştirilebilmektedir. Öncelikle yukarıda da bahsettiğimiz gibi bu şekilde Yargıtay'ın karar verebilmesi için yeni bir araştırma yapılmasının gerektirmemesi ve mahkemeye bırakılmış bir değerlendirme yetkisinin bulunmaması gerekir. Oysaki HAGB'nin verilebilmesi için HAGB'nin subjektif koşulu olan CMK'nın 231. maddesinin 6. fıkrasının (b) bendi gereği mahkemenin "*sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği*" hususunda kanaate ulaşması gerekir. Ayrıca CMK 305. maddesinin yürürlük tarihi 01.06.2005 iken 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 8. maddesi uyarınca uygulanma tarihi 20.07.2016'dır. Bu kapsamda CMK'nın 305. maddesinde yer alan atfın CMK'nın 231. maddesinin ilk haline olduğunun kabul edilmesi gerekir. Üçüncü olarak HAGB kararı verilebilmesi için, "*sanığın kişisel özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varıl*"mış olması gerekmektedir. Birlikte, duruşma açılması Yargıtay'ın takdir yetkisine bırakıldığı için duruşma açıldığı takdirde HAGB kararı verilebilmesi, aksi takdirde verilememesi şeklinde hakaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Aynı şekilde uygulamada Ceza Genel Kurulu incelemelerinde duruşma açılması kabul edilmediği için direnme kararı sonrasında HAGB verilmesinin mümkün olmamasına rağmen daire kararlarında HAGB verilebilmesi durumu da ortaya çıkacaktır.

11.4. Düşme

Düşme sebebi söz konusu olduğunda, Yargıtay esastan ret, ıslah veya bozma kararlarından farklı olarak uyuşmazlığın esası hakkında karar verme aşamasına geçmeden de derhal düşme kararı verebilir. Yargılamanın sonundan düşme sebebinin fark edilmesi durumunda,

yalnızca sanık aleyhine karar verilmesi gerekiyorsa düşme kararının verilmesi gerekir (CMK m.223/9).¹¹⁰ Ancak düşme sebebi ile ilgili araştırma yapılması gerekiyorsa, Yargıtay bozma kararı vermekle yetinmektedir. Sanığın ilk derece mahkemesi tarafından verilen hükümden sonra temyiz başvurusu aşamasında ölümü durumunda, Yargıtay tarafından doğrudan düşme kararı verilmemekte, bu hususta araştırma yapılması için bozma kararı verilmektedir.¹¹¹

Zamanaşımı süresinin temyiz başvurusu yapıldıktan sonra ve fakat CMK'nın 296. maddesi kapsamında hükmü veren mahkeme tarafından temyiz başvurusu hakkında karar verilmeden geçmesi entresan sorunlara neden olabilecek niteliktedir. Temyiz başvurusunun, temyiz koşullarını taşımadığı varsayımında, temyiz başvurusu ile CMK'nın 293. maddesi uyarınca hükmün kesinleşmesi engellendiğine göre hükmü veren mahkeme tarafından yapılacak incelemede temyiz başvurusunun CMK'nın 296. maddesi gereğince reddedilmesi gerekirken, düşme kararının verilmesi gerekmektedir. Ancak hükmü veren mahkeme temyiz başvurusunu reddederse, CMK'nın 296. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Yargıtay'dan *"bu hususta bir karar vermesi"* talep edilebilir. Bu durumda ise Yargıtay yalnızca temyiz başvurusuna ilişkin karar verebileceği için temyiz başvurusunu reddetmesi gerekir. Söz konusu sorunun çözülmesi için temyiz aşamasının zamanaşımını durduran bir sebep olarak sayılması görüşü¹¹² kanun koyucu tarafından kabul görmemiştir.

¹¹⁰ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.989; "Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun süreklilik gösteren bir çok kararında açıkça vurgulandığı üzere, yargılama yapılmasına engel olup davayı düşüren hâllerden biri olan dava zamanaşımının yargılama sırasında gerçekleşmesi hâlinde, yerel mahkeme ya da Yargıtay, resen zamanaşımı kuralını uygulayarak kamu davasının düşmesine karar verecektir". Yarg. CGK, T:05.10.2021, E:2018/392, K:2021/444.

¹¹¹ "Hükümden sonra UYAP sistemi üzerinden MERNİS'ten alınarak dosyasına konulan nüfus kayıt örneğinde, sanığın 22.08.2019 tarihinde öldüğünün belirtilmesi karşısında; bu hususun araştırılarak, ölmüş olduğunun tespiti halinde hakkındaki kamu davasının 5237 sayılı TCK'nın 64/1. maddesi uyarınca düşmesine karar verilmesinde zorunluluk bulunması, Bozmayı gerektirmiş, Cumhuriyet Başsavcısının temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmüş olduğundan, diğer yönleri incelenmeksizin hükmün bozulmasına, 23.12.2021 tarihinde oy birliği ile karar verildi". Yarg. 10.CD., T:23.12.2021, E:2021/12630, K:2021/14270.

¹¹² Erem, Ceza Usulü Hukuku, s.587.

12. Yargıtay Hükümünün Gönderileceği Mercı

Esastan ret veya hukuka aykırılığın düzeltilmesi kararları, CMK'nın 304. maddesinin 1. fıkrası uyarınca ilk derece mahkemesine gönderilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına verilir. Kararın bir örneği ise bölge adliye mahkemesine gönderilir. (CMK m.304/1)

Bozma kararları ise, CMK'nın 307. maddesinin 1. fıkrası uyarınca dosyayı davaya yeniden bakacak mahkemeye gönderir. CMK'nın 304. maddesinin 2. fıkrası uyarınca gönderilecek mahkeme belirlenir. Yargıtay dosyayı hükmü bozulan bölge adliye mahkemesine gönderebileceği gibi diğer bir bölge adliye mahkemesine de gönderebilir. Ancak, bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunu esastan reddine ilişkin kararın temyiz edilmesi durumunda kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilir. Bu düzenlemeler bazı sorunlara neden olmaktadır. İlk olarak, istinaf başvurusunun süresi içinde yapılmaması rağmen bölge adliye mahkemesi tarafından esastan ret kararının temyiz edilmesi durumunda, istinaf başvurusunun süresi içinde yapılmamış olması nedeniyle bozulması ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine neden olmaktadır.¹¹³ Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, bu durumlarda hukuka aykırılığın düzeltilerek temyiz başvurusunun reddine karar verilmesi gerekmektedir.¹¹⁴ Aksi takdirde ilk derece mahkemesi tarafından verilecek uyma veya direnme kararı ile birlikte, istinaf başvuru süresi geçirilmiş dosyanın temyiz incelemesinin yapılmasının önü açılmaktadır. İkinci olarak, davaların birleştirilmesi gerekçesiyle bozma kararı verilmesi ve dosyanın bölge adliye mahkemesine gönderilmesi durumunda, davaların birleştirilebilmesi için her iki davanın da istinaf aşamasında bulunması gerektiği üzerinden, bölge adliye mahkemeleri bozma kararı vererek dosyayı ilk derece mahkemesine göndermektedir.¹¹⁵ İlk derece mahkemesinin de hükmünün bozma kararıyla ortadan kalktığı kabul edildiğinde, bizim de katıldığımız görüş uyarınca, bu şekilde bir uygulamanın yapılması mümkün görünmemektedir ve bu yönde düzenleme yapılması gerekmektedir.¹¹⁶

¹¹³ Yarg. 14. CD, T:21.03.2019, E:2018/8934, K:2019/8421.

¹¹⁴ Kaymaz, Yargıtay Bozma Kararı Üzerine Yapılan Yargılama, s.306.

¹¹⁵ Ankara BAM, 7. CD, T:30.11.2018, E:2018/1452, K:2018/1831.

¹¹⁶ Kaymaz, Yargıtay Bozma Kararı Üzerine Yapılan Yargılama, s309-311.

Ayrıca, bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunda hukuka aykırılığı gidererek esastan reddine ilişkin kararın temyiz edilmesi durumunda Yargıtay dosyayı ilk derece mahkemesine gönderebileceği gibi, bölge adliye mahkemesine de gönderebilir.¹¹⁷ Kanun'da hangi kritere göre Yargıtay'ın dosyayı bölge adliye mahkemesine veya ilk derece mahkemesine göndeceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Doktrinde bir görüş bu durumda bozma sonrası maddi vakıalara ilişkin araştırma yapılması gereken durumlarda ilk derece mahkemesine, hukuki sebeplerle ilgili değerlendirme yapılması gereken durumlarda bölge adliye mahkemesine gönderilmesi gerektiği kabul etmektedir.¹¹⁸ CMK 289/1-d'de yer alan hukuka kesin aykırılık hallerinden biri olan görevli veya yetkili olmayan mahkeme tarafından hüküm verilmesi nedeniyle bozma kararı verilmesi durumunda dosya görevli veya yetkili olan mahkemeye gönderilir (CMK 304/3).

Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi durumunda, bölge adliye mahkemesine dosyanın bir örneğinin gönderilmesi gerekir.¹¹⁹

¹¹⁷ CMK 304/2'ye göre verilen bozma kararında dosyanın başka bir bölge adliye mahkemesine gönderilmesi mümkünken, başka bir ilk derece mahkemesine gönderilmesi mümkün değildir. Seydi Kaymaz, "Yargıtay Bozma Kararı Üzerine Yapılan Yargılama", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y:14, S:40, Ağustos-2019, s.308.

¹¹⁸ Kaymaz, Yargıtay Bozma Kararı Üzerine Yapılan Yargılama, s.308.

¹¹⁹ CMK m. 304 aşağıdaki gibidir:

(1) Yargıtay'ca 302'nci maddenin birinci fıkrası veya 303'üncü madde uyarınca verilen kararlara ilişkin dosya ilk derece mahkemesine, kararın bir örneği ise bölge adliye mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına verilir.

(2) Yargıtay, dosyayı 303 üncü maddede belirtilenlerin dışında kalan hâllerde yeniden incelenmek ve hüküm verilmek üzere hükmü bozulan bölge adliye mahkemesine veya diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderir. Ancak bozma kararı,

a) İstinaf başvurusunun esastan reddi kararına ilişkin ise dosya, gereği için kararı veren ilk

derce mahkemesine,

b) Hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddi kararına ilişkin ise dosya, gereği için kararı veren ilk derece mahkemesine ya da bozma kararının içeriği doğrultusunda Yargıtayca uygun görülmesi halinde bölge adliye mahkemesine gönderilir. Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği hallerde, kararın bir örneği de bölge adliye mahkemesine gönderilir.

(3) Hüküm, mahkemenin hukuka aykırı olarak kendisini görevli veya yetkili görmesinden dolayı bozulmuşsa, Yargıtay aynı zamanda dosyayı görevli veya yetkili mahkemeye gönderir.

(4) İlk derece mahkemesi tarafından doğrudan temyiz yolu açık bulunan hükümlerle ilgili olarak verilen karara ilişkin dosya, hükmü veren ilk derece mahkemesi-

13. Bozmadan Sonraki İnceleme

Bozma kararını takiben davaya bakacak olan mahkeme, duruşma açarak ilgililerden bozmaya ilişkin görüşlerini sorar (CMK m.307/1). Bu duruşma uyup uymama konusunda bir karar verilince sona erer ve ancak bu karar verildikten sonra yeni bir duruşma başlayacaktır.¹²⁰ Uyma veya bozma kararı verebilmek için soruşturmanın genişletilmesi mümkün değildir.¹²¹ Ayrıca uygulamada hatalı olarak bozma kararı na yönelik hükmün bazı kısımlarına direnme bazı kısımları hakkında uyma kararı verilebileceği kabul edilmektedir.¹²²

İlgililerin çağrılmalarına rağmen duruşmaya gelmemeleri durumunda davaya devam edilebilir ve duruşma bitirilebilir olsa da sanık hakkında verilecek ceza, bozmaya konu olan cezadan daha ağır olduğunda mutlaka dinlenmelidir. Uygulamada aleyhe değiştirme yasağının söz konusu olduğu durumlarda çağrılmasına rağmen gelmeyen sanık hakkında karar verilmesi bozma nedeni olarak kabul edilmemektedir.¹²³ Kanaatimizce söz konusu kabul aleyhe değiştirme yasağını yalnızca süre bakımından değerlendirerek ve suç tipine bağlı hak yoksunluklarına ilişkin oluşabilecek farklılıkları göz önünde bulundurmadığı için hatalıdır.¹²⁴

Bozmadan sonraki incelemeye ilişkin bir diğer önemli sorun ise davaya katılma hususudur. Bozma kararı ile birlikte ilk derece mahkemesinin kararının da bozulduğunu kabul ettiğimiz için, kanaatimizce katılmanın mümkün olduğu görüşü isabetlidir.¹²⁵

ne gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına verilir.

¹²⁰ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.994.

¹²¹ Aygün-Eşitli, Yargıtay'da Hükmün Bozulmasından Sonra Davaya Yeniden Bakacak Mahkemenin İşlemleri Soruşturmanın Genişletilmesi Yasağı, s. 139.

¹²² Yarg. CGK., T: 15.04.2008, E:32, K: 82 karar ve görüş için bkz.Koç Ziya, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uymadan Sonra Serbestlik İlkesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C:14, S:149, 2019, s.51.

¹²³ Yarg.1.CD., T:18.12.2013, E:4901, K:7893.; Karar ve aynı yönde görüş için bkz. Kaymaz, Yargıtay Bozma Kararı Üzerine Yapılan Yargılama, s.313; aynı yönde bkz. Aygün-Eşitli, Yargıtay'da Hükmün Bozulmasından Sonra Davaya Yeniden Bakacak Mahkemenin İşlemleri ve Soruşturmanın Genişletilmesi Yasağı, s.134.

¹²⁴ Yargıtay, aleyhe değiştirme yasağının yalnızca cezalara ilişkin olduğunu ve güvenlik tedbirlerini kapsamadığını kabul etmektedir. Yarg. CGK, 20.12.2011, E:2011/219, K:2011/280.

¹²⁵ Bozma kararından sonra hüküm ortadan kalktığı için davaya katılmanın da mümkün olduğu kabul edilmektedir. Kaymaz, Yargıtay Bozma Kararı Üzerine Yapılan Yargılama, s.319.

Son olarak bozma sonrası ilk derece mahkemesi tarafından verilen karara karşı doğrudan temyiz kanun yolu öngörülmüştür. Kanaatimizce “sıçramalı temyiz” olarak değerlendirilmemesi gereken¹²⁶, bu düzenleme bölge adliye mahkemesi kararları bakımından öngörülmemiştir¹²⁷.

13.1. Direnme

Yargıtay’ın bozma kararına karşı direnme, CMK’nın 307. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili düzenleme uyarınca, dosyanın gönderildiği mahkemenin direnme hakkı vardır. CMUK döneminde, Yargıtay hukuka aykırılık denetimi kapsamında uygulamada maddi vakıa denetimi de yaptığı için direnme hakkının bulunması ağırlıklı olarak eleştirilmiyordu. Ancak doktrinde bir görüş mahkemenin direnme kararı verememesi gerektiğini de kabul etmekteydi.¹²⁸

Yalnızca direnme kararı verilmiş olması, yeniden duruşma açılarak verilecek karara doğrudan direnme kararı niteliği kazandırmaz. Direnme kararı verildikten sonra, kararına direnilen dairenin kararı yerinde görmemesi durumunda dosya Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na gönderilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Yargıtay İç Yönetmeliği’nin 27. maddesi uyarınca ön sorun karara bağlanır. Bu kapsamda “a) Yerel Mahkeme kararının eylemli uyma sonucu verilen yeni hüküm niteliğinde olup olmadığı, b) Yeni hüküm niteliğinde olmadığına kabulü hâlinde, aleyhe olan bozma kararına karşı sanığın beyanı alınmadan direnme kararı verilip verilemeyeceği”¹²⁹ incelenir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun içtihatlarına göre, şeklen direnme kararı verilmiş olsa dahi bozma kararı doğrultusunda işlem yapılması, bozma kararında tartışılması gereken hususların tartışılması, bozma sonrasında yapılan araştırma, inceleme veya yeni delillere dayanılması veyahut yeni ve değişik gerekçeler ile sonradan yürürlüğe giren hükümlere dayanılması durumunda verilen karar direnme kararı olarak kabul edilemez. Bu nitelikteki kararlara “eylemli uyma sonucu verilen yeni hüküm” denilmektedir.¹³⁰ Bu kararlar yeni hüküm olarak kabul edildiği için Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından inceleme yapılmaksızın dosya ilgili daireye tevdi edilmektedir.

¹²⁶ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.964.

¹²⁷ Kaymaz, Yargıtay Bozma Kararı Üzerine Yapılan Yargılama, s.326.

¹²⁸ Erem, Ceza Usulü Hukuku, s.614.

¹²⁹ Yarg. CGK, T:28.09.2021, E:2020/365, K:2021/426,

¹³⁰ Yarg. CGK, T:28.09.2021, E:2020/365, K:2021/426.

Direnme kararı verildikten sonra yeniden duruşma açılarak yeni bir hüküm kurulması gerekmektedir.¹³¹ Öğretide, CMK'da CMUK'un 308. ve 326. maddelerinin karşılığı olmadığı üzerinden direnme kararı verilmesi durumunda yeniden duruşma açılması gerekmediğini iddia edenler¹³² bulunmakla birlikte, CMK'nın 307. maddesinin CMUK'un 326. maddesinin tekrarı niteliğinde olduğu göz önünde bulundurulduğunda direnme kararı sonrasında yeniden duruşma açılması gerektiğinin kabul edilmesi gerekir. Aksi takdirde, usule aykırılık nedeniyle bozma kararı verilmesi gerekir.¹³³

Direnme kararı, kararına direnilen daireye gönderilir.¹³⁴ Daire yerinde görürse kararı düzeltir, görmezse dosyayı Ceza Genel Kuruluna gönderir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarına karşı direnilemez. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından yapılan inceleme de bir temyiz incelemesi olduğu için genel kurallar uyarınca inceleme yapılır.

13.2. Uyma

Uyma kararından sonra yapılan duruşma, bozmadan önceki duruşmanın devamı niteliğindedir. Uyma kararı verilmesinden sonra bu kararın geri alınması mümkün değildir.¹³⁵ Bu nedenle, yukarıda da belirtildiği üzere, davetiyenin sanığa tebliğ edilememesi veya tebliğ edilmesine rağmen sanığın gelmemesi hallerinde gıyapta davanın bitirilebileceği kabul edilmektedir (CMK m.307/2). Ancak verilecek ceza daha ağır ise sanık mutlaka yeniden dinlenecektir.

Uymadan sonra serbestlik ilkesi uyarınca, dosyanın gönderildiği mahkeme Yargıtay'ın görüşü ile bağlı olmadığı gibi uyma kararıyla ortadan kalkmış bulunan eski kararı ile de bağlı olmadığı belirtilmek-

¹³¹ Çınar, Temyiz Kanun Yolu, 168-169, Kaymaz, Yargıtay Bozma Kararı Üzerine Yapılan Yargılama, s.321, Erdem, Şentürk, Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, s.235.

¹³² Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma-Gezer/Saygılar-Kırıt/Alan-Akcan/Özaydın/Erden-Tütüncü/Altınok-Villemin/Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 754.

¹³³ Yarg. CGK, T:19.09.2006, E: 2006/11-163, K: 2006/189.

¹³⁴ Ancak 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun'un 38. maddesi ile 5230 sayılı Kanun'a eklenen geçici madde 10/2 ile 24.11.2016 tarihinde Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nda olan dosyalar, kararına direnilen dairelere gönderilmiştir.

¹³⁵ Yarg. CGK. 09.10.2012, E:841, K:1808; Yarg. CGK., T:25.09.2012, E:426, K:1787, Yarg.6.CD., T:19.02.2009, R:21163, K:3498; Kararlar ve görüş için bkz. Koç, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uymadan Sonra Serbestlik İlkesi", s.51

tedir.¹³⁶ Ancak uymadan sonra serbestlik ilkesinin iki istisnası bulunmaktadır: eksik soruşturma nedeniyle bozma kararı verilmesi¹³⁷ ve aleyhe değiştirme yasağı. Uyuma kararından sonra gerek olduğu takdirde mahkeme delil toplayarak veya soruşturmayı genişleterek önceki yapmış olduğu yargılamadan farklı sonuçlara ulaşabilir. Ancak uyuma karar verildiği durumlarda Yargıtay tarafından bozma nedeni oluşturan hukuka aykırılıkları mahkemenin düzeltmesi gerekir.¹³⁸

Mahkemenin uyuma kararı verdikten sonra direnme başlığında belirtildiği üzere kararın Ceza Genel Kurulu tarafından “eyemli uyuma” şeklinde değerlendirilmesi durumunda, verilen yeni hüküm Daire tarafından temyiz incelemesine tabi tutulacaktır.

Kanaatimizce, yalnızca sanık aleyhine temyiz başvurusu bulunmakla birlikte sanık lehine bozma kararı verilmesi ve ilk derece mahkemesi tarafından uyuma kararı verilmesi durumunda aleyhe değiştirme yasağının geçerli olması gerektiği görüşü¹³⁹ isabetli değildir.¹⁴⁰ Nitekim aleyhe değiştirme yasağı, temyiz başvurusunun bir sonucudur ve bozma kararının içeriğinin aleyhe değiştirme yasağı bakımından bir etkisi söz konusu değildir.

14. Sirayet (Genişleme Etkisi)

CMK'nın 306. maddesi uyarın ca, bozma kararından, uygulanma olanağını varsa, temyiz isteminde bulunmayan sanıklar da yararlanır. Hem istinaf hem de temyiz kanun yolunda kabul edilen bu düzenlemeden, CMUK'tan farklı olarak “sanık lehine bozulmaması” koşulu kaldırılmıştır.¹⁴¹ Bununla birlikte uygulamada yalnızca lehte olarak esasa karar vermesi durumunda uygulanabilmektedir.¹⁴²

Kural olarak diğer sanıkların bozma kararından faydalanabilmesi için, Yargıtay'ın diğer sanıklar bakımından da hükmü bozması gere-

¹³⁶ Toroslu/Fezyioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.432.

¹³⁷ Yarg. CGK, T:24.02.2015, E:2013/1-622, K:2015/16.

¹³⁸ Aygün-Eşitli, Yargıtay'da Hükümün Bozulmasından Sonra Davaya Yeniden Bakacak Mahkemenin İşlemleri, s.137.

¹³⁹ Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.1116.

¹⁴⁰ Toroslu/Fezyioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.434.

¹⁴¹ Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.988.; Öğretide bazı yazarlar, CMUK ile CMK arasında bir farklılık bulunmadığını ileri sürmektedir. Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.769.

¹⁴² Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.989

kir. Ancak Yargıtay'ın bu kapsamdaki ihmali, temyiz talebinde bulunmayan diğer sanıkların bu bozma kararından yararlanmasını engellemez. Aynı zamanda temyiz etmeyen sanıkların herhangi bir işlemde bulunmasına da gerek yoktur.¹⁴³ Temyiz isteminde bulunmamış olan diğer sanıklara da uygulanması olanağı varsa, bu sanıklar da temyiz isteminde bulunmuşçasına hükmün bozulmasından yararlanırlar.

Yargıtay, hükmü temyiz etmeyen sanığın sirayet üzerine verilen yeni hükmü temyiz hakkı olmadığını kabul etmektedir.¹⁴⁴ Ancak 6. Ceza Dairesi güncel bir kararında “...Any. m. 36, AİHS m. 6, (7) No.'lu Ek Protokol m. 2/1, 5320 SK m. 8/1 ve 5271 sayılı CMK'nın m. 306, 260 ve devamı hükümleri uyarınca önceki hükmü temyiz etmeyen sanığın sonradan verilen hükmü temyiz edebileceğini” kabul etmiştir.¹⁴⁵

Son olarak düşme kararının sirayet etkisinin bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir. Temyiz aşamasında zamanaşımı süresinin geçmesi durumunda, Yargıtay CMUK döneminde düşme kararının da sirayet etkisinin bulunduğunu kabul etmekteydi.¹⁴⁶ Ancak CMK döneminde, temyiz etmeyen sanık hakkında hükmün kesinleştiği ve zamanaşımının gerçekleşmediğini kabul etmektedir.¹⁴⁷ Şikâyetten vazgeçilmesi durumunda, şikâyetten vazgeçme kabul edilmesi şartına

¹⁴³ Erem, Ceza Usulü Hukuku, s.607.

¹⁴⁴ “...sirayet kurumunun, koşulları olduğu takdirde, hükmü temyiz edenler lehine oluşacak durumdan, temyiz yoluna başvurmayan, süresinden sonra başvuran veya temyize başvurmakla beraber başvurusu kabul edilmeyen sanıkların da yararlanmalarının sağlanması suretiyle, bu kişilerin temyiz edenlerden daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaları adaletsizliğini giderme yani bozmanın sirayetinde, sadece bozma kararının sonucundan yararlandırılması amaçlanmıştır. Aksi düşüncenin kabulünün usul hukukundaki belirsizliği önlemeye dönük temyiz ve itiraz sürelerinin konuluş amacı ile bağdaşmayacak ve kesinleşme sürecinin öngörülebilirliğini ortadan kaldıracak olması nedeniyle; ilk hükmü temyiz etmeyen sanık ...'ın, yalnızca inceleme dışı sanık hakkındaki lehe bozmanın sonucundan yararlanması nedeniyle, Yerel Mahkemece kurulan ikinci hükmü temyiz etme hakkı bulunmadığının kabulü gerekmektedir”. Yarg. CGK, T:21/05/2019, E:2018/171, K:2019/453, ; CMUK döneminde de aynı yönde kararlar verilmekteydi. CGK 12.7.1948, E.163, K. 1-21, aktaran Erem, Ceza Usulü Hukuku, s.608.

¹⁴⁵ Yarg. 6.CD, T:09.11.2021, E:2021/20866, K:2021/17493; Aynı yönde Bkz. Erem, Ceza Usulü Hukuku, s.608.

¹⁴⁶ 2. CD 25.5.1959, 1071/1919 aktaran Erem, Ceza Usulü Hukuku, s.609.

¹⁴⁷ “Resmî belgede sahtecilik suçu yönünden hükmü temyiz etmeyen sanık ... hakkında atılı suçtan verilen mahkûmiyet hükmünün dava zamanaşımı süresi içerisinde kesinleştirildiği anlaşılmakla, temyiz talebi bulunmayan bu sanık yönünden resmî belgede sahtecilik suçu bakımından dava zamanaşımının gerçekleşmediği anlaşılmıştır”. Yarg. 11.CD, T:21.09.2021, E:2021/34229, K:2021/6904.

bağlı olduğu için düşme kararı doğrudan sirayet etmez. Bu durumlarda Yargıtay kanun yararına bozma isteminde bulunup bulunulmayacağına dair karar verilmesi için dosyayı Adalet Bakanlığı'na sunmaktadır.¹⁴⁸

SONUÇ

CMK'nın istinaf ve temyiz kanun yoluna ilişkin hükümleri 20.07.2016 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. CMUK dönemindeki içtihatlar ve kısa süreli uygulama sonucunda çıkarımlarımız aşağıdaki şekilde sıralanabilir.

1. Hukuki derece kanun yolu olan temyiz kanun yolunun başlıca iki amacı bulunmaktadır: verilen hükümlerin hukuka uygun olup olmadığını denetlemek ve içtihat birliği oluşturmak. Bununla birlikte, denetim ve içtihat birliği amaçlarıyla açıklanamayacak sınırlamalar getirilmiştir. Yargıtay ise söz konusu sınırlamalardan bir bölümünü yorum yoluyla genişletmeye veya daraltmaya gitmektedir.
 - a. CMK'da temyiz re'sen temyiz incelemesi kaldırılmış ve temyiz başvurusunda sebep gösterme zorunluluğu ile sebeple bağlılık kuralları getirilmiştir.
 - b. Öngörülen temyiz yasağına CMK'nın 286. maddesinin 3. fıkrası uyarınca belirli suçlar bakımından istisna getirilmiştir. Söz konusu uygulama ifade özgürlüğüne ilişkin daha kapsamlı koruma sağlama amacıyla açıklanmakla birlikte, ifade özgürlüğü sınırında yer alan her suç tipinin bulunmaması ve istisnai olarak belirli maddelerin seçilmesi önemli bir eksikliklerdir.
 - c. Suçun nitelikli halinin bulunması durumunda temyiz yasağı kapsamında, suçun nitelikli hali üzerinden soyut ceza belirlenmesi yapılarak temyiz edilebilen bir hüküm olup olmadığı belirlenmektedir.
 - d. Bölge adliye mahkemesi tarafından aleyhe değiştirme yasağı kapsamında daha ağır cezaya hükmedilmesi gerekmesine rağmen sonuç cezanın arttırılmadığı durumlarda, temyiz başvurusunda hükmedilmesi gereken ceza üzerinden değerlendirme yapılmaktadır.

¹⁴⁸ Yarg. 6. CD, T:22.12.2021, E:2021/24184, K:2021/20208.

- e. Yargıtay, CMUK döneminde var olan, suçun niteliğinin yanlış belirlenmesi iddiasıyla yapılan başvurularda, kararın temyiz edilebilir olup olmadığına ilişkin belirlemeyi cezası en ağır suç üzerinden yapmaktadır. Kanaatimizce, silahların eşitliği ilkesi ile bağdaşmayan bu uygulamada, kanun koyucu “suç niteliğini değiştirmeyen” ifadelerini, 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun’un 78. maddesi uyarınca “her türlü” şeklinde değiştirerek iradesini ortaya koymuştur.
2. Temyiz başvuru süresine ilişkin eleştiriler sonucunda 20.07.2017 tarihli 7035 sayılı Kanun’la, süre 15 güne çıkartılmış olmakla birlikte, gerekçeli karar üzerine verilecek ek süre bakımından 7 günlük süre varlığını devam ettirmektedir. Temyiz sebepleri ve süre sınırının daha detaylı incelenmesi gerekmele birlikte, yalnızca temyiz iradesini göstermek için 15 günlük sürenin öngörülmesine rağmen temyiz sebeplerinin ortaya konulması için 7 gün öngörülmesi hatalıdır. Öğretide CMUK dönemi İBK’larından yola çıkılarak, temyiz sebeplerinin Yargıtay’daki incelemeye kadar sunulabileceği ileri sürülmektedir. Ancak Yargıtay’ın mevcut içtihatlarında, yedi günlük ek dilekçe süresi içerisinde verilen dilekçede temyiz sebebi bulunmaması durumunda, sonradan verilen dilekçeleri kabul edilebilirlik bakımından dikkate almamaktadır. Kanaatimizce, temyiz başvurusunda hükmü veren mahkemenin denetim yetkisi bulunmakla birlikte, ek dilekçenin süresi içinde verilip verilmediği bakımından bir denetim yapması mümkün değildir.
3. Hükmü veren mahkeme tarafından yapılan temyiz başvurusu incelenmesi sonucunda, kanunda belirtilen koşullara uygun olduğu sonuca varıldığında “karşı taraf” a tebliğ edileceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce, yasal düzenlemede “*karşı taraf*” tabirinin kullanılması, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen dilekçenin katılana da tebliğ edilmesi gerektiği için hatalıdır.
4. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından tebliğname verilmesi özel daire tarafından inceleme yapılabilmesi için “ön şart” niteliğindedir. Hüküm bozulduğundan dilekçede açıklanmış olmasa dahi saptanan diğer hukuka aykırılık hallerine de ilam da yer verileceği için, söz konusu tebliğname temyiz başvurusunda belirtilen sebeplerle bağlı değildir. Aynı şekilde tebliğname, hükmü temyiz eden aleyhine veya sanık aleyhine sonuç doğurabilecek görüş içeriyorsa taraflara tebliğ olunur. Aksi takdirde dosyanın iadesine karar verilir.

5. Duruşmalı temyiz incelemesi bakımından, uygulamada on yıl ve üzeri hapis cezası ile birlikte bu sınırın altında hapis cezası veya güvenlik tedbirine hükmedilmesi durumunda, sanıkların bir kısmı bakımından duruşmalı, diğer kısmı bakımından duruşmasız yargılama yapılmaktadır. Söz konusu uygulama yukarıda belirttiğimiz sebeplerle adil yargılanma ilkesine aykırılık teşkil edecektir.
6. Duruşmalı temyiz incelemesinde, iddia ve savunmaların hangi sırayla açıklanacağına ilişkin, öncelikle temyiz davasını açmış olan tarafa söz verileceğine ilişkin düzenleme, birden fazla temyiz başvurusunun bulunduğu durumlarda ilk sözün kime verilmesi gerektiği noktasında belirsizlikler içermektedir.
7. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından yapılan incelemelerde, uygulamada duruşma açılmamaktadır. Kanaatimizce, duruşma açılmasına herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır.
8. Temyiz başvurusu ve zamanaşımı ilişkisinin incelenmesi gerekmektedir. Gerçekleşme ihtimali düşük olmakla birlikte, temyiz başvurusu yapıldıktan sonra dava zamanaşımı süresinin geçmesi durumunda, Yargıtay'ın düşme kararı vermesi gerekmektedir. Ancak temyiz başvurusunun temyiz sebebi içermemesi durumunda yapılacak kabul edilebilirlik incelemesinde temyiz başvurusunun reddine karar verilmesi gerekmektedir. Söz konusu sorunun çözülmesi için temyiz aşamasının zamanaşımını durduran sebep olarak kabul edilmesi gerekmektedir.
9. Temyiz ve zamanaşımı ilişkisi bakımından, Yargıtay CMUK döneminde düşme kararının sirayet etkisinin bulunduğunu kabul etmekle birlikte, CMK döneminde temyiz etmeyen sanık bakımından hükmün kesinleştiğini ve zamanaşımının gerçekleşmediğini kabul etmektedir.
10. Öğretide karar ve hüküm terimleri üzerinden, istinaf başvurusunun esastan reddi veya hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddi kararlarının hüküm niteliği bulunmadığı üzerinden, temyiz incelemesinde ele alınan kararın ve bozulan hükmün ne olduğuna yönelik görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Kanaatimizce, bölge adliye mahkemesi kararı ve ilk derece mahkemesinin hükmünün birlikte incelenmesi yerinde bir uygulamadır.

- a. Aynı şekilde Yargıtay tarafından verilen bozma kararı veya hukuka aykırılığın düzeltilerek başvurunun esastan reddi bölge adliye mahkemesinin kararına ilişkin olabileceği gibi, bölge adliye mahkemesi kararı ve ilk derece mahkemesi hükmüne ilişkin de olabilir.
11. Yargıtay tarafından bozma kararı verildiği tarihte, hüküm ortadan kalkmaktadır. Direnme veya uyma kararı verilebilmesi üzerinden hükmün bozulmadığı ileri sürülemez.
12. Yargıtay, bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunda hukuka aykırılığı gidererek esastan reddine ilişkin karara ilişkin bozma kararı verdikten sonra dosyayı ilk derece mahkemesine veya bölge adliye mahkemesine gönderebilmektedir. Kanunda herhangi bir kriter öngörülmemekle birlikte, maddi araştırma yapılması gerektiğinde ilk derece mahkemesine aksi durumlarda bölge adliye mahkemesine gönderilmesi gerektiği görüşüne katılıyoruz.
13. Yargıtay'da hükmün açıklanması bakımından CMK'nın 231. maddesine atıf yapılmakla birlikte, temyiz kanun yolunun hukuki inceleme yolu olduğu, kural olarak dosya üzerinden inceleme yapıldığı ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için aranan sübjektif unsur da göz önünde bulundurulurak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmemesi gerekir. Aksi takdirde duruşmalı inceleme ile duruşmasız inceleme arasında hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkacaktır.
14. Sanık aleyhine temyiz başvurusu bulunmakla birlikte sanık lehine bozma kararı verilmesi ve takiben dosyanın gönderildiği mahkeme tarafından uyma kararı verilmesi durumunda öğretide aleyhe değiştirme yasağının geçerli olacağını ileri sürenler bulunmakla birlikte, kanaatimizce aleyhe değiştirme yasağı kanun yoluna başvurunun bir sonucu olduğu için bu durumda söz konusu değildir.
15. Hükmü temyiz etmeyen sanığın, bozma sonrası verilen yeni hükmü temyiz hakkının bulunup bulunmadığı noktasında, Yargıtay'ın farklı yönde kararları bulunmaktadır.
16. Temyiz aşamasında şikâyetten vazgeçilmesi durumunda, temyiz talebinde bulunmayan sanıklar bakımından düşme kararı doğrudan sirayet etmemektedir. Bu durumda, dosya kanun yararına bozma istemi bakımından karar verilmesi için Adalet Bakanlığı'na gönderilmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Balcı Fidan/Öztürk Seyithan, Yargıtay Kararları Işığında Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- Bıçak Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin, 2018.
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2021.
- Cınar Ali Rıza, Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu, Ankara, Turhan, 2006.
- Eker-Kazancı Behiye, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Erdem Mustafa Ruhan/Şentürk Candide, Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018.
- Erem Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Ankara, Sevinç, 1978.
- Gökçen, Ahmet/Balcı, Murat/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- Keskin Serap, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul, Alfa Yayınevi, 1997.
- Kunter Nurullah, Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Kazancı, 1989.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Gezer Özge/Saygılar Kırıt Yasemin F./Alan Akcan Esra/Özaydın Özdem/Erden Tütüncü Efser/Altınok Villemin Derya/Tok Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin, 2020.
- Şahin Cumhur/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Taner Fahri Gökçen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Toroslu Nevzat/Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Savaş, 2019.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C:3, 15. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı Ankara, Adalet, 2021.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021.
- Yurtcan Erdener, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2019.

Makaleler

- Aygün-Eşitli Ezgi, "Yargıtay'da Hükmün Bozulmasından Sonra Davaya Yeniden Bakacak Mahkemenin İşlemleri", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:10, S:2, s.129-147.

- Can Neslihan, "Adil Yargılanma Hakkı Işığında Denetim Muhakemesine Başvuru Hakkı", *MÜHFHAD*, Y:2018, C:24, S:2, s. 766-783.
- Gökçen Ahmet/Çakır Kerim, "Yargıtay, Temyiz İncelemede Hukuki Denetim ve Hukuki Denetimin Sınırları", Dr. Dr. H.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018.
- Gül Yakup, "'Süre Tutum Dilekçesi' ve 'Gerekçeli Temyiz Dilekçesinin' Müdafisi ve Vekil Açısından Olağan Kanun Yollarındaki İşlevi", *İzmir Barosu Dergisi*, S:2008/2, s.32-39.
- Kaymaz Seydi, "Yargıtay Bozma Kararı Üzerine Yapılan Yargılama", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y:14, S:40, Ağustos-2019, s.289-333.
- Keklik Ramazan, "Ceza Yargılamasına İlişkin Temyiz Yasa Yolunda Yargıtay Kararları Üzerine Yapılacak İşlemlerin Kronolojik İncelenmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y:2015, s.186-225.
- Keskin-Kızıroğlu Serap, "Türk Ceza Muhakemesi Kanununda Temyiz Yasayoluna İlişkin Değişikliklere Bakış", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:12, S:159-160, Aralık, 2017, s.179-185.
- Koç Ziya, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uymadan Sonra Serbestlik İlkesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C:14, S:149, 2019, s.47-59.
- Mahmutoğlu Fatih Selami/Talas Serdar, "Avukatların Görev Suçları ve Yargılama Rejimi", *İstanbul Barosu Dergisi*, Ceza Özel Sayısı:1, s.13-38.
- Selçuk Sami, "Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri", *MÜHFHAD*, Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan, Y:2013, C:19, S:2, s. 319-361.
- Sınar Hasan, "Çok Sanıklı Bir Ceza Davasında Temyiz Süreci Devam Ederken, Temyiz Hakkı Bulunmayan Sanıklar Hakkında Ceza İnfazına Başlanabilir mi? Cumhuriyet Davası Özelinde Bir İnceleme", *CHD*, Y:2019, C:12, S:3, s.27-64.
- Sümer Reha, "Cumhuriyet Savcılarının Temyiz Süresi ve Kanun Yoluna Başvuruda Yanılma", *YD*, Y:2006, C:32, S:1-2, s.219-230.
- Şahbaz İbrahim, "Olağan Yasa Yollarından İstinaf ve Temyizde İnceleme", *YD*, T:2017, C:43, S:1, s.107-180.
- Şahin Cumhuriyet, "Kanun Yoluna Başvurma Hakkı Bağlamında Temyiz Edilebilen ve Edilemeyen Kararlar (Ceza Muhakemesinde Kesinlik Sorunu)", *ERÜHFD*, Y:2013, C:8, S:2, s.107-120.
- Şentürk Ekrem, "Ceza Muhakemesinde Temyiz Kanun Yolunda Maddi (Fiil) Sorununun İncelenmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C:14, S: 151, s.466-489.
- Taner Fahri Gökçen, "5237 sayılı CMK'nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar", *Ankara Barosu Dergisi*, Y:2017 S:4, s.49-78.

İDARİ YARGI KARARLARININ YERİNE GETİRİLMESİNDE ZAMANAŞIMI SORUNU

THE PROBLEM OF STATUTE OF LIMITATIONS IN FULLFILLING ADMINISTRATIVE JUDICIAL DECISIONS

Müzeyyen EROĞLU DURKAL*
Aynur HASOĞLU**

Özet: Yargı kararlarının uygulanması hukuki bir gerekliliktir. Bu konuda özellikle idari yargı kararlarının uygulanması amacıyla birtakım düzenlemeler de getirilmiştir. Mevcut düzenlemeler gereğince idari yargı kararlarının geciktirilmeksizin 30 gün içinde gereğinin yerine getirilmesi gerekmektedir. Kararın gereğinin yerine getirilmemesi durumunda kararı yerine getirmeyen idareye karşı maddi ve manevi tazminat davası açılabileceği düzenlenmiştir. Ancak idari yargı kararlarının yerine getirilmesi talebinin herhangi bir zamanaşımı süresine tabi olup olmadığı, tabi ise bu sürenin ne olduğu konusunda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. İptal ve tam yargı davalarında verilen kararların tabi olduğu zamanaşımı süresine, daha çok idari yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle açılacak tazminat davaları özelinde değinilmekle birlikte konuyla ilgili gerek bilimsel gerekse yargısal içtihatlarda da bir birlik yoktur.

Anahtar Kelimeler: İdari Yargı Kararı, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması, Zamanaşımı

Abstract: Enforcement of judicial decisions is a legal requirement. In this regard, some regulations have also been introduced, especially for the implementation of administrative judicial decisions. In accordance with the current regulations, administrative judicial decisions must be fulfilled within 30 days without delay. It is regulated that in case of not fulfilling the requirements of a decision, a lawsuit for pecuniary and non-pecuniary damages can be filed against the administration that does not fulfill the decision. However, there is no regulation in the Code of Administrative Proce-

* Doç. Dr., Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, meroglu@erciyes.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5341-3613

** Dr. Öğr. Üyesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, aynurhasoglu@erciyes.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1679-0241, Makalenin Gönderim Tarihi: 14.04.2022, Kabul Tarihi: 22.08.2022

sure as to whether the request for the execution of administrative judicial decisions is subject to any statute of limitations, and if so, what this period is. Although the statute of limitations on the decisions of action of nullity and full remedy action is mostly addressed in the compensation cases to be filed due to the non-implementation of the administrative judicial decisions, there is no unity in both scientific and judicial jurisprudence on the subject.

Keywords: Administrative Court Decision, Non-implementation of Administrative judgements, Statute of Limitations

GİRİŞ

1982 Anayasası'nın 138. maddesine göre "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*". Benzer düzenleme İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda da bulunmaktadır. Kanun'un 28. maddesine göre idari yargı yerlerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının gereklerine göre idare, kararın tebliğinden başlayarak otuz günü geçmeyecek şekilde gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. 28. maddenin 3. fıkrasına göre; idari yargı kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir. Ancak tazminat davasının açılabilmesi süre konusunda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda bir düzenleme olmadığı gibi gerek bilimsel gerekse yargısal içtihatlarda da birlik bulunmamaktadır. Benzer şekilde iptal davası ve tam yargı davası sonucu verilen kararların yerine getirilmesinin herhangi bir zamanaşımı süresine tabi olup olmadığı konusunda da mevzuat itibarıyla bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu amaçla çalışma, idarenin yargı kararlarını yerine getirmesi bir zamanaşımı süresine tabi midir? Tabi ise bu süre nedir? sorularından hareketle kaleme alınmıştır. Bu kapsamda iptal ve tam yargı davası sonucu verilen kararlar ile idari yargı kararlarının uygulanmaması sonucu açılacak tazminat davaları üzerinde ayrı ayrı durularak bu hususlarda zamanaşımı süresi olup olmadığı irdelenecektir. Çalışmamızda genel olarak Danıştay'ın konuya ilişkin verdiği kararlar ve doktrindeki görüşlere yer verilecek ancak konu bütüncül bir yaklaşımla kendi görüşlerimiz ekseninde şekillenecektir.

I. GENEL OLARAK İDARİ YARGI KARARLARININ UYGULANMASI

Yargı kararlarının yerine getirilmesi hukuk devletinin bir gereğidir.¹ Bu gereklilik gerek Anayasa ile gerekse kanunlarla güvence altına alınmıştır. Yargı kararlarının yerine getirilmesi zorunluluğu genel olarak 1982 Anayasası'nın 138/4. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre *“Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez”*. Hüküm uyarınca yargı kararlarının yerine getirilmesi idare için bir zorunluluk olup idarenin bu konuda takdir yetkisi bulunmamaktadır. Yargılama sonucunda mahkemenin bir karar vermiş olması yeterli olmayıp, ayrıca bu kararın etkili bir şekilde uygulanması da gerekmektedir zira mahkeme kararlarının uygulanması, yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsur olup kararın uygulanmaması hâlinde yargılamanın bir anlamı kalmayacaktır.² Yargı kararlarının yerine getirilmesi Anayasal bir zorunluluk olmakla birlikte kararların yerine getirileceği zaman konusunda Anayasa'da herhangi bir süre öngörülmemiştir.

İdari yargı kararlarının uygulanması ise İdari Yargılama Usulü Kanunu İYUK'un *“kararların sonuçları”* başlığını taşıyan 28. maddesinde iptal davası ve tam yargı davası sonucu verilen kararlar açısından ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca; idari yargı yerlerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olup bu süre hiçbir şekilde kararın

¹ *“Mahkeme kararlarının uygulanması, yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsur olup, kararın uygulanmaması hâlinde yargılamanın bir anlamı kalmayacaktır. Bu nedenle yargı kararlarının uygulanması ‘mahkemeye erişim hakkı’ kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre, yargılama sonucunda mahkemenin bir karar vermiş olması yeterli olmayıp, ayrıca bu kararın etkili bir şekilde uygulanması gerekir. Hukuk sisteminde, nihai mahkeme kararlarını, davanın haklı olan tarafının aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanamaz hâle getiren düzenlemelerin bulunması veya mahkeme kararlarının icrasının herhangi bir şekilde engellenmesi hallerinde, ‘mahkemeye erişim hakkı’ da anlamını yitirir. Mahkeme kararlarının bağlayıcılığını ve gecikmeksizin uygulanmasını sağlayacak etkili tedbirlerin alınması, hukuk devletinin gereklerindedir”*. Anayasa Mahkemesi, 17.06.2015, E: 2014/194, K: 2015/55, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, Erişim: 10.01.2022.

² Anayasa Mahkemesi, 17.6.2015, E: 2014/194, K: 2015/55, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/amk2014-194.htm>, Erişim: 31.01.2022.

idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. Hüküm gereği idare, yargı kararlarını tam ve eksiksiz olarak ve derhal uygulamalıdır.³ Ancak her somut olayın özelliği dikkate alınarak bu süre, kararın tebliğinden itibaren en fazla otuz gündür. Dolayısıyla maddede yer alan otuz günlük süre, idareye tanınan bir hak değil, yargı kararının derhal ve gecikmeksizin uygulanmasına getirilmiş azami bir süredir.⁴ Yargı kararını tebliğ alan idare, ilgilinin başvurusuna gerek kalmaksızın, somut olayın özelliğine göre makul bir süre içinde idari yargı kararını uygulamalıdır. Ayrıca idarenin karara karşı kanun yollarına başvurmuş olması da kararın bu süreler içinde yerine getirilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz⁵.

Yargı kararlarının maddi koşulların el verdiği ölçüde derhal uygulanması gerekliliği idare hukukunun genel ilkelerindedir.⁶ Danıştay kararları incelendiğinde, idari yargı kararlarının süresi içinde yerinde getirilmemesi, idare açısından ağır hizmet kusuru oluşturmaktadır ve İYUK 28/3. maddesi uyarınca idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari

³ “Anayasa’nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası ile 2577 sayılı Kanun’un 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre idare, mahkeme kararlarını derhal ve gecikmeksizin uygulamak zorundadır. İdare, hiçbir durumda hakkında verilen kararları değiştiremez, uygulanmasını geciktiremez, reddedemez veya bu amaçla yeni kararlar yahut yeni idari tedbirler alarak ya da uygulanmasını bir idari kurumun iznine bağlı kılarak bir kararın uygulanmasını dolaylı olarak engelleyemez ve geciktiremez. Bunun yanında bir iptal kararını icra etmenin fiilen veya hukuken imkânsız olduğu –özellikle aynen iadenin söz konusu olduğu- olağanüstü koşullarda dahi idarenin uygulama yükümlülüğü ortadan kalkmamaktadır”. Anayasa Mahkemesi, 02.12.2019, Bireysel Başvuru No: 2016/11026, Resmî Gazete S: 31046, 21.02.2020, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, Erişim: 25.11.2021.

⁴ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 6. Baskı, 2021, s. 754; Ender Ethem Atay, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 254; Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 13. Baskı, 2021, s.740-741; Zehredin Aslan, Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 271; Cengiz Derdiman, İdari Yargının Genel Esasları, Aktüel Yayınları, Bursa, 2.Baskı, 2012, s. 193.

⁵ Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016, s. 429; Evren Altay, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 118; “...idarenin yargı kararları icaplarına göre işlem tesis etmeye mecbur olduğu, aynı zamanda temyize başvurulmuş olmasının yargı kararlarının yürütülmesini durduramayacağı...” Danıştay 5.D, 18.01.1994, E: 1991/2995, K: 1994/41; Danıştay 2.D, 28.11.1978, E: 1977/2481, K: 1978/2407; Danıştay 13.D, 28.05.2018, E: 2014/3359, K: 2018/1887 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, Erişim: 25.11.2021).

⁶ Danıştay 1.D, 20.05.1996, E: 1996/99, K: 1996/105, Aslan, s. 270.

mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilmektedir. Mahkeme kararlarının kamu görevlilerince yerine getirilmemesi halinde açılacak tazminat davaları da ancak idare aleyhine açılabilir. Söz konusu tazminat, yargı kararının yerine getirilmemesinin ikamesi değildir. İdarenin yargı kararını süresinde yerine getirmemesinin bir yaptırımı olup yargı kararının uygulanması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.⁷

İYUK 28/2. maddesine göre “Konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekâlet ücreti ve yargılama giderleri, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren, birinci fıkrada belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yatırılır. Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde ödeme yapılmaması halinde, genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur”. Hüküm kapsamında tam yargı davalarında kararın yerine getirilmesi genel hükümlere göre icra daireleri yoluyla sağlanır. Dolayısıyla bu tür davalarda kararın yerine getirilmemesi nedeniyle zarara uğrama ihtimali oldukça düşük olup zarar ancak idarenin hükümde gösterilen miktarı ödememesi ve mallarının da haczinin mümkün olmaması hallerinde söz konusu olabilir.⁸

İdarelere, tam yargı kararlarının yerine getirilmesi konusunda birtakım tedbirler de öngörülmüştür. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun “ödeneklerin kullanılması” başlıklı 20/d maddesine göre; ilama bağlı borçlar, ilgili kamu idaresinin cari yıl bütçesinden ödenir.

Söz konusu tazminat miktarı kararın yerine getirilmesinin ikamesi değil, sadece idarenin kararı geç yerine getirmesinden dolayı öde-

⁷ Aslan, s. 272; Altay, s. 6; “...T.C. Anayasasının 125., 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 28.maddeleri uyarınca hukuken asıl olan yargı kararlarının yerine getirilmesidir. Başka bir deyişle tazminat ödemek suretiyle yargı kararlarının bertaraf edilmesi mümkün değildir”. Danıştay 6.D, 19.02.1992, E: 1990/848, K: 1992/632, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, Erişim: 25.11.2021; “... tüm bu süreç içinde davacı tarafından açılan davaların davacı lehine, davalı idare tarafından açılan davanın ise davalı idare aleyhine sonuçlandığı, davalı idarenin yargı kararlarının uygulanmasını sürüncemede bırakacak şekilde irade sergilediği ve bu sebeple hizmet kusuru işlendiği açık olup, bu sebeple davacının uğradığı maliyet farkından kaynaklı zararının davalı idarece davacıya ödenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır”. Danıştay 6.D, 31.05.2017, E: 2013/3657, K: 2017/4335, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim: 25.11.2021.

⁸ Aslan, s. 274.

diği tazminat niteliğinde olduğundan aksi durum tazminat ödeyerek yargı kararının yerine getirilmesinin engellenmesi/kararın etkisiz hale getirilmesi sonucunu doğurmaktadır.⁹

Söz konusu hüküm idareye ilam icaplarına göre işlem yapmama olanağı tanımamakta aksine herhangi bir imkânsızlıkla ilam hükümlerine uygun işlem veya eylem yapılmaması halinde dahi ilgilinin hukukunu korumak için konulmuştur.¹⁰

II. ZAMANAŞIMI KAVRAMI

Anlaşmazlıkların, uyuşmazlıkların bir an önce sonuçlandırılmayıp uzatılması toplumun huzur ve güvenini bozabileceğinden bireylerin yargı yolu ile hak aramalarına zaman açısından bir sınırlandırılma getirilmesi istenmiş bu ihtiyaç da zamanaşımı kavramını ortaya çıkarmıştır.¹¹

Zamanaşımı kavramsal olarak bir hakkın kazanılması veya kaybedilmesinde kanunun öngördüğü sürenin tükenmesi anlamına gelmektedir.¹² Kanunun öngördüğü zaman kesiti içerisinde alacaklının kanunda öngörülen belli birtakım davranışları yerine getirmemesi sebebiyle alacağın elde edilme imkânının kalmamasıdır.¹³

“Zamanaşımı, hakkın ileri sürülmesini engelleyici nitelikte olup, alacak hakkı alacaklı tarafından, Kanun’un öngördüğü süre ve koşullar içinde talep edilmediğinde etkin bir hukuki himayeden, başka bir deyişle, dava yoluyla elde edilebilme olanağından yoksun bırakılmaktadır. Zamanaşımına uğrayan alacağın tahsili hususunda Devlet kendi gücünü kullanmaktan vazgeçmekte, böylece söz konusu alacağın ödenip ödenmemesi keyfiyeti borçlunun iradesine bırakılmaktadır. Şu hâlde zamanaşımına uğrayan alacak ortadan kalkmamak-

⁹ Aslan, s. 272.

¹⁰ Turan Yıldırım, “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu, 11 Mayıs 2007, s. 154.

¹¹ Ahmet Çelik Çelik, Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 3. Baskı, 2018, s. 4.

¹² Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku, C. 1, Cüz 1, Umumi Esaslar, İstanbul, 6. Baskı, 1959, s. 259; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.06.2017, E: 2017/17-1093, K: 2017/1090, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/hgk-2017-17-1093.htm>, Erişim: 22.11.2021.

¹³ Mehmet Akif Tutumlu, Zamanaşımı Defi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 25; Murat Doğan/ Gökhan Şahan/ İsmail Atamulu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 305.

*la beraber, artık doğal bir borç haline gelmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, alacağın salt zamanaşımına uğramış olması, onun eksik bir borca dönüşmesi için yeterli değildir; bunun için borçlunun, kendisine karşı açılmış olan alacak davasında alacaklıya yönelik bir def'ide bulunması gerekir.*¹⁴

Zamanaşımı kurumu genel olarak bir özel hukuk kurumu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konudaki genel düzenleme Türk Borçlar Kanunu'muzda (TBK)¹⁵ yer almaktadır.

Bir alacağın zamanaşımına uğrayabilmesi için her şeyden önce muaccel olması gerekmektedir (TBK m. 149). Yani zamanaşımı süresi borcun muaccel olmasıyla başlar. Bu noktada bir borcun zamanaşımına uğrayabilmesi için kanunda belirtilen sürelerin geçmesi gerekmektedir. Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak 10 yıllık zamanaşımına tabidir (TBK m. 146). 10 yıllık zamanaşımı süresi genel zamanaşımı süresidir yani kanunda özel düzenleme yok ise uygulanacak olan zamanaşımı süresidir. Borçlar Kanunu'nda bazı borçlarda zamanaşımı konusunda 5 yıllık özel bir düzenleme bulunmaktadır (TBK m. 147).

- *Kira bedelleri, anapara faizleri ve ücret gibi diğer dönemsel edimler.*
- *Otel, motel, pansiyon ve tatil köyü gibi yerlerdeki konaklama bedelleri ile lokanta ve benzeri yerlerdeki yeme içme bedelleri.*
- *Küçük sanat işlerinden ve küçük çapta perakende satışlardan doğan alacaklar.*
- *Bir ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki; bir ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacaklar.*
- *Vekâlet, komisyon ve acentelik sözleşmelerinden, ticari simsarlık ücreti alacağı dışında, simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar.*
- *Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar.*

¹⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 05.05.2010, E: 2010/8-231, K: 2010/255, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/hgk-2010-8-231.htm>, Erişim: 22.11.2021.

¹⁵ 2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, Resmî Gazete S: 27839, 04.02.2011.

Haksız fiil sebebiyle doğan alacaklarda zamanaşımı süresi zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak 2 yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak 10 yılın geçmesiyledir. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır (TBK m. 72).

İcra ve iflas Kanunu'nun¹⁶ (İİK) 39. maddesine göre ilama dayalı alacakların takibi son muamele üzerinden 10 sene geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır.

Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun¹⁷ 34. maddesine göre; ilgili olduğu malî yılın sonundan başlayarak 5 yıl içinde alacaklıları tarafından geçerli bir mazerete dayanmaksızın, yazılı talep edilmediğinden veya belgeleri verilmediğinden dolayı ödenemeyen borçlar zamanaşımına uğrayarak kamu idareleri lehine düşer.

III. İPTAL DAVALARINDA VERİLEN KARARLAR AÇISINDAN ZAMANAŞIMI

A. Sadece İptal Hükümü Verilen Kararlar Açısından

İdari yargı yerlerince verilen karar, bir idari işlemin iptali yönünde söz konusu iptal kararının yerine getirilmesinin idareden talep edilebileceği zaman konusunda İdari Yargılama Usul Kanunu'nda herhangi bir düzenleme yoktur. Konuyla ilgili Danıştay kararları arasında da bir birlik bulunmamakla birlikte Danıştay'ın konuya ilişkin olarak verdiği kimi kararlarında, zamanaşımı süresi geçirilmeden verilmiş bir idari yaptırımın, idari yargı yerince aynı konuda yeniden işlem tesisini gerektirecek biçimde iptali üzerine zamanaşımı süresinin işletilme olanağı bulunmadığına hükmettiği görülmektedir.¹⁸ Bazı ka-

¹⁶ 1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, Resmî Gazete S: 2128, 19.06.1932.

¹⁷ 2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, Resmî Gazete S: 25326, 24.12.2003.

¹⁸ "Danıştay'ın bu konuya ilişkin olarak yerleşmiş kararlarında belirtildiği üzere, zamanaşımı süresi geçirilmeden verilmiş bir idari yaptırımın, idari yargı yerince aynı konuda yeniden işlem tesisini gerektirecek biçimde iptali üzerine herhangi bir şekilde zamanaşımı süresi işletilmeyecektir". Danıştay 13.D, 25.03.2009, E: 2008/13175, K: YD (Ret); Benzer karar için Danıştay 10.D, 12.10.1989, E: 1989/2299, K: 1989/1735; Danıştay 13.D, 01.11.2011, E: 2008/14083, K: 2011/4828; Danıştay 13.D, 08.05.2012, E: 2008/13195, K: 2012/961; Danıştay 13.D, 26.03.2013,

rarlarında da Yüksek Mahkeme, iptal davası sonucu verilen hükmün yerine getirilmesinin idareden her zaman istenebileceğini, ilamın infazı için idareye başvurunun herhangi bir zamanaşımı süresine tabi olmadığını belirtmiştir.¹⁹

Danıştay inşaat ruhsatı talebinin reddi kararının iptali için açılan eski tarihli bir kararında ise ilgililerin ilamlar için öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde idareden infaz talebinde bulunabileceklerinden bahsetmek suretiyle iptal davalarında İcra İflas Kanunu'nda ilamlar için öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresinden bahsetmektedir.²⁰

Danıştay bazı kararlarında da ilamın uygulanması için Borçlar Kanunu'nda yer alan 10 yıllık genel zamanaşımı süresine atıfla iptal davası sonucu verilen hükmün uygulanması için idareye "genel hak düşürücü zamanaşımı süresi içinde" başvurulması gerektiğine hükmetmiştir.²¹

Kanaatimizce idari yargı yerlerince verilen iptal kararlarının yerine getirilmesi, idareden her zaman talep edilebilecektir. Ta ki iptal hükmü bir başka mahkeme kararı ile ortadan kaldırılıncaya kadar. Bir başka mahkeme kararı ile ortadan kaldırılmadığı ve geçerli olduğu sürece iptal kararlarının uygulanmasını talep etme, herhangi bir zamanaşımı süresine tabi olmamalıdır.

B. İptal ve Tam Yargı Davasının Birlikte Açılması Açısından

İlgililer haklarını ihlal eden işlemlere karşı sadece tam yargı davası açabilecekleri gibi tam yargı ve iptal davasını birlikte de açabilecekler ya da önce iptal davası açıp bu davanın karara bağlanması üzerine süresi içinde tam yargı davası açabileceklerdir (İYUK m. 12). İptal ve tam yargı davasının birlikte açılması durumunda verilecek mahkeme

E: 2009/7107, K: 2013/842; Danıştay 13.D, 26.03.2013, E: 2009/6589, K: 2013/843; Danıştay 13.D, 25.04.2018, E: 2015/5824, K: 2018/1536; Danıştay 13.D, 01.07.2021, E: 2020/2504, K: 2021/2582 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁹ Danıştay DDK, 14.04.1978, E: 1975/383, K: 1978/286, *Danıştay Dergisi*, S: 32- 33, s. 315.

²⁰ Danıştay 6.D, 04.05.1976, E: 1972/2644, K: 1976/3037, *Danıştay Dergisi*, S: 24- 25, s. 295- 296, Danıştay İDDK, 02.06.2011, E: 2011/217, K: 2011/616; Danıştay 8.D, 14.10.2021, E: 2019/10201, K: 2021/4584 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

²¹ Danıştay 5.D, 14.05.1975, E: 1974/5266, K: 1975/2770, *Danıştay Dergisi*, S: 20- 21, s. 359.

kararında zamanaşımı süresi ne olacaktır? Konuyla ilgili mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte Danıştay içtihatları incelendiğinde görülmektedir ki Yüksek Mahkeme konuyla ilgili aynı yönde hüküm tesis etmektedir. Danıştay'a göre: "...lehine ilam olan ilgilinin ilamın kendisine tebliğinden itibaren 10 yıl içinde idareye başvurarak ilam gereklerinin yerine getirilmesini isteyebileceği kabul edilmelidir".²² O halde iptal ve tam yargı davasının birlikte açıldığı idari davalarda verilen ilamın uygulanması için ilgililer ilamın kendilerine tebliğinden itibaren 10 yıl içinde ilgili idareye başvurmalıdırlar. O halde buradaki zamanaşımı süresi de ilamın ilgiliye tebliğinden itibaren 10 yıl olarak uygulanmaktadır.

Bazı iptal kararları hukuki ve fiili etkilerini kararın verilmesiyle birlikte göstermekte olup idarenin yargı kararının uygulanması için herhangi bir eylem ya da işlemde bulunmasına gerek yoktur. Bu durumla daha çok düzenleyici işlemler açısından karşılaşılmaktadır. Nitekim genel düzenleyici işlemlerin iptali için açılan davalarda verilen iptal hükmünün uygulanması için çoğunlukla idarenin bir eylemde bulunmasına gerek kalmaz. İptal kararları geçmişe etkili hüküm ve sonuçlar doğurduğu için mahkemece iptal kararı verildiği anda genel düzenleyici işlem, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bütün hüküm ve sonuçları ile birlikte uygulamadan kalkar. Mahkemenin iptal hükmüne rağmen, iptal edilen düzenleyici işlem hükümlerine göre idarece işlem tesis edilmeye devam edilmesi durumunda, idari yargı kararının uygulanmaması nedeniyle idarenin sorumluluğu cihetine gidilebilecektir.²³ Ancak kamulaştırma, disiplin cezası, görevden uzaklaştırma gibi bireysel idari işlemlerin iptal edilmesinde de yargı kararları, idarece herhangi bir eylem veya işlemde bulunulmasına gerek olmaksızın kendiliğinden uygulanır.

²² Danıştay İDDK, 11.03.2010, E: 2009/744, K: 2010/473; "...lehine ilam olan ilgilinin ilamın kendisine tebliğinden itibaren 10 yıl içinde idareye başvurarak ilam gereklerinin yerine getirilmesini isteyebileceğinin kabul edilmesi hak ve nesafet ilkelerine uygun düşecektir".
Danıştay İDDK, 30.04.2009, E: 2007/1835, K: 2009/1266 (Kanunum Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası).

²³ Berk Yılmaz, Hukuk Devleti İlkesi Çerçevesinde İdari Yargı Kararlarının Uygulanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 117- 119; Yaşar Güçlü, Danıştay ve Yargıtay İctihatları Işığında İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2. Baskı, 2021, s. 155-156.

İptal kararına bağlı olarak hesaplanması ve ödenmesi gereken bir miktar paranın örneğin yoksun kalınan mali hakların söz konusu olması durumunda, söz konusu kararın İYUK m. 28/1 hükmü gereği en geç 30 gün içinde ödenmesi gerekir. Bu durum İYUK m. 28/2 hükmüne tabi değildir.²⁴

IV. TAM YARGI DAVALARINDA VERİLEN KARARLAR AÇISINDAN ZAMANAŞIMI

Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi zorunluluğu iptal davalarında olduğu gibi tam yargı davaları açısından da geçerlidir. Ancak iptal davalarında kararın yerine getirilme süresi kararın idareye tebliği tarihinden itibaren başlamakta iken tam yargı davaları açısından 30 günlük süre davalı idareye yazılı şekilde bildirilecek banka hesap numarasının bildirim tarihinden itibaren başlayacaktır.

“Konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekalet ücreti ve yargılama giderleri, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren, birinci fıkrada belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yatırılır”. (İYUK m. 28/2)

İYUK 28. maddesine göre; mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süreye 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’a²⁵ göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanacak faiz ödenecek ancak mahkeme kararının davacıya tebliği ile banka hesap numarasının idareye bildirildiği tarih arasında geçecek süre için faiz işletilemeyecektir.

Tam yargı davası sonucunda verilen karara karşı istinaf veya temyiz yoluna başvurulmuş olması kararın uygulanmasını kendiliğinden durdurmayaacağından²⁶ bu süre içerisinde idarenin kararı yerine getirme yükümlülüğü de kalkmayacaktır.²⁷

Bütün bu düzenlemelere rağmen belirtilen süreler içinde idarenin kendiliğinden ödeme yapmaması halinde, karar genel hükümler dai-

²⁴ Güçlü, s. 157-161.

²⁵ 1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun.

²⁶ “Temyiz veya istinaf yoluna başvurulmuş olması, hâkim, mahkeme veya Danıştay kararlarının yürütülmesini durdurmaz”. İYUK m. 52/1

²⁷ Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 6. Baskı, 2020, s. 520.

resinde infaz ve icra olunacaktır. Genel hükümlerden kastedilen İcra ve İflas Kanunu hükümleridir. Alacak bir mahkeme kararı ile tespit edilmiş bulunduğundan İcra ve İflas Kanunu'nun ilamlı icraya ilişkin hükümleri bu konuda uygulama imkânı bulacaktır (İİK m. 32- 41).

İlamlı icra hükümleri gereğince alacaklı öncelikle icra dairesine başvuruda bulunarak takip talebinde bulunacaktır. İcra dairesi de takip talebine uygun olarak bir icra emri düzenleyerek davalı idareye göndereceği ilamda belirtilen miktarın 7 gün içinde ödenmesi, bu süre içerisinde alacağın ödenmez ve icranın geri bırakılması da istenmezse alacağın cebri icra marifetiyle yerine getirileceği bildirilir.

Belirtilen süre içerisinde ilamın gereği yerine getirilip alacak ödenirse ilamlı icra takibi sona erecektir. Belirtilen süre içerisinde içerinde alacak ödenmez ve icranın geri bırakılması da istenmez ise artık ilamın zorla yerine getirilmesi istenecektir. Haciz aşamasına geçildiğinde idarenin haczi kabil olan mallarından²⁸ haczedilerek borç tahsil edilmiş olacaktır.²⁹ İcra İflas Kanunu'nun 82. maddesine göre devlet malları ve özel kanunlarda haczi kabil olmayan mallar haczedilemez.³⁰

²⁸ Bu konuda bakınız Aydın Gülan, "Borcunu Ödemeyen Devlete Karşı ne Yapılabilir? (Anayasa Mahkemesinin İcra ve İflas Kanununun 82/1 Maddesine İlişkin Kararın Çağrıştırdıkları)" *İHİD*, Y: 16, Ocak 1995, s. 22- 29.

²⁹ "Devletin borcunu ödemeyeceği düşünülemez. Nitekim bu nedenle 1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanunu'nun mahkeme ilamlarının yerine getirilmesini düzenleyen 59. maddesinde, "Mahkeme ilamına müstenit olan düyun (borç) tertibinde karşılığı bulunmadığı takdirde ihtiyat faslından naklonulacak tahsisattan (ödenekten) ve bu tertipte de tahsisat mevcut değilse masarifi gayri melhuze (beklenmeyen giderler) faslından tediye olunur" denilmiştir. Böylece yasa koyucunun, devletin ilama dayalı borcunu ödemesini sağlayıcı hükümlerle bu konuda gerekli önlemleri aldığı görülmektedir. Yönetimin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine bağlı tutulması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Yönetim, yargı kararlarını yerine getirmek zorundadır. Yönetimin yargı kararlarını yerine getirmekte gecikmesi ya da yerine getirmemesi yönetimin tazminata mahkûm edilmesini gerektiren bir hizmet hususu olduğu gibi görevi savsaklama, ya da görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur. Devlet mallarının hacz olunmazlığı kuralı kamu hizmeti görevini yerine getirmenin gereğidir. Bu yolla hem devletin ve kamunun hem de ilgili öbür yasa kurallarıyla kişilerin zararları önlenmiş olur. Öte yandan bu ilkenin kabulüyle, haklı ve anayasal bir neden olmaksızın mahkeme kararlarının yerine getirilmesinin geciktirilmesi olanağının borçlu yönetimin istencine (iradesine) bırakılmış olduğu görüşü de geçersizdir". Anayasa Mahkemesi, 21.10.1992, E: 1992/13, K: 1992/50, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1992/50?EsasNo=1992%2F13>, Erişim: 08.12.2021.

³⁰ Bu konuda İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesine mahkeme ilamlarının infazı istisnasının getirilmesi gerekliliği yönündeki görüş için bakınız; Turan Yıldırım, "Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu", *Uluslararası İnsan Bilimleri*

Tam yargı davaları hakkında verilen kararlardan belli bir miktar paranın ödenmesini içerenlerin genel hükümler dairesinde icra ve infaz olunacağı hükmü ilgililer lehine belli ölçüde kolaylık ve güvence sağlamış olmakla birlikte bazı idarelerin hiçbir malının bazı idarelerinse kamusal mallarının haczedilememesi nedeniyle bazı sorunların yaşandığı açıktır.³¹ İcra makamlarının tahsile yetkili olduğu tazminat miktarlarının alınması da kolay olmamaktadır.³²

İlama bağlı alacaklar için İcra ve İflas Kanunu'nun 39. maddesinde belirtilen 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. "İlama müstenit takip, son muamele üzerinden on sene geçmekle zamanaşımına uğrar".³³ Benzer şekilde Borçlar Kanunu'nun 146. maddesinde de aksi yönde bir kanuni bir düzenleme bulunmayan alacakların 10 yıllık zamanaşımına tabi olacakları belirtilmiştir. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda belirtilen 5 yıllık zamanaşımı süresi, idareden ilamlı alacak dışında herhangi bir sebeple alacaklı olanlar için öngörüldüğünden uygulanmayacaktır.³⁴

Tam yargı davaları hakkında verilen kararlardan belli bir miktar paranın ödenmesini içerenlerin genel hükümler dairesinde icra ve infaz olunacağı hükmü göz önüne alındığında tam yargı davası sonucu verilen hükmün 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu görüşü hâsıl olmaktadır.

V. İDARİ YARGI KARARLARININ UYGULANMAMASI NEDENİYLE AÇILACAK TAZMİNAT DAVALARI AÇISINDAN ZAMANAŞIMI

İdari yargı kararlarının uygulanması daha önce de değinildiği üzere İYUK 28. maddede düzenlenmektedir. Söz konusu maddede idari yargı yerlerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararları uyarınca idarenin, gecikmeksizin işlem tesis etmek veya eylem-

Dergisi, s. 6, <https://www.j-humansciences.com/ojs/index.php/IJHS/article/view/57/55>, Erişim: 14.12.2021.

³¹ Kaplan, s. 514.

³² Yıldırım, s. 155.

³³ "Para borcunu içeren ilamlarda zamanaşımı süresi, on yıl olup bu süre ilamın kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar". Yargıtay 12.HD, 16.11.2020, E: 2020/5470, K: 2020/9801, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

³⁴ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 635.

de bulunmak zorunda olduğu, bu sürenin kararın idareye tebliğinden itibaren 30 günü geçmeyeceği, yargı kararına göre işlem tesis edilme-
yen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine idari yargı
yerlerinde maddi ve manevi tazminat davası açılabileceği hükmü yer
almaktadır. Ancak madde düzenlemesinde yargı kararını uygulamaya-
yan idare aleyhine açılacak tazminat davalarının ne kadar süre içinde
açılması gerektiğine bir başka ifadeyle söz konusu tazminat davala-
rının zamanaşımı süresine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunma-
maktadır. Bu konuda bilimsel ve yargısal içtihadın görüşlerine geç-
meden önce İYUK 28. madde uyarınca açılacak tazminat davalarının
niteliği üzerinde durmakta fayda vardır.

İdari yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle açılacak taz-
minat davalarının hukuki niteliği konusunda mevzuatta bir belirleme
bulunmamaktadır. Bilindiği üzere idari yargılama usulümüzde iptal
ve tam yargı davası olmak üzere iki tür dava bulunmakta olup baş-
ka herhangi bir dava türü bulunmamaktadır. Bu sebeple idari yargı
kararlarının uygulanmaması sebebiyle açılacak tazminat davalarının
maddi nitelikleri sebebiyle tam yargı davası olarak kabul edilebilmesi
gerektiği ilk olarak akla gelebilir.

İdarenin mahkeme kararlarının uygulanmaması yönündeki tavrı
ne idari işlem ne de eylem olarak değerlendirilemeyecek olup süre-
gelen bir tutum olarak değerlendirilebilecektir.³⁵ Bu sebeple mahke-
me kararlarının uygulanmaması nedeniyle açılacak maddi ve/veya
manevi tazminat davalarını tam yargı davası formunda ancak onun
süre ve usul koşullarına tabi olmayan kendine özgü bir dava olarak
belirlemek yerinde olacaktır.³⁶ GÜNDAY' a göre İdari Yargılama Usul
Kanunu'nun 2. maddesinde iptal, tam yargı ve idari sözleşmelerden

³⁵ "İdarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu ve bu kararları yerine
getirmede gecikmemeleri gerektiği Anayasa'nın 138 inci maddesinde de ifade
edilmiştir. İdare, aleyhine verilen iptal ve tazminat hükümlerini kendiliğinden
yerine getirmek zorundadır. İdarenin mahkeme kararlarını yerine getirmekten
kaçınması ne "idari işlem" ne de "idari eylem" olarak nitelendirilemeyeceğinden
bu sebeple açılacak tazminat davalarında idari işlem ve eylemlere ilişkin olarak
kanunda yer alan süreye ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün görülmemek-
tedir". Danıştay 4.D, 13.04.1995, E: 94/3382, K: 95/1690, [https://lib.kazanci.com.
tr/kho3/ibb/files/4d-1994-3382.htm](https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/4d-1994-3382.htm), Erişim: 11.01.2022.

³⁶ Ayanoğlu, s. 172; Sevinç Ekin, "İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından
Doğan Sorumluluk", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 16, S: 1, 2021, s.
368.

kaynaklanan davaların dışında Kanun'un 28. maddesinde yargı kararlarının uygulanmamasından doğan tazminat davalarından ayrıca bahsedilmiş olması bu davaların diğer davalardan farklı olarak görül-
düğünün de göstergesidir.³⁷

Mahkeme kararlarının uygulanmaması sebebiyle maddi ya da manevi tazminat istemli davalar klasik anlamda tam yargı davası olmadığından tam yargı davalarının açılması konusundaki süreler bu davalar için uygulanamayacaktır. Bu noktada açılan davaların yargı kararının uygulanmaması nedeniyle açılan davalar olduğu, yargı kararının uygulama yükümlülüğünü ortadan kaldıran davalar olmadığı da belirtmekte fayda bulunmaktadır.³⁸

Mahkeme kararlarının uygulanmaması sebebiyle mahkeme kararının gereğini yerine getirmeyen kamu görevlisine karşı dava açma imkânı kaldırıldığından kararın uygulanmaması sebebiyle açılacak maddi - manevi tazminat davaları ancak kararı uygulamayan idare aleyhine açılabilir.³⁹ Söz konusu bu davalar idari yargı kararının uygulanması zorunluluğunu ortadan kaldırmayıp⁴⁰ idari yargı

³⁷ "Danıştay içtihatları, yargı kararlarının uygulanmamasından doğan zararların tazmini istemiyle açılacak olan tazminat davalarını tam yargı (=idari işlemler nedeniyle açılacak olan tam yargı davaları) kategorisinde görmektedirler. Oysa İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde iptal, tam yargı ve idari sözleşmelerden doğan davalar olarak sayılan ve tanımlanan idari dava türlerinden başka aynı kanunun 28. maddesinin 3. fıkrasında yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle açılacak olan tazminat davalarından söz edilmiş olması, kanun koyucunun bu davaları öteki idari davalardan ayrı olarak gördüğünün bir kanıtıdır". Metin Günday, "İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu", Hukuk Kurultayı 2000, 11 - 16", Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu, 11 Mayıs 2007, s. 126.

İYUK m. 28/3 "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare" Ocak 2000, Ankara Barosu Yayını, C: II, s. 356.

³⁸ Evren Altay, "Yargı Kararlarının Uygulanması", Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu, 11 Mayıs 2007, s. 126.

³⁹ İYUK m. 28/3 "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir".

⁴⁰ "Bir kararın uygulanma biçimi ile ilgilinin uğradığı maddi veya manevi zararın tazmini farklı kavramlardır. 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında öngörülen tazminat yolunun varlığı ise idarenin mahkeme kararlarını uygulama yönündeki anayasal yükümlülüklerini ortadan kaldırmamasıdır. Bu maddede öngörülen tazminat hükümleri kararın uygulanmamasının alternatif bir yolu olarak kabul edilemeyeceği gibi idareyi kararı uygulamaktan da alıkoymamalıdır". Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, Erol Aksoy Başvurusu,

kararının uygulanmaması sebebiyle gerçekleşmiş bir zararın bulunmasıyla birlikte idarenin sorumluluğunun bütün şartlarının gerçekleşmiş olmasına bağlıdır.⁴¹

İdari yargı kararlarının yerine getirilmemesi nedeniyle açılacak tazminat davalarının tabi olduğu zamanaşımı süresi konusunda İYUK'ta bir düzenleme bulunmamakta gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında farklı görüşler bulunmaktadır. İlk görüş; iptal kararının yerine getirilmemesi nedeniyle açılacak tam yargı davalarında 10 yıllık genel zamanaşımı süresi içinde idareye başvurulması gerektiğidir.⁴² Bir başka ifadeyle iptal davasında idari yargı yerlerince verilen kararların zamanaşımı süresi gerek 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi gerekse 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 39/1. maddesi uyarınca ilamlara ilişkin 10 yıllık zamanaşımı süresidir. İlgililer zamanaşımı süresi içinde kalmak kaydıyla haklarında verilmiş olan ilamın icrasını idareden her zaman talep edebilirler.⁴³ 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde ilgili idareden yargı kararının yerine getirilmesi talep edildikten sonra bu talebin idarece açık ya da zımnen reddi üzerine 60 gün içinde idari yargıda tazminat davası açılabilir. Bu husus Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2009 yılında verdiği bir kararda açıkça şu şekilde ifade edilmiştir: *"Yargı kararlarının uygulanmaması ya da geç uygulanması nedeniyle ortaya çıkan uyumsuzluklar üzerine*

12.12.2019, No: 2016/11026, Resmî Gazete S: 31046, 21.02.2020.

⁴¹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 764.

⁴² İsa Aydemir, "Mahkeme Kararlarının Uygulanmaması Halinde İdareye Karşı Açılacak Tazminat Davaları", *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 7, S: 67, 2012, s. 98; Danıştay 8.D, 17.05.1989, E: 1988/808, K: 1989/395; Danıştay 9.D, 17.03.1992, E: 1990/245, K: 1992/827; Danıştay 5.D, 30.09.1996, E: 1994/1078, K: 1996/2890; Danıştay İDDK, 09.12.1999, E: 1999/163, K: 1999/152 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

⁴³ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 767; Aslan, s. 277- 278; "2577 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinde öngörülen 30 günlük sürenin sona ermesinden sonra da ilgililerin karar gereğinin yerine getirilmesi için idareye yaptığı başvurular üzerine, kanunda öngörülen uygulama süresinin geçtiğinden bahisle infaz zorunluluğunun ortadan kalkacağını söyleme olanağı bulunmamaktadır. Ancak kararın yerine getirilmemesi nedeniyle açılacak davalarda İdari Yargılama Usulü Kanununda özel bir süre bulunmamakla beraber; 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla ilgililerin, mahkeme kararının infazına ilişkin 10 yıllık genel zamanaşımı süresi içinde kararın uygulanması istemiyle idareye başvurmaları ve bu isteklerinin reddi üzerine 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesinde belirtilen süre içinde dava açabilmeleri mümkündür". Danıştay 11.D, 15.02.2011, E: 2010/4149, K: 2011/1227; Benzer karar için Danıştay 10.D, 25.11.2008, 2006/1133, K: 2008/8282 (Aktaran: Aydemir, s. 98-99).

açılacak davaların tabii olacağı süre konusunda 2577 sayılı Kanun'da özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinde yer alan ve idarenin yargı kararlarının icaplarına göre en geç otuz gün içinde işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu yolundaki hükmün, otuz günlük sürenin geçirilmesi ve ilgililerin bu sürenin geçirilmesi üzerine hemen tekrar yargı yoluna başvurmaması durumunda idareleri kararı uygulama zorunluluğundan kurtarmayacağı açıktır. Bu konuda açılacak davalarda ayırık durumlar dışında genel zamanaşımı süresinin esas alınması ve lehine ilam olan ilgilinin ilamın kendisine tebliğinden itibaren 10 yıl içinde idareye başvurarak ilam gereklerinin yerine getirilmesini isteyebileceğinin kabul edilmesi hak ve nesafet ilkelerine uygun düşecektir. 10 yıllık süre idareye başvuru süresi olup dava açma süresi değildir. Dolayısıyla başvurmadan sonraki durumu, 2577 sayılı Kanun'un 10. ve 7. maddeleri kapsamında değerlendirmek gerekmektedir. Buna göre, yargı kararının gereğinin yerine getirilmesi isteminin idarece açık veya kapalı (zımnî) olarak reddedilmesi üzerine davanın altmış gün içinde açılması zorunludur".⁴⁴ Ancak Danıştay'a göre; dava açma süresi geçtikten sonra yapılacak yeni bir idari başvuru yoluyla dava açma süresinin canlanması mümkün değildir.⁴⁵

İkinci görüş; bu davalarda Borçlar Kanunu'nun maddi ve manevi tazminat taleplerini düzenleyen 72. madde hükmünün uygulanmasıdır. Kanun hükmü uyarınca tazminat talepleri zararın ve tazmin yükümlüsünün öğrenildiği tarihten itibaren 2 yıl ve her halde olayın gerçekleştiği tarihten itibaren 10 yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Bu hükümden yola çıkarak iptal kararının yerine getirilmemesi nedeniyle açılacak tam yargı davaları da idareye yargı kararının uygulanması için tanınan azami süre olan 30 günlük sürenin bitiminden itibaren 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Ancak, kanun hükmü gereği tazminat, ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır. Bu durumda idari yargı kararının kasten uygulanmaması suç teşkil ettiğinden ve suç teşkil eden bu fiilin ceza zamanaşımı süresinin 5 yıl olduğu dikka-

⁴⁴ Danıştay İDDK, 30.04.2009, E: 2007/1835, K: 2009/1266; Danıştay 4.D, 18.10.1990, E: 1988/5395, K: 1990/2809; Danıştay 8.D, 17.05.1989, E: 1988/808, K: 1989/395; Danıştay 10.D, 25.05.1989, E: 1988/1908, K: 1989/1148; Danıştay İDDK, 11.03.2010, E: 2009/744, K: 2010/473 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası); Benzer karar için Danıştay 10.D, 25.3.1991, E: 1990/1147, K: 1991/1115; Danıştay VDDGK, 18.06.1993, E: 1992/301, K: 1993/74, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁵ Danıştay 6.D, 07.07.2006, E: 2004/3151, K: 2006/3697, Aktaran: Aydemir, s. 99.

te alındığında; 30 günlük süre içinde yargı kararının uygulanmaması kastın varlığına karine teşkil etmekte olup idare aleyhine açılan tazminat davasında zamanaşımı süresi, kararı kasten yerine getirmeyen kamu görevlisinin öğrenilmesine gerek olmadan, 5 yıl olup⁴⁶ söz konusu süre, yargı kararının uygulanmaması nedeniyle oluşan zararın öğrenilmesinden itibaren başlamalıdır. Yargı kararının kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi hali dışında kalan hallerde, yargı kararının yerine getirilmemesi nedeniyle açılacak tazminat davalarında zamanaşımı süresi, yargı kararının yerine getirilmesi için öngörülen azami süre olan 30 günün bitimini takiben kararın uygulanmaması nedeniyle uğranılan zararın öğrenilmesinden itibaren 2 yıl ve her halde 30 günlük sürenin bitiminden itibaren 10 yıldır.⁴⁷

Bir diğer görüşe göre; yargı kararının kesinleşmesinden itibaren 30 gün içinde mahkeme kararının gereğinin idarece yerine getirilmesinin beklenmesi gerekmekte olup idareye kararın uygulanması için başvuru yapılmasına gerek yoktur. Yargı kararının idarece 30 gün içinde yerine getirilmemesi halinde, yerine getirmeyen idareye karşı, takip eden 60 gün içinde yargı kararının yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan zararların tazmini istemiyle dava açılması gerekmektedir.⁴⁸ Görüşe dayanak 2007 tarihli Danıştay kararında⁴⁹ "*Olayda ıslah imar planının davacı parseline ilişkin kısmı ile komşu parselere verilen inşaat ruhsatı idare Mahkemesince iptal edildiğine, bu karar Danıştay'ca onandığına*

⁴⁶ Danıştay 7.D, 18.02.2021, E: 2016/7912, K: 2021/1133, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁷ Altay, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, s. 425- 426.

⁴⁸ Danıştay 6.D, 30.01.2007, E: 2004/831, K: 2007/453; "Yukarıda belirtildiği şekilde, 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesi uyarınca esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının idareye tebliğ tarihinden ya da kararlara karşı temyiz ve kararın düzeltilmesi yoluna gidilmişse bu kararların idareye tebliğ tarihinden itibaren otuz gün (2577 sayılı Kanun'da 4001 sayılı Kanun'un 1.3. maddesi ile yapılan değişiklikten önce altmış gün) içinde gereğinin yerine getirileceği, yerine getirilmemesi durumunda ise bu yargı kararının yerine getirilmemesinden dolayı uğranılan zararın tazmini istemiyle sonraki altmış günlük süre içerisinde mahkeme kararını yerine getirmeyen idare aleyhine doğrudan tazminat davası açılabileceği gibi, uğradığı zararın tazmini istemiyle idareye yapılan başvuru üzerine anılan Kanun'un II. maddesinde belirlenen süreler dikkate alınmak suretiyle de dava açabileceğini kabul etmek gerekmektedir." Danıştay 6.D, 13.12.1995, E: 1995/1682, K: 1995/5045 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁹ Danıştay 6.D, 30.01.2007, E: 2004/831, K: 2007/453, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

göre, idarece yukarıda anılan 28. madde hükmü uyarınca en son Danıştay onama kararının kendilerine tebliğinden itibaren 30 gün içinde iptal kararının gereğinin yerine getirilerek işlem tesis edilmesi gerektiği, ancak idarece bu maddeye uygun hareket edilmediği görülmektedir. Bu durumda, davacının 30 gün içinde mahkeme kararı gereğini yerine getirmeyen idareye karşı sonraki 60 gün içinde iptal kararına göre işlem yapılmaması nedeniyle uğradığı zararın tazmini istemiyle dava açması gerekirken, bu süre geçirilerek, aradan uzunca bir zaman geçtikten sonra 15.7.2002 tarihinde idare mahkemesi kararının gereğinin yerine getirilmesi yolundaki başvuruya 20.8.2002 tarihinde idarece verilen cevap üzerine 30.9.2002 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunmaktadır” şeklinde hüküm tesis edilmek suretiyle bu görüş savunulmuştur. Söz konusu kararda iki farklı karşı oy bulunmaktadır. Karşı oylardan ilkinde göre; yargı kararının yerine getirilmemesi sebebiyle açılacak davalarda İYUK'ta özel bir süre öngörülmemekle beraber 10 yıllık genel infaz zamanaşımı süresinin burada da uygulanması gerekmektedir. O halde ilgililer, idari yargı yerince verilen bir kararın uygulanması istemiyle 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde idareye başvurarak söz konusu kararın uygulanmasını istemeli, bu istemlerinin reddi üzerine de İYUK 10. maddede belirtilen süre içinde dava açmalıdırlar. İkinci karşı oya göre ise “iptal kararlarının yerine getirilmemesi hali ne kadar uzun sürerse sürsün, bu durum iptal kararının idare tarafından yerine getirilmesi sorumluluğunu sona erdirmez. Bu itibarla yargı kararına göre işlem tesis etmeyen veya eylemde bulunmayan idareye tazminat talebiyle yapılacak başvurunun reddi ya da isteğin reddedilmiş sayılmasını gerektirecek idare davranışından itibaren 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinde öngörülen sürede dava açılması” gerekmektedir. Görüleceği üzere kararın karşı oylarında da yargı kararının yerine getirilmemesi nedeniyle açılacak tazminat davalarının zamanaşımı konusunda iki farklı görüş ortaya çıkmış olup bunlardan ilki; yargı kararının yerine getirilmesinin ilamın tebliğinden itibaren 10 yıllık genel zamanaşımı süresi içinde idareden talep edilmesi ve talebin açık ya da zımnen reddi üzerine dava açılması gerektiğidir. İkincisi ise idari yargı kararlarının idarece yerine getirilmesi zorunluluğunun hiçbir zaman sona ermeyeceği bir başka ifadeyle herhangi bir zamanaşımı süresine tabi olmadığıdır. Bu sebeple ilgili, idareden her zaman yargı kararının yerine getirilmesini talep edebilir. Bu talebin açık veya zımnen reddi durumunda da İYUK 7. maddesinde öngörülen süreler içinde davasını açabilir.

Bir başka görüşe göre ise idari yargı kararlarının yerine getirilmesi gerek Anayasa'nın 138/son gerekse İYUK 28/1 hükümleri gereği zorunlu olduğundan bu zorunluluğun belirli bir süre sonra ortadan kalkması mümkün olmayıp ilgili, bu zorunluluğa uymayan idare aleyhine herhangi bir süre sınırı ile bağlı kalmaksızın tazminat davası açabilir.⁵⁰ Yargı kararının idarece uygulanmaması devam eden bir durum olup ne idari işlem ne de idari eylemdir. Bu nedenle idari işlem ve eyleme ilişkin süre kurallarının yargı kararlarının idarece yerine getirilmemesi nedeniyle açılacak tazminat davalarında uygulanmaması gerekir.⁵¹ Diğer yandan mahkemelerin iptal kararlarının yerine getirilmesi için mevzuatımızda herhangi bir süre öngörülmediği için iptal kararı yargılamanın yenilenmesi yolu ile kaldırılıncaya kadar idarece mutlaka uygulanması ve hukuka aykırılığın giderilmesi gerekir. Bu itibarla, iptal kararının yerine getirilmemesi hali ne kadar uzun süre devam ederse etsin bu hal devam eden bir süreç olduğu için bunun idare tarafından yerine getirilmesi sorumluluğu sona ermez.⁵²

⁵⁰ Metin Günday, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000-1, Ankara, 12-16 Ocak 2000, s. 356; Hasan Dursun, "İdari Yargı İlamlarının Uygulanmamasından Dolayı Açılacak Tazminat Davaları Zamaşımına Uğrar mı?", *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 4, S: 35, Temmuz 2009, s. 111; Ayanoğlu, s. 181.

⁵¹ Çağlayan, s. 757: Çağlayan' a göre; yargı kararlarının uygulanmaması neticesinde açılan davanın süresinin belirlenmesinde klasik tam yargı davalarına bağlı kalamayacağından idari yargı kararlarının uygulanmamasından doğan tazminat davaları için de kanunda doğrudan bir düzenleme yer almadığına göre, bu davaların herhangi bir süre ile kayıtlı olmadığı kabulü gerekmektedir.

⁵² "İdarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu ve bu kararları yerine getirmede gecikmemeleri gerektiği Anayasa'nın 138'inci maddesinde de ifade edilmiştir. İdare, aleyhine verilen iptal ve tazminat hükümlerini kendiliğinden yerine getirmek zorundadır. İdarenin mahkeme kararlarını yerine getirmekten kaçınması ne "idari işlem" ne de "idari eylem" olarak nitelendirilemeyeceğinden bu sebeple açılacak tazminat davalarında idari işlem ve eylemlere ilişkin olarak kanunda yer alan süreye ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün görülmemektedir. İdarenin mahkeme kararlarını yerine getirmekten kaçınması veya icrada gecikmesi yolundaki davranışı süregelen bir tutumu ifade ettiğinden ve mahkeme kararı zamanın geçmesi ile önemini ve etkisini kaybetmeyeceğinden, bu halin doğurduğu zararların talep ve dava edilmesini bir süreyle sınırlamakta mümkün değildir.

Mahkemelerin iptal kararlarının yerine getirilmesi için mevzuatımızda herhangi bir süre öngörülmemiştir. İptal kararı düzeltme veya yargılamanın yenilenmesi yolu ile kaldırılıncaya kadar, kanuni hakikati ifade ettiğinden ve hatta kanunun da üstünde bir kuvvete sahip olduğundan ne zaman olursa olsun idarece mutlaka uygulanması ve hukuka aykırılığın giderilmesi gerekir. Bu itibarla, iptal kararının yerine getirilmemesi hali ne kadar uzun süre devam ederse etsin bunun idare

Danıştay 5. Dairesi tarafından verilen bir kararda kabul edilen görüşe göre ise yargı kararlarının yerine getirilmemesi nedeniyle idareye yapılacak başvurular 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu'nun 93. maddesinde öngörülen 5 yıllık süre içinde yapılmalı, isteğin açık veya zımnen reddi üzerine İYUK 7. maddede belirlenen süre içinde tazminat davası açılmalıdır.⁵³

İdari yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle açılacak tazminat davalarının hangi süre içinde açılması gerektiği bir başka ifadeyle zamanaşımı süresi konusunda doktrindeki görüş farklılıkları Danıştay kararlarında da kendini göstermiş ve Danıştay dava daireleri arasındaki görüş farklılıklarının ortadan kaldırılması için içtihatların birleştirilmesi talep edilmiştir. Bu konuda Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu; *“Dairelerin kendi kararları ile Daire ve Kurul kararları arasında ilk bakışta içtihat aykırılığı bulunduğu izlemine doğmakta ise de, bu durum, çözümlü idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıkların çeşitliliğinden ve mahkeme kararlarını uygulamayan idarenin hukuka aykırı davranışından doğan, zararın kesinleşme aşamalarındaki farklılıktan kaynaklanmakta, bir başka anlatımla, her somut olayın kendi koşulları içinde değerlendirilmesinden dolayı farklı sonuçlara ulaşılmış bulunmaktadır... Subjektif bir hak ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda, idari yargı yerlerince verilen iptal kararlarının uygulanmaması nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmini istemiyle idareye yapılacak başvurularda, zamanaşımı konusunda herhangi bir sınırlandırma getirilmemesi veya ilamların infazı için tanınmış olan ve Borçlar Kanunu'nun 135'inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen “on yıllık zamanaşımı süresi”nin uygulanması ya da 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu'nun 93 üncü maddesinde öngörülen 5 yıllık sürenin esas alınması bu ölçütün dikkate alınmasının sonucudur”* demek suretiyle ve yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle açılan tazminat davalarında süreye ilişkin olarak görüş birliğine varmanın idari davaların çeşitliliği itibarıyla uygulamada çok önemli sorunlara yol açacağı gerekçesiyle

tarafından yerine getirilmesi sorumluluğu sona ermez”. Danıştay 4.D, 13.04.1995, E: 1994/3382, K: 1995/1690; Danıştay 4.D, 13.04.1995, E: 1994/3382, K: 1995/1690 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası); Benzer görüş için Danıştay VDDGK, 18.06.1993, E: 1992/301, K: 1993/74 (Karşı oy gerekçesi), Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵³ Danıştay 5.D, 15.05.1992, E: 1988/2911, K: 1992/1449 (Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 25.12.1997 tarih ve 1996/2 Esas sayılı kararından alınmıştır).

İçtihadın birleştirilmesine yer olmadığına hükmetmiştir.⁵⁴ Kurul, söz konusu hükmünü; yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle tazminat davası açılabilmesi için idarenin bu davranışından dolayı maddi ya da manevi bir zarara uğranılmış olması ve söz konusu zararın da hesaplanabilir olması gerektiği, idarenin neden olduğu zararın idari yargı kararının yerine getirilmesi için gereken sürenin sonunda ortaya çıkabileceği gibi sonradan da ortaya çıkabileceğini hatta zararın idarenin davranışına bağlı olarak belirli aralıklarla tekrarlanabileceği ya da zararın zaman içinde artabileceği, somut olayın gösterdiği özellikler nedeniyle de zararın tazmini istemiyle açılan davalarda farklı sonuçlara ulaşıldığı gerekçelerine dayandırmıştır.

Söz konusu kararın karşı oyunda ise söz konusu davaların idari yargı kararlarının idarece yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan zararların tazmini için açılan davalar olduğu, idari uyuşmazlığın türü ne olursa olsun bu uyuşmazlığı sona erdirmek için verilen yargı kararlarının gereklerine uygun olarak idarenin kanunda öngörülen süreler içinde işlem tesis etmek ya da eylemde bulunmakla yükümlü olduğu, idari uyuşmazlığın türünün, bu yükümlülüğün süresini uzatmasının veya kısaltmasının düşünülemeyeceği, aykırı kararların hiçbirinde tazmini istenilen zararların kesinleşme tarihlerine göre kurulmuş bir yargı bulunmadığı, bu nedenle idari yargı kararlarının yerine getirilmemesi nedeniyle açılacak tazminat davalarında farklı zamanaşımı sürelerinin uygulanmasının hukuk devleti ilkesi, hukuka bağlı idare anlayışı, idari yargı kararlarının etkinliği ve yargıya inanç ve güven bakımlarından olumsuz sonuçlar yaratacağı gerekçeleriyle içtihatların birleştirilmesi gerektiği ileri sürülerek karara karşı çıkmıştır.

SONUÇ

Yargı kararlarının yerine getirilmesi 1982 Anayasası'nın 138/4. maddesi gereği zorunludur. Bu zorunluluk idari yargılama hukuku özelinde İYUK 28. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca idari yargı yerlerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararları gereği idare, her somut olayın özelliğini dikkate alarak ve gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur.

⁵⁴ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 25.12.1997, E: 1996/2, K: 1997/2, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

Ancak bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. İdarenin yargı kararlarını yerine getirmesi bir zamanaşımı süresine tabi midir, tabi ise bu süre nedir? sorularından hareketle kaleme alınan bu çalışmada idari yargılama hukukunda zamanaşımı sorununun daha çok yargı kararlarının yerine getirilmemesi nedeniyle açılacak tazminat davaları ekseninde ele alındığı görülmüştür. Doğrudan bir iptal hükmünün ya da bir tam yargı davası sonucu verilen hükmün herhangi bir zamanaşımı süresine tabi olup olmadığı hususu üzerinde çoğu zaman açık olarak durulmamıştır. Çalışmada da bu hususu daha açık ortaya koymak için idari yargılama hukukunda zamanaşımı sorunu bir bütün olarak ele alınmış; sadece iptal hükmü içeren ilamlar, iptal ve tam yargı hükmünün bir arada verildiği ilamlar ve tam yargı ilamları üzerine zamanaşımı süreleri ile yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle açılacak tazminat davalarında zamanaşımı süreleri üzerinde ayrı ayrı durulmuştur.

Konuyla ilgili gerek doktrinde gerekse idari yargı kararlarında bir birlik olmadığı görülmüştür. İdari yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle açılacak tazminat davalarının tabi olduğu zamanaşımı süresi konusunda Danıştay dava daireleri arasında ortaya çıkan içtihat farklılıklarının giderilmesi için içtihatların birleştirilmesi talep edilmiş olsa da Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, daireler arasında ilk bakışta içtihat aykırılığı bulunduğu izlemi doğmakta ise de bu durumun idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıkların çeşitliliğinden ve mahkeme kararlarını uygulamayan idarenin hukuka aykırı davranışından doğan, zararın kesinleşme aşamalarındaki farklılıktan kaynaklandığını belirtmek suretiyle içtihatların birleştirilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Zamanaşımı kavramı, bir hakkın kazanılması veya kaybedilmesinde kanunun öngördüğü sürenin tükenmesi anlamına gelmektedir. Zamanaşımı konusundaki genel düzenleme Türk Borçlar Kanunu'nda yer almakta olup Kanun'a göre genel zamanaşımı süresi 10 yıldır. İcra İflas Kanunu'nda da ilama dayalı alacakların takibinin 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu hükmü yer almaktadır. İdari yargılama hukukunda ilamların zamanaşımı konusunda kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yukarıda zikredilen Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun verdiği kararda olduğu gibi de idari yargının görev alanına giren konuların çeşitliliği yargı kararları arasında çok

farklı ve çeşitli zamanaşımı sürelerinin uygulanmasını haklı kılacak mahiyette değildir. Bu nedenle idari yargı kararlarında çok farklı ve çeşitli zamanaşımı sürelerinin uygulanması başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere hukuki istikrar ve güvenlik açısından da olumsuz sonuçlar doğuracaktır.

Aslında iptal ve tam yargı kararlarının tabi olduğu zamanaşımı süresi, idari yargı kararlarının yerine getirilmemesi nedeniyle açılacak tazminat davalarının tabi olduğu zamanaşımı süresi ile iç içedir. Sonuç itibarıyla idari yargı kararlarının yerine getirilmemesi nedeniyle açılacak tazminat davalarında, iptal ve tam yargı davası zamanaşımı süresi içinde idareye başvuru yapılması ve idarenin açık veya zımni ret kararı üzerine dava açma süresi içinde tazminat davasının açılması gerekmektedir. Bu durumda iptal ve tam yargı davası sonucu verilen kararların tabi olduğu zamanaşımının tespit edilmesi gerekmektedir.

İptal davaları idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamak için getirilen davalar olup söz konusu davalar ile idarenin işlemlerinin hukuka uygun olup olmadığı incelenir. Dava sonucunda idarenin tesis ettiği işlem hukuka aykırı bulunur ise işlem iptal edilir. İşlemin iptali, o işlemin yapıldığı tarihten itibaren ortadan kaldırılması anlamı taşır. Kanaatimizce idari yargı yerlerince verilen iptal kararlarının yerine getirilmesi, idareden her zaman talep edilebilecektir. Ta ki iptal hükmü bir başka mahkeme kararı ile ortadan kaldırılıncaya kadar. Bir başka mahkeme kararı ile ortadan kaldırılmadığı ve geçerli olduğu sürece iptal kararlarının uygulanmasını talep etme, herhangi bir zamanaşımı süresine tabi olmamalıdır.

Tam yargı davaları ise kişilerin bir idari işlem, eylem ya da sözleşme nedeniyle uğradığı zararların idarece tazmini için açılan davalar-
dır. İYUK 28/2. maddesinde konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktarın idarece ödenmemesi durumunda genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunacağı belirtilmektedir. Tam yargı davalarının konusu da belirli bir miktar paranın ödenmesidir. İdarece bu miktarın ödenmemesi durumunda ila-
mın genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunacağı belirtildiği için İcra İflas Kanunu hükümleri uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olması gerektiği kanaati hâsıl olmaktadır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akyılmaz Bahtiyar- Murat Sezginer- Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 6. Baskı, 2021.
- Altay Evren, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- Aslan Zehreddin, Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Atay Ender Ethem, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Çağlayan Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 13. Baskı, 2021.
- Çelik Ahmet Çelik, Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 3. Baskı, 2018.
- Derdiman Cengiz, İdari Yargının Genel Esasları, Aktüel Yayınları, Bursa, 2. Baskı, 2012.
- Doğan Murat- Şahan Gökhan- Atamulu İsmail, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Güçlü Yaşar, Danıştay ve Yargıtay İçtihatları Işığında İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2. Baskı, 2021.
- Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016.
- Tutumlu Mehmet Akif, Zamanaşımı Defi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, C: 1, Cüz 1, Umumi Esaslar, İstanbul, 6. Baskı, 1959.
- Yılmaz Berk, Hukuk Devleti İlkesi Çerçevesinde İdari Yargı Kararlarının Uygulanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Makaleler/Bildiriler

- Altay Evren, Yargı Kararlarının Uygulanması, Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu, 11 Mayıs 2007, s. 111-134.
- Ayanoğlu Taner, "İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Üzerine Açılacak Tazminat Davalarının Süresi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1999, C: 19, S: 1- 2, s. 161- 181.
- Aydemir İsa, "Mahkeme Kararlarının Uygulanmaması Halinde İdareye Karşı Açılacak Tazminat Davaları", *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 7, S: 67, 2012, s. 93- 100.
- Aydın Gülan, "Borcunu Ödemeyen Devlete Karşı Ne Yapılabilir? (Anayasa Mahkemesinin İcra ve İflas Kanunu'nun 82/1. maddesine İlişkin Kararın Çağrıştırdıkları)" *İHİD*, Y: 16, Ocak 1995, s. 22- 29.
- Dursun Hasan, "İdari Yargı İlamlarının Uygulanmamasından Dolayı Açılacak Tazminat Davaları Zamanaşımına Uğrar mı?", *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 4, S: 35, Temmuz 2009, s. 107- 119.
- Ekin Sevinç, "İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Sorumluluk", *Erçiyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 16, S: 1, 2021, s. 335- 378.

Günday Metin, "İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000 (1), Ankara, 12-16 Ocak 2000, s. 351- 357.

Yıldırım Turan, "Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu", *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, S: 6, <https://www.J-Humansciences.Com/Ojs/Index.Php/Ijhs/Article/View/57/55>, Erişim: 14.12.2021.

Mahkeme Kararları

- Anayasa Mahkemesi, 21.10.1992, E: 1992/13, K: 1992/50
Anayasa Mahkemesi, 17.06.2015, E: 2014/194, K: 2015/55
Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, Erol Aksoy Başvurusu, 02.12.2019, No: 2016/11026, Resmî Gazete S: 31046, 21.02.2020
Danıştay 1.D, 20.05.1996, E: 1996/99, K: 1996/105
Danıştay 2.D, 28.11.1978, E: 1977/2481, K: 1978/2407
Danıştay 4.D, 13.04.1995, E: 94/3382, K: 95/1690
Danıştay 5.D, 14.05.1975, E: 1974/5266, K: 1975/2770
Danıştay 5.D, 15.05.1992, E: 1988/2911, K: 1992/1449
Danıştay 5.D, 18.01.1994, E: 1991/2995, K: 1994/41
Danıştay 5.D, 30.09.1996, E: 1994/1078, K: 1996/2890
Danıştay 6.D, 04.05.1976, E: 1972/2644, K: 1976/3037
Danıştay 6.D, 19.02.1992, E: 1990/848, K: 1992/632
Danıştay 6.D, 13.12.1995, E: 1995/1682, K: 1995/5045
Danıştay 6.D, 30.01.2007, E: 2004/831, K: 2007/453
Danıştay 6.D, 31.05.2017, E: 2013/3657, K: 2017/4335
Danıştay 8.D, 14.10.2021, E: 2019/10201, K: 2021/4584
Danıştay 9.D, 17.03.1992, E: 1990/245, K: 1992/827
Danıştay 10.D, 12.10.1989, E: 1989/2299, K: 1989/1735
Danıştay 10.D, 25.11.2008, 2006/1133, K: 2008/8282
Danıştay 11.D, 15.02.2011, E: 2010/4149, K: 2011/1227
Danıştay 13.D, 25.03.2009, E: 2008/13175, K: YD (Red)
Danıştay 13.D, 01.11.2011, E: 2008/14083, K: 2011/4828
Danıştay 13.D, 08.05.2012, E: 2008/13195, K: 2012/961
Danıştay 13.D, 26.03.2013, E: 2009/7107, K: 2013/842
Danıştay 13.D, 26.03.2013, E: 2009/6589, K: 2013/843
Danıştay 13.D, 25.04.2018, E: 2015/5824, K: 2018/1536
Danıştay 13.D, 28.05.2018, E: 2014/3359, K: 2018/1887
Danıştay 13.D, 01.07.2021, E: 2020/2504, K: 2021/2582
Danıştay DDK, 14.04.1978, E: 1975/383, K: 1978/286
Danıştay İDDK, 09.12.1999, E: 1999/163, K: 1999/152
Danıştay İDDK, 30.04.2009, E: 2007/1835, K: 2009/1266

Danıştay İDDK, 11.03.2010, E: 2009/744, K: 2010/473

Danıştay İDDK, 02.06.2011, E: 2011/217, K: 2011/616

Danıştay VDDGK, 18.06.1993, E: 1992/301, K: 1993/74 (Karşı oy gerekçesi)

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 25.12.1997, E: 1996/2, K: 1997/2

Yargıtay 12.HD, 16.11.2020, E: 2020/5470, K: 2020/9801

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.06.2017, E: 2017/17-1093, K: 2017/1090

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 05.05.2010, E: 2010/8-231, K: 2010/255

İnternet Kaynakları

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>

<https://www.kanunum.com/>

TÜRKİYE'DE YOKSULLUK NAFAKASINA İLİŞKİN GÜNCEL GELİŞMELER VE NAFAKANIN SÜREYE BAĞLANMASI MESELESİ – İSVİÇRE HUKUKUYLA KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME

CURRENT DEVELOPMENTS REGARDING POST-DIVORCE MAINTENANCE IN TURKEY AND THE ISSUE OF LIMITING ITS DURATION- A COMPARATIVE STUDY WITH SWISS LAW

Pınar ALTINOK ORMANCI*

Özet: Türk Medeni Kanunu, kadın-erkek eşitliğine dayanan devrimci bir kanundur. Ancak günümüzde yoksulluk nafakasının tartışmaya açılması, evlenen kadının ekonomik bağımsızlığından vazgeçmesi halinde, bunun sonuçlarını yalnızca onun omuzlarına yüklemek sonucunu doğurmakta ve eşitlik ilkesini zedelemektedir. Yoksulluk nafakasının süreye bağlanması meselesi değerlendirilirken, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik koşullar; o ülkede yürürlükte olan sosyal sigorta sistemi ve bu sistemin boşanan eşe sağladığı imkânlar ile boşanan eşin çalışma hayatına katılma imkânları bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Bu çalışmada mehz İsviçre Medeni Kanunu'ndaki yoksulluk nafakasına ilişkin düzenlemeler, İsviçre hukukundaki zorunlu sosyal sigorta sistemi ile birlikte değerlendirilmiş ve Türk hukukunda olası kanun değişikliği ile yoksulluk nafakasının süreye bağlanmasının sakıncaları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yoksulluk Nafakası, Yoksulluk Nafakasının Süresi, Evlilik Sonrası Dayanışma, Yoksulluk Nafakasının Süreyle Sınırlanması, Boşanma Sonrası Nafaka

Abstract: The Turkish Civil Code is a revolutionary law based on gender equality. However, today's discussion concerning the time limit of post-divorce maintenance results in burdening the woman with the consequences of giving up her economic independence after getting married and undermines the principle of equality. While evaluating the issue of the time limit of post-divorce maintenance, the economic conditions of the country; the social insurance system in force and the opportunities of the divorced spouse to participate

* Doç. Dr., İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, altinok@bilkent.edu.tr, ORCID:0000-0003-2222-9941, Makalenin Gönderim Tarihi: 17.05.2022, Kabul Tarihi: 05.09.2022

in business life should be considered as a whole. In this study, the regulations regarding the post-divorce maintenance in the Swiss Civil Code are evaluated together with the compulsory social insurance system and the inconveniences of a possible change in Turkish law as the temporal limitation of the post-divorce maintenance are discussed.

Keywords: Post-Marital Maintenance, Post-Divorce Maintenance, Maintenance Contribution, Duration of Maintenance Contribution, Time Limit of Post-Divorce Maintenance.

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu'nun 17 Şubat 1926'da kabulünden bu yana tam doksan altı yıl geçti. Türk Medeni Kanunu, Cumhuriyet sonrası hukuk devriminin en önde gelen kanunlarından biridir. Türk Medeni Kanunu'nun devrimci karakteri, laiklik ilkesine dayanmasının yanı sıra, kadın-erkek eşitliği alanında da kendini göstermektedir. Özellikle 2002'de yeni Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte, kadın-erkek eşitliği daha da ileriye götürülmüştür.

Bugün Türk Medeni Kanunu'nda yer alan nafaka hakkının tartışmaya açılması, kadının evlilik birliği içerisindeki görev paylaşımı gereği ev işlerini ve çocukların bakımını üstlenmesinin ve bu nedenle çalışma hayatına girememiş olmasının sonuçlarını tamamen kadının omuzlarına yüklemek anlamına gelmektedir ve bu yönüyle Medeni Kanun'un amaçladığı kadın-erkek eşitliğine aykırıdır.

Bu çalışmada öncelikle Türk hukuk sisteminde nafaka türleri üzerinde kısaca durularak Türk Medeni Kanunu'ndaki yoksulluk nafakası düzenlemesi çerçevesinde bu nafaka için aranan şartlar ve nafaka süresi değerlendirilecek (I); daha sonra mehzaz kanunumuz İsviçre Medeni Kanunu'nda boşanan eşlerden birinin diğerine nafaka ödemesi için aranan şartlar ve nafakası süresi ele alınacaktır (II). Son bölümde ise (III) yoksulluk nafakasının süreye bağlanmasına ilişkin tasarılar değerlendirilerek, bu hususa ilişkin görüşümüz ortaya konulacaktır.

I- Türk Hukuk Sisteminde Nafaka Türleri ve Özellikle Yoksulluk Nafakası

Türk Medeni Kanunu'nda nafaka, yardım ve bakım nafakası olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yardım nafakası, hısımlık ilişkilerinden kaynaklanan ahlakî bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir

(TMK md. 364). Bakım nafakası ise evlilik ilişkisinin doğurduğu mali yükümlülüklerdendir. Bakım nafakası kendi içinde tedbir, iştirak ve yoksulluk nafakası olarak üçe ayrılmaktadır. Bunlardan tedbir nafakası, boşanma veya ayrılık sürecinde eşlerin birbirlerine karşı bakım yükümlüğünün devam etmesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla tedbir nafakasına, boşanma davası devam ederken, yani yargılama süresince hükmedilebilir (TMK md. 169).

İştirak nafakası (TMK md. 182/II), eşlerin müşterek çocuklarının bakım ve gözetim yükümlülüğünden doğan bir nafakadır. Boşanma gerçekleştiğinde velayet hakkı kendisine bırakılmayan eş, TMK md.327/I uyarınca çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli olan giderlere katılmakla yükümlüdür. Hâkim, çocuğun ihtiyaçlarını re'sen gözeterek iştirak nafakasına karar verir. Bu durum, iştirak nafakasının kamu düzenine ilişkin olmasından kaynaklanır. İştirak nafakası, kural olarak çocuğun ergin olması ile birlikte sona erer (TMK md. 328/I), fakat ergin çocuğun eğitime devam ediyor olması halinde, ana ve baba, eğitim sona erinceye kadar kendilerinden beklenebilecek ölçüde çocuğa bakmakla yükümlüdürler (TMK md. 328/II).

Bu çalışmanın esas konusunu oluşturan yoksulluk nafakası ise, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek tarafa, boşandığı eşinin ödemekle yükümlü olduğu bir nafakadır. TMK md. 175/1'e göre, *"Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz"*.

Yoksulluk nafakası, boşanma sonrası yoksulluğa düşen eşin desteklenmesi ve yaşam standardının bu süreçte en az düzeyde etkilenmesini sağlamak amacını taşımaktadır. Kanun koyucu, tıpkı evlilik birliği içerisinde olduğu gibi, boşanma gerçekleştikten sonra da belirli şartların varlığı halinde eşlerin karşılıklı yardımlaşma ve dayanışma yükümlülüğünün mali yönüyle devam edeceğini düzenlemiştir.¹

TMK md. 175 hükmü ile kanun koyucu, yoksulluk nafakasına ilişkin genel ölçütlere yer vermekle yetinmiştir. Hâkim, her somut olayda,

¹ Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, İstanbul 2022, s. 157; Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Aile Hukuku, İstanbul 2013, s. 302.

bu ölçütler çerçevesinde tarafların boşanmaya sebep olan olaylardaki kusurlarını, yoksulluk nafakası talep eden tarafın boşanma ile yoksulluğa düşüp düşmeyeceğini ve yoksulluğa düşecekse -diğer tarafın mali gücünü de dikkate alarak- nafakanın miktarını değerlendirecektir.

A) Yoksulluğa düşme şartının değerlendirilmesi

TMK md. 175'e göre nafaka talep eden tarafın, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olması gerekir. Buna göre öncelikle yoksulluğa düşme boşanma nedeniyle gerçekleşmeli, yani boşanma ile yoksulluğa düşme arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.² Örneğin boşanma davası devam ederken kendi iradesiyle işten ayrılan bir kişi, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşmüş olmadığından bu şartın gerçekleştiği söylenemez.³ Diğer taraftan, evlilik devam ederken işten çıkartılan ve başkaca geliri olmayan bir kişi, yoksulluk nafakasına hak kazanabilecektir.⁴

Yoksulluğa düşme şartı kanunda tanımlanmış değildir. Yargıtay, kişinin boşanma sebebiyle "yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür, eğitim" gibi maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde gelirinin olmaması halinde

² Mecit Demir, Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası, İstanbul, 2018. s. 36; Ebru, Ceylan, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2006, s. 108; Ahmet Cemal Ruhi, Nafaka Hukuku, Ankara, 2010, s. 43; Azra Arkan Serim, "Yoksulluk Nafakası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXV, S. I, Y. 2007, 285 – 302, s. 290.

³ Yarg. 2. HD'nin, 24.06.2019 tarihli, E. 2018/6836, K. 2019/7645 sayılı kararına göre "...Davacı kadın, dava dilekçesinde bankada çalıştığını, cevaba cevap dilekçesinde ise çalışmakta olduğu işi bıraktığını beyan etmiştir. Dosya içindeki davacı kadının çalıştığı bankadan gönderilen ihbarnamede davacı kadının 19.11.2014 tarihinde işten ayrıldığı bildirilmiş, dinlenen tanıklar da davacı kadının iş akdinin feshedileceğini düşünerek kendisinin istifa ettiğini beyan etmişlerdir. İşinden kendi isteği ile ayrılan kadın yararına yoksulluk nafakasına hükmedilemez. O halde, davacı kadın yararına yoksulluk nafakası takdiri doğru olmamıştır". Benzer şekilde bkz. Yarg. 2. HD'nin 16.06. 2003 tarihli, E. 2003/7790 K. 2003/8775 sayılı kararı: "Davacı (kadın) bir tekstil firmasında çalışırken yargılama sırasında 13.9.2002 tarihinde istifa suretiyle işten ayrılmıştır. Yoksulluk durumunu kendi iradesi ile yaratmıştır. Gerçekleşen bu durum karşısında yoksulluk nafakası ile ilgili isteğin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır".

⁴ Yarg. 2. HD'nin 18.10. 2005 tarihli E. 2005/11920, K. 2005/14360 sayılı kararı: "Davacının, ...30.12.2004 tarihinde işveren tarafından iş akdi feshedilerek işten çıkarıldığı anlaşılmaktadır. İşini kaybetmesi işverenin akdi feshi sebebiyle olduğuna ve başka bir geliri ve malvarlığı da bulunmadığına göre davacı yararına yoksulluk nafakasına hükmedilmesi gerekirken isteğinin reddi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir". (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, 15.04.2022)

yoksulluk nafakasına hak kazanacağını kabul etmektedir.⁵ Yoksulluk nafakasının belirlenmesinde genel ekonomik koşullar, tarafların sosyal ve ekonomik koşulları ve yaşam biçimleri dikkate alınmaktadır. Nafaka talep eden tarafın sahip olduğu bir geliri olmasına rağmen, bu gelirin yoksulluğu ortadan kaldırmadığı haller de söz konusu olabilir. Bu hallerde hâkim, yine yoksulluk nafakasına hükmedebilir.⁶ Boşanma sebebiyle yoksulluğa düşme hususunu değerlendirirken hâkimin her somut olayda, tarafların yaşları, sosyal ve ekonomik durumları ve yaşam standartları gibi sübjektif unsurların yanı sıra, toplumun genel ekonomik durumunu ve piyasa koşullarını, yani objektif unsurları da dikkate alması gerekir.⁷

Yoksulluk nafakasının amacı, nafaka alacaklısını yoksulluktan kurtarmak; yani onun zorunlu ihtiyaçlarını karşılamaktır. Bu nafakayla boşanan eşin evlilikteki yaşam seviyesinin korunması ya da refah içinde yaşaması amaçlanmaz.⁸

B) Nafaka süresi

743 sayılı eski Medeni Kanun'un 144. maddesi, 1988 yılında yapılan değişikliğe kadar, yoksulluk nafakasının süresini boşanmadan itibaren bir yıl ile sınırlandırmaktaydı. 1988 yılında yapılan değişiklikle

⁵ YHGK'nın 07.10.1998 tarihli, E. 1998/2-656 K. 1998/688 sayılı kararı; YHGK'nın 16.05.2007 tarihli E. 2007/2-275 E., K. 2007/275 sayılı kararı.

⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 158; Emrah Kulaklı, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S.2, Güz 2018, s. 247; aynı yönde bkz. Yarg.2. HD'nin, 24.09.2018 tarihli E.2018/5377, K.2018/9952 sayılı kararı.

⁷ Gediz Kocabaş, "Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.19, S. I, Y. 2013, s. 375 vd.; Kulaklı, s. 247; Abdülkerim Yıldırım, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu", *Legal Hukuk Dergisi*, C. XIV, S. 157, s. 69; Ömer Arbek, "Boşanmanın Mali Sonuçları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. I, 2005, s. 143; Gençer Özdemir, "Yoksulluk Nafakası Kavramı ve Süresiz Yoksulluk Nafakası Tartışması", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, C.12, S.27, Y. 2020, s. 30-31.

⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 158-159; Zafer Kahraman, "Boşanmada Yoksulluk Nafakasının Miktarı ve Süresi", *Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan*, İstanbul 2020, 345-378, s. 353; Kulaklı, s. 247-248; Burçak Çitak, "Yoksulluk Nafakası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.LXXIV, Y.2016, S.1, s. 245; Büşra Odabaşı, "Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 94, S. 2, Y. 2020, s. 58.

kabul edilen ve sonrasında TMK md. 175'de de yer alan, yoksulluk nafakasının "süresiz olarak" talep edilebileceğine ilişkin düzenleme halen varlığını korumakla birlikte birçok tartışmaya da yol açmaktadır.

Yoksulluk nafakasına ilişkin TMK md. 175 düzenlenmesinde yer alan "süresiz olarak" ibaresinin iptali için 2011 yılında Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuş;⁹ Anayasa Mahkemesi ise nafakanın süresiz ödenmesini öngören TMK md. 175 hükmünü Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi, yoksulluk nafakasının özünde ahlaki değerler ve sosyal yardımlaşma düşüncesinin yer aldığını; amacın yoksulluk içine düşen eşin asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanması olduğunu; bu yükümlülüğün sosyal hukuk devleti ilkesinin gereği olarak getirildiği ve Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olmadığı gerekçesiyle iptal talebini reddetmiştir.¹⁰

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TMK md 175'de yer alan "süresiz olarak" ibaresi, nafaka alacaklısının her koşulda ölünceye kadar nafaka alacağı şeklinde anlaşılmalıdır. TMK md. 176/III gereği nafaka alacaklısının yeniden evlenmesi ile kendiliğinden kalkar; evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi hallerinde ise mahkeme kararıyla kaldırılır.

Hem doktrinde hem de uygulamada, TMK md. 175'de yoksulluk nafakasının süresiz olarak öngörülmüş olmasının hakkaniyete aykırı olduğu,¹¹ nafaka yükümlüsünün boşandığı eşini mali yönden süresiz olarak desteklemek zorunda bırakılmasının kabul edilemez olduğu; hâkim tarafından takdir edilecek makul sürenin sonunda nafaka yükümlülüğünün sona ermesi gerektiği şeklinde söylemler mevcuttur. Çeşitli kanun tasarılarında nafaka süresinin evlilik süresiyle sınırlandırılması gerektiği, bu süreden sonra maddi desteğe yani hâlâ nafakaya

⁹ Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruda, yoksulluk nafakasının süresiz olarak ödenmesinin, insan haklarına ve sosyal hukuk devletine (AY md.2), eşitlik ilkesine (AY md. 10) aykırı ve devletin ailenin huzur ve refahı için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü (AY md. 41) ile çelişir nitelikte olduğu gerekçesiyle iptali talep edilmiştir.

¹⁰ Bkz. 17.05.2012 tarihli, E. 2011/136, K. 2012/72 sayılı AYM kararı. ([Http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120626-25.htm](http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120626-25.htm))

¹¹ Kulaklı, s. 263; Mustafa Şahin, "Türk - İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175 - ZGB m. 125)", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, Y. 2017, S. 3, s. 86; Arbek, s. 145 vd.

ihtiyaç duyan kişinin belirli şartları taşıması halinde Devlet tarafından desteklenmesi şeklinde görüşleri sürülmektedir. Bu görüşlerin kabulü, zaten ekonomik bağımsızlığı olmayan kadınların, aç kalmamak uğruna, her türlü kötü muameleye rağmen evli kalmaya devam etmeleri sonucunu doğurabilecek ve bu yönüyle, Türk Medeni Kanunu'nun sağlamayı amaçladığı kadın-erkek eşitliğine de aykırı olacaktır.

Mehaz İsviçre Medeni Kanunu ayrıntılı olarak incelendiğinde, İsviçre'de yoksulluk nafakasının neden kural olarak belirli bir süre için kabul edildiği, bu sürenin nasıl belirleneceği ve hangi koşullar altında kuralın dışına çıkılarak daha uzun süreler için nafakaya hükmedilebileceği görülebilecek; bu çerçevede düzenlemenin Türkiye'deki ekonomik koşullara uygunluğu değerlendirilebilecektir. Bu nedenle Türk hukukunda yoksulluk nafakasının süresine ilişkin tasarıların değerlendirilmesinden önce, aşağıda, İsviçre hukukunda yoksulluk nafakasının nasıl düzenlendiği ve nasıl uygulandığı ele alınacak; nafaka hukukuna ilişkin İsviçre Federal Mahkeme içtihatlarındaki değişikliklere de değinilecektir.

II- İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakası

İsviçre Medeni Kanunu'nda yoksulluk nafakası 125. maddede düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre:

“Eşlerden birinin, yaşlılık sigortası ödeneğini oluşturması da dâhil olmak üzere, makul bir biçimde geçimini sağlaması kendisinden beklenemezse, diğer eş ona uygun bir katkıda bulunmak zorundadır. Nafaka ödemesinin gerekip gerekmediğini ve gerektiği hallerde miktarını ve süresini belirlemek için hâkim aşağıdaki hususları göz önünde bulundurur:

1. Evlilik süresince eşler arasındaki görev dağılımı,
2. Evlilik süresi,
3. Evlilik süresince eşlerin yaşam seviyesi,
4. Eşlerin yaşı ve sağlık durumu,
5. Eşlerin gelirleri ve malvarlıkları,
6. Bakımı gereken çocuklar varsa, bakım ihtiyacının kapsamı ve süresi,

7. Eşlerin mesleki eğitimleri ve kazanç elde etme imkânları ile nafaka alacaklısının çalışma hayatına yeniden uyum sağlama-sının olası maliyeti,
8. Yaşlılık ve hayatta kalma sigortası ile emeklilik ödemeleri veya diğer özel veya devlet sigorta ödemelerine ilişkin beklentiler.”

İsviçre Medeni Kanunu'ndaki yoksulluk nafakasına ilişkin düzenlemenin temelinde birbirini tamamlayan iki ilkenin yattığı ifade edilmektedir. Bu ilkelerden ilki, boşanma sonrası ekonomik bağımsızlık (clean break) ilkesidir.¹² Buna göre boşanma sonrası her eş mümkün olduğu ölçüde kendi ihtiyaçlarını kendisi karşılamakla yükümlüdür. Ancak bu ilke tek başına yeterli değildir. Düzenlemenin temelinde yatan ikinci ilke, evlilik sonrası dayanışma ilkesidir. Buna göre eşler, evlilik sona erdikten sonra, evliliğin taraflardan biri üzerinde doğurduğu olumsuz sonuçları (dezavantajları) birlikte üstlenmek zorundadırlar. Eğer evlilik, eşlerden birinin tek başına geçimini sağlamasına engel teşkil etmişse veya onun ekonomik bağımsızlığını azaltmışsa, yani onun boşanma sonrası finansal durumunu somut olarak etkilemişse, artık *clean-break* ilkesi bir kenara bırakılır ve eşlerin evlilik sonrası dayanışmaları ihtiyacı ortaya çıkar.¹³ Evliliğin sona ermesiyle sadece evlilik sırasında elde edilen yararların değil, aynı zamanda evlilikten doğan yükümlülüklerin ve dezavantajların da paylaşılması gerekir. Nafaka, evliliğin sona ermesinin ekonomik sonuçlarının paylaşılması ihtiyacından kaynaklanır.¹⁴

İsviçre Medeni Kanunu md. 125 düzenlemesinden açıkça görülebileceği gibi, İsviçre hukukunda boşanma halinde yoksulluk nafakası ödenmesinin gerekip gerekmediği sadece ihtiyaç esasına dayalı bir de-

¹² Clean break ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ingeborg Schwenzer, “Das clean break- Prinzip im nahehelichen Vermögensrecht”, FamPra.ch 2000, ss.609-627. Yazar, clean-break ilkesinin her şeyden önce, onlarca yıl sürebilecek irat şeklinde bir nafaka ödemesinden önce, tek seferde gerçekleştirilecek topyekün bir nafaka ödemesini gerektirdiğini ifade etmektedir. Ayrıca bkz. Kocabaş, s. 364 vd.

¹³ Andrea Büchler/Sandro Clausen, “Die Eigenversorgungskapazität im Recht des nahehelichen Unterhalts: Theorie und Rechtsprechung”, FamPra.ch 2015, S. 1, s.1-40, s.4 vd.; Pascal Pichonnaz, Commentaire Romand Code Civil I, (Editeurs: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx) Helbing Lichtenhahn, Bâle 2010, Art. 125, n. 6; Pascal Pichonnaz/Alexandra Rumo-Jungo, “Evolutions récentes des fondements de l’octroi de l’entretien apres divorce”, *Semaine Judiciaire* 2004 II, s. 49.

¹⁴ Pichonnaz/Rumo-Jungo, s. 49.

ğerlendirmeye tâbi tutulmakta; Türk hukukundan farklı olarak, eşlerin kusurundan tamamen bağımsız ele alınmaktadır.¹⁵

Boşanma sonrası eşlerden birine nafaka ödenmesinin gerekip gerekmediğinin tespitinde, öncelikle o eşin geçinmesi için gereken uygun miktarın belirlenmesi gerekir (A). Eşin geçinmesi için belirlenen bu miktarın kendisi tarafından karşılanması beklenemez ise diğer eşin nafaka ödemesine karar verilir. O halde ikinci olarak, eşin geçimini kendi başına sağlayıp sağlayamayacağına bakılır (B). İsviçre Medeni Kanunu md. 125/2'de öngörülen sekiz kriter, hem nafaka ödenmesinin gerekip gerekmediğinin tespitinde; hem de gerektiğine karar verilirse, bunun miktarının ve süresinin belirlenmesinde dikkate alınması gereken ölçütler olarak düzenlenmiştir. Aşağıda nafaka ödemesinin gerekip gerekmediğinin ve gerektiği takdirde bunun miktarının ve süresinin nasıl değerlendirildiği ele alınacaktır.

A) Boşanan eşin geçinmesi için gereken uygun miktarın tespiti

Boşanan eşin geçinmesi için gereken uygun miktarın somutlaştırılması için, İMK md. 125/3'de yer alan kriterlerin dikkate alınması gerekir. Eğer evlilik, eşlerden birinin finansal durumuna önemli ölçüde etki ettiyse, o zaman o eş evliliğin sona erdiği andaki hayat standardının korunmasını isteyebilir. Bu durumda, bu hayat standardının her iki eşin ortak gayretleriyle kazanıldığı ve bu nedenle bu standarttan her iki eşin aynı ölçüde yararlanması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁶ Ancak evlilik, eşlerin finansal durumuna önemli etkide bulunmadıysa, boşanan eşin sadece evlilikten önceki hayat standardı dikkate alınır.¹⁷

Peki bir evliliğin, eşlerin finansal durumlarına önemli etki edip etmediği nasıl anlaşılır? Bu konuda pek çok kriterin dikkate alınması gerekir. Bunların içerisinde evliliğin süresi de vardır (İMK md. 125/2, b.2). Federal Mahkeme, yeni içtihadına kadar, evliliğin süresini dikkate alarak iki karine kabul etmekteydi: İlk karineye göre, ortak hayatın

¹⁵ Pichonnaz, CR CC I, Art. 125, n. 1.

¹⁶ Pichonnaz/Rumo-Jungo, s. 53; Pichonnaz, CR CC I, Art. 125, n. 9.

¹⁷ Gloor, Urs /Spycher, Annette, Basler Kommentar ZGB I, Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Basel 2016, Art. 125, n.12; İsviçre Federal Mahkemesinin 23.6.2005 tarihli 5C.49/2005 kararı, FamPra.ch 2005 919 vd.; Pichonnaz, CR CC I, Art. 125, n. 9.

beş yıldan az sürdüğü evlilikler, kısa süreli evlilik olarak değerlendirilmekte ve bu evliliklerin eşlerin finansal durumuna önemli etki etmeyecekleri kabul edilmekteydi.¹⁸ Evliliğin eşin finansal durumuna önemli etkide bulunmadığının tespit edildiği hallerde, eşin evlilikten önceki hayat standardı dikkate alınarak nafakaya yer olup olmadığı değerlendirilmektedir. İkinci olarak, ortak hayatın on yıldan uzun sürdüğü uzun süreli evliliklerin, eşlerin finansal hayatına önemli bir etki ettiği kabul edilmekte idi.¹⁹ Doktrinde ise evlilik süresinin, evliliğin eşlerin finansal durumuna yaptığı etki bakımından bir gösterge olduğu, ancak esas dikkate alınması gereken hususun somut olaydaki ekonomik bağımlılık olduğu ileri sürülmekteydi.²⁰ Nitekim, 5 ila 10 yıl arası süren evliliklerde, Federal Mahkeme de, evlilik nedeniyle eşlerden birinin diğerine ekonomik olarak bağımlı hale gelip gelmediğini değerlendirmekteydi.

Federal Mahkeme'nin yeni içtihadına göre, bir evliliğin eşlerden birinin finansal durumuna etki edip etmediği, şematik kurallara katı bir biçimde bağlı olarak değil, tamamen somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Eğer eşlerden biri, ev işleriyle veya ortak çocukların bakımıyla ilgilenmek amacıyla yıllar boyunca kazanç getiren işinden, yani ekonomik bağımsızlığından vazgeçmiş, buna karşılık diğer eş mesleki açıdan ilerleyebilmişse; o evliliğin, ekonomik bağımsızlığından vazgeçen eşin finansal durumuna önemli etkide bulunduğu kabul edilmelidir.²¹

O halde kısa süreli bir evlilikte de eşlerden birinin diğerine ekonomik olarak bağımlı hale gelmesi söz konusu olabileceği gibi, uzun süreli bir evlilikte, evliliğin eşlerin finansal durumuna önemli etkide bulunmaması da söz konusu olabilir.²² Örneğin evlilik kısa süre de-

¹⁸ Bkz. örneğin İsviçre Federal Mahkemesi'nin 13.9.2006 tarihli, 5C.169/2006 kararı; İsviçre Federal Mahkemesi'nin 23.6.2005 tarihli 5C.49/2005 kararı.

¹⁹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 28.6.2007 tarihli, 5C.38/2007 kararı; İsviçre Federal Mahkemesi'nin 29.6.2001 tarihli 5C.111/2001 kararı. Ayrıca bkz. Ingeborg Schwenzler, "Ehegattenunterhalt nach Scheidung nach der Revision des Scheidungsrechts", *Pratique Juridique Actuelle* 1999, s. 170.

²⁰ Dieter Freiburghaus, *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG, Edition 3, 2016, Art. 125, n.17; Pichonnaz/Rumo-Jungo, s. 57.*

²¹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 03.11.2020 tarihli ATF 147 III 249 kararı, JdT 2021 II 195, c.3.4.3.

²² Örneğin 15 yıl devam eden çocuksuz bir evlilikte, kadının tüm evlilik hayatı bo-

vam etmiş olsa bile, eşlerden birinin çocukların eğitimini üstlenmesi, evlilik içi yükümlülüklerin paylaşımı gibi nedenlerle o eşin tamamen ya da kısmen ekonomik bağımsızlığını kaybetmesi gündeme gelmiş olabilir. Bir başka ifadeyle, evliliğin eşlerin finansal durumuna önemli etki edip etmemesi bakımından somut evliliğin tüm özellikleri, özellikle eşler arasındaki görev paylaşımı belirleyici olmalıdır.²³

Evliliğin, yukarıda açıklandığı şekilde, eşin finansal durumuna önemli etki ettiği tespit edildiği takdirde, her eş için boşanma anındaki hayat standardının sağlanması amaçlanmalıdır. Bu hayat standardının sağlanması hem amaç, hem de makul nafaka miktarının üst limitidir.²⁴ Ancak çeşitli nedenlerle, özellikle nafaka borçlusunun yeniden evlenmesi gibi hallerde bu standarda ulaşılması mümkün olmayabilir. Böyle durumlarda, nafaka alacaklısı lehine hükmedilen nafaka miktarının, onun nafaka borçlusu ile aynı standardı yakalamasına imkân verecek ölçüde olması gerekir.²⁵

B) Boşanan eşin geçimini kendi başına sağlayıp sağlayamayacağı

Boşanan eşin geçimi için gereken makul rakam bir kere belirlendikten sonra, onun geçimini kendi başına sağlayıp sağlamayacağına bakılır. Yalnızca boşanan eşin geçimini kendi başına sağlayamayacağı hallerde nafakaya hükmedilir.²⁶

Boşanan eşin geçimini kendi başına sağlayıp sağlayamayacağı tespit edilirken, elbette onun kazanç getiren faaliyetlerinden elde et-

yunca tam zamanlı olarak çalışmaya devam ettiği göz önünde bulundurularak, evliliğin süresine rağmen, eşlerin finansal durumuna önemli bir etkide bulunmadığı kabul edilmiştir: St-Gall kanton mahkemesinin 22.9.2000 tarihli BF2000.5 kararı, FamPra.ch 2001, s. 372 vd.

²³ Pichonnaz/Rumo-Jungo, s. 56; Freiburghaus, CHK Handkommentar, Art. 125, n.17.

²⁴ ATF 134 III 577, c. 8; ATF 134 III 145, c.4, SJ 2008 I 308; ATF 129 III 7; Freiburghaus, CHK - Handkommentar, Art. 125, n. 6.

²⁵ Pichonnaz, CR CC I, Art. 125, n. 19; Freiburghaus, CHK Handkommentar, Art. 125, n. 6; benzer şekilde Ingeborg Schwenzer, Fam Komm Band I: ZGB Vierter Titel: Die Ehescheidung und die Ehetrennung - Dritter Abschnitt: Die Scheidungsfolgen, Art. 125, n. 5.

²⁶ Caroline Duret/Clara Wack, "Les nouveautés du droit de l'entretien", Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes, Stämpfli Verlag 2021, s. 292. Aynı yönde bkz. ATF 5A_907/2018, c.3.4.4.

tiği kazanca ve malvarlığından elde ettiği gelire bakılmalıdır.²⁷ Diğer taraftan boşanan eşin makul çaba göstererek elde edebileceği varsayımsal kazançların da dikkate alınması gerektiği Federal Mahkeme tarafından kabul edilmektedir.²⁸ Burada eşin, evliliğin yarattığı olumsuz etkileri evlilik sonrası azaltmasına yönelik bir beklenti söz konusudur.²⁹ Her ne kadar bu beklenti alacaklının zararı azaltma külfetinin görünümlerinden biri olarak değerlendirilebilse de, hâkimin somut olay bazında çok dikkatli değerlendirme yapması gerekir.³⁰ Bunun için boşanan eşin yaşı, bakmakla yükümlü olduğu çocuklar ve onların yaşları, evlilik sırasında eşler arasındaki görev dağılımı gibi hususlar, somut olayın tüm özellikleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Federal Mahkeme, örneğin, boşanma sırasında 51 yaşında olan, 34 yıl evli kalan, mesleki eğitimi olmayan ve son 20 yıldır hiçbir kazanç getiren işte çalışmayan bir kadının, boşandıktan sonra iş hayatına atılmasının beklenemeyeceğine hükmetmiştir.³¹ Bununla birlikte Federal Mahkeme, boşanan eşin 45 yaşından sonra yeniden çalışma hayatına katılmasının beklenemeyeceği yönündeki eski içtihadını da değiştirmiştir. Federal Mahkeme'nin 2.2.2021 tarihli yeni kararındaki içtihat değişikliği, toplumsal gelişmelere dayanmaktadır. Federal Mahkeme'ye göre çalışma hayatına dönme açısından yaş, bir karine oluşturacak şekilde soyut bir kriter olarak ele alınmamalı ancak kişinin iş hayatına yeniden entegre olması bakımından somut olayın diğer tüm koşullarıyla (sağlık durumu, aldığı veya almak istediği eğitim, bildiği diller, mesleki tecrübesi, piyasanın koşulları) birlikte değerlendirilmelidir.³² Diğer taraftan yine Federal Mahkeme'ye göre boşanan eşin iş hayatına yeniden entegre olması için kimi zaman oldukça uzun bir geçiş süreci gerekebilir. Bu süreçte, diğer eşin, evlilik sonrası dayanışma yükümlülüğü çerçevesinde nafaka ödeme borcu devam eder.

²⁷ Pichonnaz, CR CC I, Art. 125, n. 31. Bu çerçevede eşin kazanç getiren faaliyetinden elde ettiği net kazanç bakılır; varsa ek gelirleri de dikkate alınır. Bağımsız çalışan bir kişi söz konusuysa onun muhasebe kayıtları dikkate alınmalı; bunun olmadığı hallerde vergi beyanlarına bakılmalıdır. Bkz. Pichonnaz, CR CC I, Art. 125, n.32-35.

²⁸ ATF 128 III 4, c.4a; ATF 135 III 153, c.7.1; ATF 117 II 16, JdT 1994 I 76.

²⁹ Pichonnaz, CR CC I, Art. 125, n. 42.

³⁰ Pichonnaz, CR CC I, Art. 125, n. 42-43.

³¹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 18.03.2008 tarihli, 5A_11/2008 kararı.

³² İsviçre Federal Mahkemesi'nin 2.2.2021 tarihli 5A_104/2018 kararı, SJ 2021 I 328, s. 333-334.

C) Nafakanın süresi

Nafaka borcunun zamansal sınırı bakımından, hâkim, nafaka ödenecek süreyi belirlerken, nafaka alacaklısının sadece mevcut ihtiyaçlarını ve gelirlerini değil, aynı zamanda bunun gelecekteki değişimini de dikkate almalıdır. Bunun için özellikle nafaka alacaklısının ileride elde edebileceği varsayımsal kazançların da dikkate alınması gerekmektedir.³³ Ancak nafaka borcu, nafaka alacaklısının emeklilik hakkını kazanmasıyla mutlak olarak sona ermemektedir.³⁴ Eğer nafaka alacaklısı emeklilik ödeneği ile kendi ihtiyaçlarını karşılayabilir duruma gelecekse, nafaka sona erdirilebilir veya nafaka borçlusunun ödeyeceği miktarda indirim yapılabilir. O halde nafaka süresi tamamen somut olayın özellikleri dikkate alınarak, 125. maddenin 2. fıkrasında yer alan kriterler çerçevesinde belirlenmektedir. Bu sürenin belirlenmesinde, hâkimin, nafaka alacaklısının ileride ihtiyaçlarını kendi başına karşılayabileceği ölçüde varsayımsal bir gelirin olup olmayacağını belirlemesi önem taşımaktadır. Bu da, boşanan eşin çalışma hayatına yeniden başlama imkânları çerçevesinde değişir.³⁵ Boşanan eşin tam zamanlı veya kısmi zamanlı bir işte çalışmasının beklenemeyeceği hallerde, evlilik sonrası dayanışma yükümlülüğü, ona nafaka ödenmesine devam edilmesini gerektirir.³⁶ Öte yandan, nafakanın süresi evlilik süresine göre belirlenemez.³⁷ Özellikle nafaka alacaklısının emeklilik ödeneklerinin bulunmadığı hallerde, nafaka süresinin daha farklı (daha uzun süre için) değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.³⁸

Görüldüğü üzere, İsviçre Medeni Kanunu'nda yoksulluk nafakasına hak kazanılıp kazanılmayacağı eğer kazanılacaksa bunun miktarı ve süresi değerlendirilirken, tamamen ihtiyaç esaslı bir değerlendir-

³³ Pichonnaz, CR CC I, Art. 125, n. 72; Freiburghaus, CHK Handkommentar, Art. 125, n. 20.

³⁴ ATF 132 III 593, c.7.2; Pichonnaz, CR CC I, Art. 125, n. 73.

³⁵ Çocuklara bakmakla yükümlü olan eşin çalışması bakımından Federal Mahkeme şöyle bir içtihat geliştirmiştir: Eğer eşin bakımıyla yükümlü olduğu çocukların en küçüğü 16 yaşında ise, o eşin tam çalışma kapasitesinin varlığı kabul edilebilir. Buna karşılık eşin bakımıyla yükümlü olduğu çocukların en küçüğü 10 yaşında ise, eşin ancak yarı zamanlı çalışması beklenebilir. Bkz. ör. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 14.11.2008 tarihli 5A_210/2008 kararı.

³⁶ Pichonnaz, CR CC I, Art. 125, n. 74.

³⁷ Schwenzer, Fam Komm, Art. 125, n. 36; ATF 109 II 286 c.5b, JdT 1985 I 170.

³⁸ Pichonnaz, CR CC I, Art. 125, n. 75.

me yapılmaktadır. Kanunda öngörülen sekiz kriter ayrı ayrı dikkate alınmakta ve boşanan eşin boşandıktan sonra geçimini kendi başına sağlayıp sağlayamayacağı tespit edilmektedir. Dolayısıyla, nafaka borcunun evlilik süresiyle sınırlandırılması söz konusu değildir.

Diğer taraftan, nafaka miktarı ve süresi belirlenirken, nafaka talep eden eşin her türlü geliri ile ileride kazanç elde etme imkânının olup olmadığı (çalışma hayatına yeniden uyum sağlamasının ondan beklenip beklenemeyeceği ve elbette bunun maliyeti) dikkate alınmaktadır. Eşin yaşı, sağlık durumu, bakım ihtiyacı içinde olan çocuklarının bulunup bulunmadığı, bu bakım ihtiyacının kapsamı ve süresi, onun ileride çalışma hayatına katılmasının beklenemez olduğu şeklinde bir değerlendirmeye yol açabilir. İleride kazanç elde etme imkânı değerlendirilirken, boşanan eşin ileride alacağı emeklilik ödenekleri ve yaşlılık ödeneklerinin de dikkate alınması gerektiği; ancak bu ödeneklere rağmen geçimini sağlayamayacak durumda olan eşe, yoksulluk nafakası ödenmesine devam edilebileceği kabul edilmektedir.³⁹

Nafakanın süreye bağlanması bakımından, İsviçre'deki zorunlu sigorta sistemi de göz ardı edilmemelidir. İsviçre hukukunda zorunlu sigorta sisteminin iki ayağı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, yaşlılık ve geride kalanlar sigortası (*l'assurance-vieillesse et survivants*); ikincisi ise mesleki sigorta (*emeklilik sigortası- prévoyance professionnelle*) olarak ortaya çıkmaktadır.

Yaşlılık ve geride kalanlar sigortası, kişinin yaşlanması nedeniyle gelirden yoksun kalması (emekliliği) halinde kendisinin veya aile desteğinin ölümü nedeniyle geride kalanların hayati ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla hizmet etmektedir.⁴⁰ Yaşlılık ve geride kalanlar sigortası, kazanç getiren bir işte çalışanlar ve kazanç getiren bir işte çalışmasalar bile 20 yaşından büyük olup İsviçre'de ikamet eden kişiler tarafından finanse edilmekte; yani primler bu kişilerce ödenmektedir (Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants -LAVS- md. 3/I). Bununla birlikte evli ve kazanç getiren bir işte çalışmayan kişiler, eğer eşleri tarafından ödenen primlerin toplamı kazanç getiren işte çalışmayan kişilerin ödemeleri gereken minimum prim tutarının en az

³⁹ Pichonnaz, CR CC I, Art. 125, n. 74-75.

⁴⁰ Olivier Guillod/ Sabrina Burgat, Droit des familles, 4e édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle - Neuchâtel 2016, n. 670.

iki katı ise, prim ödemekten muaftırlar (LAVS md. 3/III-a). Prim ödeme borcu, kişinin emeklilik yaşına ulaşması (erkeklerde 65, kadınlarda 64) ve kazanç getiren faaliyetini bırakması halinde sona erer (LAVS md. 3/I). Yaşlılık sigortası ödemeleri, kadınlarda 64 yaşın, erkeklerde 65 yaşın tamamlanması ile başlar ve kişinin ölümüne kadar ödemeler devam eder (LAVS md. 21/I). Bu ödemeler, aylık minimum 1185 CHF, maksimum 2370 CHF arasındadır.⁴¹

İsviçre’de ikamet eden veya İsviçre’de kazanç getiren bir faaliyette bulunan kişiler ya da yurt dışında kazanç getiren bir işte çalışan İsviçre vatandaşları, en az 1 yıl süreyle primlerini ödedikleri takdirde, yaşlılık ve geride kalanlar sigortası sistemine girer ve sigortalı olur (LAVS md. 1a). Kanunun belirlediği yaş koşulu sağlandığında, bu kişiler yaşlılık ödeneğine hak kazanmaktadır. Dolayısıyla evlendiği için çalışma hayatına hiç girmemiş olan bir kişi dahi, bu zorunlu sigorta sistemine kayıtlı olmakta ve zamanı gelince yaşlılık ödeneğinden yararlanabilmektedir.

Geride kalanlar sigortası kapsamında, boşanmış bir kişi, eğer bir veya daha fazla çocuğu varsa ve evliliği en az on yıl sürdürdüyse; ya da 45 yaşını doldurduktan sonra boşandıysa ve evlilik en az on yıl sürdürdüyse; ya da 45 yaşını doldurduktan sonra en küçük çocuğu 18 yaşına gelmişse bir dul gibi kabul edilerek geride kalanlar sigortasından yararlanmaya hak kazanır (*Loi fédérale sur l’assurance-vieillesse et survivants* - LAVS md. 24a). Bu şartlardan birini taşıyan boşanan kadın, yeniden evleninceye veya ölünceye kadar geride kalanlar sigortasından yararlanabilecektir (LAVS md. 23).⁴²

Bu bilgiler ışığında, İsviçre hukuku çerçevesinde, evlendiği için herhangi bir işte çalışmayan ve bu nedenle kazancı olmayan bir kişinin, boşandıktan sonra yararlanabileceği sosyal sigorta ödemeleri mevcuttur (LAVS md. 23, md. 24a) ve yoksulluk nafakasının -kural olarak- belirli bir süreyle sınırlı tutulması, boşanan eşin geçimini sağlayabileceği başka kaynaklara sahip olması nedeniyle makul ve anlamlıdır. Kaldı ki, herhangi bir nedenle zorunlu sigorta sistemine

⁴¹ file:///E:/Belgelerim/Downloads/Rente%20minimale,%20rente%20maximale%20et%20rentes%20plafonn%C3%A9es%20dans%20l%E2%80%99AVS%20(1).pdf

⁴² Aynı yönde bkz. Guillod/Burgat, n. 674.

dâhil olmayan ve bu nedenle yaşlılık ve geride kalanlar sigortalarından yararlanamayacak kişilere ödenecek yoksulluk nafakasına, daha uzun bir süre için veya süresiz olarak hükmedilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

III- Değerlendirmeler

Yoksulluk nafakasının süresi değerlendirilirken, ülkenin ekonomik koşulları, sosyal sigorta sistemi ve bu sistemin boşanan eşe sağladığı imkânlar; boşanan eşin çalışma hayatına katılma imkânları ve herhangi bir sigorta sistemine dâhil olup olmadığı, yani belirli bir yaşa geldiğinde birtakım ödeneklere kavuşup kavuşmayacağı hususları da dikkate alınmalıdır. İsviçre'de yaşayan herkesin zorunlu olarak dâhil olacağı yaşlılık ve geride kalanlar sigortası sistemi, 64-65 yaşından sonra kişiye geçimi için makul bir gelir sağladığı takdirde, elbette bu yaştan sonra eski eşin yoksulluk nafakası ödemesi de gerekmez. Diğer taraftan, boşanan bir kişinin çalışma hayatına katılmasının beklenip beklenemeyeceği de, ülkenin ekonomik koşulları çerçevesinde değerlendirilmelidir.⁴³

Türkiye'de işsizliğin son derece yüksek olduğu günümüz koşullarında, özellikle 40'lı yaşlardan sonra bir kişinin çalışma hayatına sıfırdan girebileceğini düşünmek, somut olayın özellikleri çerçevesinde ancak çok istisnai hallerde, makul bir beklenti olabilir. Yine Türkiye'de boşanan bir kadın, çalışma hayatına hiç girmediyse, yaşlılığında herhangi bir sosyal sigorta ödemesinden de yararlanamaz. Bu nedenle evliliğin boşanan eşin çalışma hayatına girmesine engel olduğu ve o eşin boşandıktan sonra da çalışma hayatına girmesinin beklenemediği hallerde, bunun sonuçları her iki eşe yüklenebilir ve yoksulluk nafakasına süresiz hükmedilebilir.

Bu çerçevede, Türk Medeni Kanunu'ndaki mevcut düzenleme korunmalı ve yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilebilmesi imkânı muhafaza edilmelidir. Ancak somut olayın özelliklerine göre,

⁴³ 2020 yılı TÜİK hane halkı işgücü araştırması sonuçlarına göre; 2020 yılında, Türkiye'de 15 ve daha yukarı yaştaki istihdam edilenlerin oranı %42,8 olup bu oran kadınlarda %26,3, erkeklerde ise %59,8'dir. Bkz. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Kadin-2021-45635#:~:text=Okuryazar%20olmayan%20kad%C4%B1nlar%C4%B1n%20i%C5%9Fg%C3%BCc%C3%BCne%20kat%C4%B1%C4%B1m,oran%C4%B1%20%65%2C6%20oldu>.

evliliğin nafaka talep eden eşin mali durumuna önemli etki etmediği hallerde (örneğin çok kısa süreli, çocuksuz evliliklerde), nafaka; tarafların işi, sağlık durumu, yaşı ve eğitim düzeyine göre belirli süre için belirlenebilmelidir. Özellikle boşanan eşin çalışma hayatına girmesinin makul olarak beklenebilir olduğu hallerde, süresiz olarak nafakaya hükmedilmesi, clean-break ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Katıldığımız görüşe göre,⁴⁴ belirli süreyle nafakaya hükmedilebilmesi için bir kanun değişikliğine ihtiyaç yoktur. Gerçekten de TMK md. 175, “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, (...) süresiz olarak nafaka isteyebilir” demektedir. Yargıtay uygulaması her ne kadar yoksulluk nafakası süresinin belirlenmesinde hâkime takdir yetkisi tanınmadığını kabul etmekte ise de⁴⁵ ne hükmün lafzı ne de ruhu böylesine bir kabulü destekler. Aksine, süresiz olarak nafaka istenebileceği, ancak somut olayın özellikleri çerçevesinde nafakaya süresiz olarak hükmedilmeyebileceği şeklinde bir değerlendirme, daha yerinde olacaktır. Bir başka ifadeyle, somut olayın özellikleri çerçevesinde, nafakaya belirli bir süreyle sınırlı olarak hükmedilebilmelidir. Bununla birlikte, nafakaya ne zaman süresiz olarak hükmedileceği ne zaman bunun belirli bir süreyle sınırlandırılacağı hususunda hâkimin takdir yetkisini kullanırken dikkate alması gereken kriterler, İsviçre Medeni Kanunu’nda olduğu gibi, Türk Medeni Kanunu’nda da yer almalıdır. Nafaka süresinin belirlenmesinde dikkate alınması gereken kriterlerin mevcut düzenlemeye ilave bir fıkra ile eklenmesinde fayda olacaktır.

⁴⁴ Bu görüş için bkz. Kürşad Yağcı, “Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 76 (1) 323-358, s. 337 vd. Bilal Köseoğlu/Köksal Kocabaş, *Aile Hukuku ve Uygulaması – Bilimsel Görüşler ve Yargı İçtihatları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2009, s. 233; Kocabaş, s.366 vd.; Mehmet Hamzaçebi, “Türk Medeni Kanununa Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S.3-4, 2002, s.35; Şahin, s.88; Safa Koçoğlu, “Boşanmanın Eşler Açısından Genel Sonuçları Bağlamında Yoksulluk Nafakasına İlişkin Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 70, S. 2, Ankara 2021, s.412; Kahraman, s. 370; Odabaşı, s. 81-82; Şebnem Akipek Öcal, “Hukukumuzda Yoksulluk Nafakası”, *İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi 8 Mart 2020 Özel Yayını*, İstanbul 2020, s. 20-21. (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/kitaplar/doc/8MART2020-BROSUR.pdf>)

⁴⁵ Bkz. ör. Yarg.2. HD’nin 12.12.2017 tarihli, E. 2016/8859, K. 2017/14407 sayılı kararı (Legalbank, 20.04.2022). Aynı görüşte bkz. Remzi Demir, “Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine Dair Tartışmalar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 147, Y. 2020, s. 240.

Aksi görüş ise, nafakanın süresiz olarak ödenmesinin hakkaniyete aykırı olduğu gerekçesiyle nafaka düzenlemesinin gözden geçirilmesi ve nafakanın süreye bağlanması gerektiğini ileri sürmektedir.⁴⁶ Oysa Türkiye'nin mevcut koşullarında süreli nafakanın bir kural haline getirilmesi, örneğin şiddete maruz kalan kadınları, boşanmaktan caydırabilir. Zira maddi geliri olmayan bir kadının boşandıktan sonra belirli bir süreyle yoksulluk nafakasına bağlanması, onun bu süreden sonra tamamen geçimini sağlayamayacak durumda ortada bırakılması anlamına gelebilir. Yapılması gereken, sosyal devlet ilkesi çerçevesinde, devletin boşanan kadınlara öncelikli olarak iş bulma yönünde somut adımlar atması, mesleki eğitim vererek boşanan kadınların kendi başlarına hayat kurabilmelerine imkân vermesi ve onlara ücretsiz çocuk bakım desteği sağlamasıdır.

Diğer taraftan, yukarıda açıklandığı üzere, İsviçre'de, boşanan kişinin geçinmesi için gereken uygun miktar belirlenirken, eşlerden birinin mali gücüne önemli etki eden bir evliliğin varlığı halinde, evlilikteki hayat seviyesi dikkate alınmakta; o hayat seviyesinin her iki eşin ortak katkılarıyla sağlandığı kabul edilmektedir. Bu husus da göstermektedir ki, evlilik nedeniyle eşlerden birinin ekonomik bağımsızlığından vazgeçmesi, boşanma halinde karşılığını bulmakta ve evlilikteki hayat standardının yakalanmasında onun da emeği olduğu göz önüne alınarak, nafaka miktarı o hayat standardına göre belirlenmektedir. Türk hukukunda baskın görüş ve Yargıtay uygulaması ise⁴⁷ nafaka miktarını boşanan eşin yeme, giyinme, barınma, sağlık, kültür gibi zorunlu ihtiyaçlarının karşılanması çerçevesinde belirleneceğini kabul ettiğinden, İsviçre'deki uygulamaya son derece uzaktır. Boşanan eşin ekonomik bağımsızlığından vazgeçmiş olmasının karşılığını alması bakımından, nafaka miktarının değerlendirilmesinde Türk hukukunda da benzer bir bakış açısı geliştirilmesinde fayda olacaktır.

O halde Türk hukukunda nafakaya ilişkin düzenlemenin gözden geçirilmesi ve nafaka ödemesinin gerektiği hallerde bunun miktarını ve süresini belirlemeye yarayacak kriterlerin kanun metnine ilave edilmesi yerinde olacaktır. Bu çerçevede önerimiz, hâkimin, evlilik süresini; evlilik devam ederken eşler arasındaki görev paylaşımını ve evlilik birliğindeki yaşam standardını; eşlerin yaşı, sağlık durumu, gelirleri ve

⁴⁶ Kulaklı, s. 263; Yıldırım, s. 83; Özdemir, s. 47.

⁴⁷ Bkz. yukarıda I- A.

malvarlıklarını; eşlerin eğitim durumları ile ileride kazanç elde etme imkânlarını; bakım ihtiyacı içinde olan çocukları varsa bu ihtiyacın süresini ve kapsamını göz önünde tutarak nafaka miktarını ve süresini belirlemesi yönünde bir fıkranın kanun maddesine eklenmesidir.

İsviçre hukukunda süreli nafakayı öngören düzenlemenin temelinde, İsviçre hukuk sistemindeki zorunlu sosyal sigorta sisteminin yattığı unutulmamalıdır. İsviçre’de yaşlılık ve geride kalanlar sigortası ile, yaşlılığı nedeniyle gelirden yoksun kalan veya aile desteğinin ölümü nedeniyle gelirden mahrum kalan kişilerin zorunlu ihtiyaçları karşılanmakta (LAVS md. 21/I); evlendiği için çalışma hayatına hiç girmemiş bir kişi bile bu zorunlu sigorta sistemine dâhil olduğundan 64 veya 65 yaşına geldiğinde söz konusu ödeneklerden yararlanabilmektedir. Bu sigorta ödemeleri de elbette nafaka alacaklısının nafaka ihtiyacını ortadan kaldırmaktadır. Türk hukukunda bu tür zorunlu sosyal sigortaların bulunmaması, nafakanın her koşulda süreli olarak belirlenmesine engel teşkil etmektedir.

SONUÇ

Türk hukukunda yoksulluk nafakasının süresizliği, son zamanlarda bazı yazarlar tarafından eleştiri konusu yapılmakta ve TMK’deki düzenlemenin değiştirilerek yoksulluk nafakasının süreye bağlanması gerektiği ileri sürülmektedir. İsviçre hukukunda yoksulluk nafakasına kural olarak belirli bir süreyle hükmedilse de, bu düzenlemenin arka planında İsviçre’deki zorunlu sigorta sistemi bulunmaktadır. Çalışma hayatına hiç atılmamış kişilerin dahi dâhil oldukları bu zorunlu sigorta sisteminin ödemeleri başladıktan sonra, kişinin nafaka ihtiyacı ortadan kalkmaktadır. Türk hukukunda böyle bir zorunlu sigorta sistemi bulunmadığından, yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilebilme imkânının ortadan kaldırılması, özellikle belirli bir yaşa gelmiş ve/veya sağlık, eğitim gibi sebeplerle çalışma hayatına katılması beklenemeyen boşanmış kişilerin zorunlu ihtiyaçlarını dahi karşılayamamaları anlamına gelecektir. TMK’deki mevcut nafaka düzenlemesinin hâkime süreli olarak da nafakaya hükmedebilme imkânı verdiğini kabul etmek ve nafaka süresi bakımından hâkime takdir yetkisi tanımak, hakkaniyete en uygun çözüm yolu olacaktır. Bununla birlikte, çalışmamızda ele alınan, hâkimin takdir yetkisini kullanırken dikkate alması gereken kriterler TMK’deki mevcut düzenlemeye eklenmelidir.

Kaynakça

Makaleler

- Akipek Öcal Şebnem, "Hukukumuzda Yoksulluk Nafakası", İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi 8 Mart 2020 Özel Yayını, İstanbul 2020, s. 14-21. (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/kitaplar/doc/8MART2020-BROSUR.pdf>)
- Arbek Ömer, "Boşanmanın Mali Sonuçları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. I, 2005, s. 115-161.
- Arkan Serim Azra, "Yoksulluk Nafakası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXV, S. I, İstanbul, 2007, s. 285-302.
- Büchler Andrea/Clausen Sandro, "Die Eigenversorgungskapazität im Recht des nachhehlichen Unterhalts: Theorie und Rechtsprechung", in *FamPra.ch* 2015, S. 1, s.1-40.
- Çitak Burçak, "Yoksulluk Nafakası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.LXXIV, Y.2016, S.1, s. 241-257.
- Demir Remzi, "Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine Dair Tartışmalar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 147, Y. 2020, s. 221-249.
- Duret Caroline/Wack Clara, "Les nouveautés du droit de l'entretien", *Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes*, Stämpfli Verlag 2021, s.288-293.
- Hamzaçebi Mehmet, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S.3-4, 2002, s.23-48.
- Kahraman Zafer, "Boşanmada Yoksulluk Nafakasının Miktarı ve Süresi", *Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan*, İstanbul 2020, s. 345-378.
- Kocabaş Gediz, "Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, S. I, İstanbul, 2013, s. 357-391.
- Koçoğlu Safa, "Boşanmanın Eşler Açısından Genel Sonuçları Bağlamında Yoksulluk Nafakasına İlişkin Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.70, S.2, Ankara 2021, s.389- 427.
- Kulaklı Emrah, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5 S.2, Güz 2018, s. 237-268.
- Odabaşı Büşra, "Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 94, S. 2, Y. 2020, s. 44-82.
- Özdemir Genç, "Yoksulluk Nafakası Kavramı ve Süresiz Yoksulluk Nafakası Tartışması", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, C.12, S.27, Y. 2020, s. 25-52.
- Pichonnaz Pascal/Rumo-Jungo Alexandra, "Evolutions récentes des fondements de l'octroi de l'entretien apres divorce", *Semaine Judiciaire* 2004 II, s. 47-65.
- Schwenzer Ingeborg, "Ehegattenunterhalt nach Scheidung nach der Revision des Scheidungsrechts", *Pratique Juridique Actuelle* 1999, s. 67-177.

Schwenzer Ingeborg, "Das clean break- Prinzip im nahehelichen Vermögensrecht" in FamPra.ch 2000, s.609-627.

Şahin Mustafa, Türk - İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175 - ZGB m. 125), *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XXI, Y. 2017, S. 3, s. 75-107.

Yağcı Kürşad, "Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 76, S. 1, Ekim 2018, s. 323-358.

Yıldırım Abdülkadir, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 157, Ocak 2016, s. 59-88.

Kitaplar

Akıntürk Turgut/Ateş Karaman Derya, *Aile Hukuku*, İstanbul 2013.

Ceylan Ebru, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, İstanbul, 2006.

Demir Mecit, *Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası*, İstanbul, 2018.

Dural Mustafa/Öğüz Tufan /Gümüş Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III- Aile Hukuku*, İstanbul 2022.

Freiburghaus Dieter, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG, Edition 3, 2016, Art. 125.*

Gloor Urs/Spycher Annette, *Basler Kommentar ZGB I, Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Basel 2016, Art. 125.*

Guillod Olivier/Burgat Sabrina, *Droit des familles, 4e édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle - Neuchâtel 2016.*

Köseoğlu Bilal/Kocaağa Köksal, *Aile Hukuku ve Uygulaması - Bilimsel Görüşler ve Yargı İçtihatları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2009.*

Pichonnaz Pascal, *Commentaire Romand Code Civil I, (Editeurs: Pascal Pichonnaz/ Bénédict Foëx) Helbing Lichtenhahn, Bâle 2010, Art. 125.*

Ruhi Ahmet Cemal, *Nafaka Hukuku*, Ankara, 2010.

Schwenzer Ingeborg, *Fam Komm Band I: ZGB Vierter Titel: Die Ehescheidung und die Ehetrennung - Dritter Abschnitt: Die Scheidungsfolgen, Art. 125.*

BOŞANMA DAVALARINDA KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİN KORUNMASI

PROTECTION OF THE PERSONAL HEALTH DATA IN DIVORCE CASES

Emel BADUR*

Özet: Boşanmak isteyen kişinin, eşinin kusurlu hareket ettiğini veya mutlak boşanma sebebinin gerçekleştiğini ispatlamak amacıyla, eşinin sağlık verilerini delil olarak mahkemeye sunması günümüzde sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Özel, nisbi ve kusura dayalı olmayan bir boşanma sebebi olan akıl hastalığı, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 165. maddesi gereğince, zaten eşin kişisel sağlık verisinin işlenmesini zorunlu kılan bir dava sebebi oluşturmaktadır. Ayrıca boşanma kararıyla birlikte çocuk veya çocukların üstün yararı gereği velayetin kendisine bırakılması gerektiğini iddia eden eşin de bu iddiasını diğer eşin sağlık verilerini kullanmak suretiyle ispatlamaya çalıştığı bilinmektedir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun (KVKK) "İstisnalar" kenar başlıklı 28/1/d maddesinde "Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi" halinin Kanun'un kapsamı dışında bırakıldığı düzenlenmiştir. Ancak bu istisnai hüküm, sadece yargı makamları açısından, yargılama işlemlerine ilişkin olarak işlenen verileri Kanun'un kapsamının dışına çıkarmaktadır. Başka bir ifadeyle boşanma davasında eşlerin, birbirlerinin kişisel sağlık verilerini işleminin bu istisna kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

Anahtar Kelimeler: Boşanma Davası, Kişisel Veri, Özel Nitelikli Kişisel Veri, Hassas Veri, Sağlık Verisi

Abstract: It is a common situation today that the person who wants to divorce presents his/her spouse's health data to the court as evidence in order to prove that her spouse acted faulty or that the absolute divorce reason was realized. Mental illness, which is a special, relative and no-fault-based reason for divorce, requires a lawsuit that compels the processing of the spouse's personal health data, in accordance with Article 165 of the Turkish Civil Code (TCC). It is also known that the spouse, who claims that custody should be

* Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, badur@cankaya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5133-8541, Makalenin Gönderim Tarihi: 08.07.2022, Kabul Tarihi: 24.08.2022

left to her due to the best interests of the child or children with the divorce decision, tries to prove this claim by using the health data of the other spouse.

Article 28/1/d of the Personal Data Protection Law with the margin title “Exceptions” states that the case of “Processing of personal data by judicial authorities or execution authorities in relation to investigation, prosecution, trial or execution proceedings” is excluded from the scope of the Law. However, this exceptional provision only takes the data processed in relation to the judicial proceedings outside the scope of the Law. In other words, it is not possible for spouses to process each other’s personal health data in a divorce case within the scope of this exception.

Keywords: Divorce Case, Personal Data, Special Categories of Personal Data, Sensitive Personal Data, Data Concerning Health

GİRİŞ

Kişisel sağlık verilerinin işlenmesi, genellikle ve en azından amaç itibariyle ilgili kişinin yararına olan işleme faaliyetlerindedir. Zira bu sayede kişinin maruz kaldığı tıbbi müdahaleler kayıt altına alınır, geçirdiği ya da taşıdığı hastalıklar bilinir ve belgelenir. Kişinin acil durumlarda kan nakli yapılabilmesi için kan grubunun bilinmesi, diyabet ya da epilepsi gibi kronik hastalıkları olduğuna, sağlık verilerinin işlenmesi sonucunda tutulan kayıtlar sayesinde kolaylıkla ulaşılması, kişiye yarar sağlar. Ayrıca kişinin sağlık durumunun yetkili kişilerce raporlanması çalışanlar, öğrenciler, zorunlu askerlik görevi yapanlar, tutuklu ve mahkumlar açısından bazı haklarını kullanmalarının koşulu olarak düzenlenmiştir.

İşlenen sağlık verilerinin, kişinin özel hayatının sır (giz) kısmına ilişkin olduğu da bir diğer gerçektir. Zira ilgili kişi, sağlık verilerinin ancak kendisinin belirlediği kişiler tarafından ve kendisinin istediği kadar bilinmesini ister. Güncel ya da geçmişe yönelik sağlık verilerinin, veri sahibi olan kişinin seçtiği ve belirlediği kişiler haricinde kalanlarca öğrenilmesi, pek çok sakıncayı da beraberinde getirecek niteliktedir. Bu sakıncalardan bazıları sağlık verisinin türüne göre artan şiddette yaşanabilecek olan ayrımcılığa maruz kalma, işyerinden uzaklaştırılma ve hatta ahlaki nedenlerle kınanmak suretiyle dışlanma olarak ortaya çıkabilir. Bu nedenlerle kişisel sağlık verileri, özel nitelikli veriler arasında düzenlenmiş; hatta bu veriler içinde bile özel koruma kurallarına tabi kılınmıştır.

Kişisel sağlık verilerinin korunması, kişilerin sağlık hizmetinden yararlanmaları ve hatta bu suretle kamu sağlığının da korunması açısından da önemlidir. Zira kişisel sağlık verilerinin yeterince korunmaması, sağlık hizmetine erişim açısından da sorunlar oluşturmaya açıktır. Kişiler, sağlık hizmetinden faydalanmak için başvururken -bazı yasal istisnalar saklı kalmak kaydıyla (örneğin kamu sağlığı açısından bazı bulaşıcı hastalıkların bildirilmesi vb.)- başta hekimler olmak üzere tüm sağlık çalışanlarının sır saklayacağına; kişisel sağlık verilerinin de korunacağına dair güvenle hareket etmektedirler. Bu güvenin sarsılması, kişinin sağlık hizmeti almak için yapacağı girişimlerde müteaddit kalmasına neden olacak ve hatta bazı kişiler sadece bu yüzden sağlık hizmetine başvurmayacaklardır.

Bu nedenledir ki sağlık verileri kişisel verilerin içerisinde özel bir grup oluştururlar ve hukuka uygun şekilde işlenmeleri de diğer verilerle kıyaslandığında daha sıkı kurallara tabi kılınmıştır. Her türlü kişisel verinin hukuka uygun işlenmesini sağlayan başlıca sebep olan, ilgili kişinin rızası, kişisel sağlık verilerinin de işlenmesini hukuka uygun kılar. Ancak ilgili kişinin rızası haricinde kişisel sağlık verilerinin hukuka uygun olarak işlenmesi için aranan şartlar, diğer özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine tabi olan kurallardan farklı şekilde düzenlenmiştir.

Kişisel sağlık verilerinin, onları diğer özel ve genel nitelikli kişisel verilerden ayıran bir özelliği de bu verilere sıklıkla yargılamanın çeşitli aşamalarında ve türlerinde delil olarak başvurulmasıdır. Kişinin sağlık verileri ceza yargılamasında hem fail hem de mağdur açısından delil niteliği taşır. Ayrıca hukuk yargılamasında da başta akıl hastalığı sebebine dayalı boşanma davaları ve kişinin ayırt etme gücünün tespit edilmesi gereken durumlar olmak üzere kişisel sağlık verileri delil olarak önem kazanır. Ancak kişinin sağlık verilerinin delil olarak kullanıldığı başka hukuk ve ceza davaları olduğu da şüphesizdir.

Bu makalenin konusu, boşanma davalarında eşlerin kişisel sağlık verilerinin işlenmesine ve korunmasına özgülenmiştir. Boşanmak isteyen kişinin, iddia olunan boşanma sebebinin gerçekleştiğini, eşinin kusurlu hareket ettiğini veya ortak çocuk ya da çocukların velayetinin kendisine bırakılmasının daha yerinde olduğunu ispatlamak için eşinin sağlık verilerini delil olarak mahkemeye sunması sıklıkla karşıla-

şılan bir durumdur. Boşanma davalarında kusur konusu başta olmak üzere, iddialarını ispatlamak isteyen tarafların, birbirlerinin kişisel değerlerine, hatta temel hak ve özgürlüklerine yönelik saldırı oluşturabilecek ispat faaliyetlerine başvurmaları ve deliller kullanmaları, bu davalarda kişisel sağlık verilerinin korunmasını daha da önemli hale getirmektedir.

Türk Hukukunda özel, nisbi ve kusura dayalı olmayan bir boşanma sebebi olarak düzenlenen akıl hastalığına dayalı boşanma davaları da zaten eşin kişisel sağlık verisinin işlenmesini zorunlu kılmaktadır. TMK'nın 165. maddesinde "*hastalığın geçmesine olanak bulunmadığının resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmesi koşuluyla*" bu davanın açılabilceği düzenlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM), eşlerin kişisel sağlık verilerinin boşanma davalarında kullanılmasına ilişkin bazı kararlarında, kişisel verilerin korunmasına ilişkin hakkın (veya AİHS açısından özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini talep hakkının) ihlal edildiğine hükmetmişlerdir. Başka bir ifadeyle boşanma davalarında kullanılan kişisel sağlık verileri, AİHM ve AYM içtihatlarına da konu olabilecek ihlallere neden olmuşlardır.

I. KİŞİSEL VERİ, ÖZEL NİTELİKLİ KİŞİSEL VERİ VE KİŞİSEL SAĞLIK VERİSİ KAVRAMLARI

KVKK'nın "*Tanımlar*" kenar başlıklı 3/1/d maddesinde kişisel veri kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi kapsayacak genişlikte tanımlanmıştır.¹ Yasa koyucu Türk Hukuku açısından kişisel verileri örneklendirme yoluyla saymaktan uzak durmuştur.² Buna karşılık Avrupa Birliği'nin veri korumaya ilişkin temel

¹ Anayasa Mahkemesi'nin yakın tarihli bir kararında kişisel veri kavramı "Kişinin sadece kimliğini ortaya koyan ad, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bilgilerinden değil aynı zamanda telefon numarası, pasaport numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, öz geçmiş, görüntü ve ses kayıtları, resim, parmak izleri genetik bilgiler ile sağlık bilgileri, e-posta adresi, İnternet Protokol (IP) adresi, alışkanlıklar, hobiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi belirlenebilir kılan bütün verilerden oluşmaktadır" ifadesiyle açıklanmıştır. AYM, Başvuru No: 2014/1970, T. 22.11.2017.

² Kanun'un Gerekçesinde kişisel veri kavramı, "Bu bağlamda sadece bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgiler

düzenlemesi olan Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün³ (GVKT) tanımlara ayrılmış 4/1. maddesinde, kişisel veri tanımı yapıldıktan sonra kullanılan, “gerçek kişiye ait olan isim, kimlik numarası, konum, çevrim içi tanımlayıcı, fiziksel, psikolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğini gösteren bir veya birden fazla faktöre ilişkin veriler” ifadesiyle ne tür bilgilerin kişisel veri olabileceğine dair örnekler verilmiştir.⁴

KVKK'nın düzenlenme sistematığı ilk bakışta, kişisel verilerin açık bir şekilde türlere ayrılmadığı izlenimini uyandırabilir. Buna karşılık Kanun'un kapsamındaki kişisel verilerin kendi içerisinde genel ve özel nitelikli kişisel veriler olmak üzere bir ayrıma tabi tutulduğunun ve her veri grubunda yer alan verilerin işlenmesine ilişkin hukuka uygunluk sebeplerinin ayrı ayrı belirlenmiş olduğunun söylenmesi mümkündür.

Kanun'un 6. maddesinde yasa koyucu tarafından sadece özel nitelikli kişisel verilerden söz edilmiş olmakla birlikte; bunların dışında kalanlar açısından ismen bir belirleme yapılması tercih olunmamıştır. Ancak kişisel veri türlerinin ve işlenmelerindeki hukuka uygunluk sebeplerinin daha sistematik incelenmesi adına, özel nitelikli kişisel veriler dışında kalan verilerin, genel nitelikli kişisel veri olarak isimlendirildiğini belirtmek gerekir.

Özel nitelikli kişisel veriler KVKK'nın 6/1. maddesinde sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olmak üzere “Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi

değil, aynı zamanda kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgiler de kişisel veridir. Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder. Yani verilerin; kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar. İsim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler gibi veriler dolaylı da olsa kişiyi belirlenebilir kılabilmek özellikleri nedeniyle kişisel verilerdir” ifadesiyle açıklığa kavuşturulmuştur. <https://www.lexpera-com-tr.eu1.proxy.openathens.net/mevzuat/gerekceler/kisisel-verilerin-korunmasi-kanunu-madde-gerekceleri/1> (E. T. 09.06.2022)

³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02016R0679-20160504>. (E. T. 06.06.2022)

⁴ Damien Welfare ve Peter Carey (Edt. Carey, Peter), “Territorial Scope and Terminology”, *Data Protection a Practical Guide to UK and EU Law*, B. 5, Oxford 2018, s. 8-11.

düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir” ifadesiyle sayılmıştır.⁵ Bu maddede sayılmayan verilerin, örnekleme veya kıyas suretiyle genişletilmeleri ve özel nitelikli olarak kabul edilmeleri mümkün değildir.

Özel nitelikli kişisel veriler, hukuka aykırı işlenmeleri ve ilgili kişinin rızası dışında kalanlarca öğrenilmeleri halinde, ilgili kişinin mağdur olmasına, zarara uğramasına ya da ayrımcılığa maruz kalmasına neden olabilecek nitelikteki verilerdir. Bu nedenle söz konusu verilere önem atfedilerek, özel bir koruma statüsü tanınmıştır.

Kanun'un Genel Gereke'inde⁶ *“Sağlık kuruluşlarında hastalara ilişkin çok sayıda özel nitelikli veri tutulmakta olup, bu verilerin tutulmasına ilişkin kanuni dayanağın olmayışı, verilerin güvenliğinin sağlanmasına yönelik yeterli önlemlerin alınmaması ve yetkisiz kişilerce bu nitelikteki bilgilerin ifşa edilmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince özel hayatın gizliliğine müdahale olarak nitelendirilmekte ve ihlal kararları verilebilmektedir”* ifadesiyle sağlığa ilişkin kişisel verilerin korunmasının önemine dikkat çekilmiştir.

Kişisel sağlık verilerinin veri işleme faaliyeti açısından özellik arz etmesi 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin de gereğidir. Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan 108 sayılı *“Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunması Sözleşmesi”*, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 28.01.1981 tarihinde imzalanmış ve onay süreci 6669 sayılı Kanun'un 30.01.2016 tarihinde kabul edilmesi ile tamamlanmıştır.⁷ Sözleşme'nin 6. maddesinde, aralarında sağlık verilerinin de bulunduğu özel verilerin taraf Devletlerce iç hukuklarında yeterli güvence sağlanmadan otomatik işlemeye tabi tutulamayacağı belirlenmiştir.

⁵ GVKT'nin 9. maddesinde de yine sınırlı sayıda olmak üzere, özel kişisel verilere ve bunların işlenmesine ilişkin kurallara yer verilmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nicola Fulford ve Peter Carey (Edt. Peter Carey), “Special Categories of Data”, Data Protection a Practical Guide to UK and EU Law, B. 5, Oxford 2018, s. 66-87; Welfare/ Carey, s. 20.

⁶ <https://www.lexpera-com-tr.eu1.proxy.openathens.net/mevzuat/gerekceler/kisisel-verilerin-korunmasi-kanunu-madde-gerekceleri/1> (E. T. 09.06.2022)

⁷ 17.03.2016 tarih ve 29656 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Sağlık verileri, kişinin yararı açısından işlenmesi gerekli olan verilerdir. Ayrıca hasta kayıtlarının tutulması da yasal bir zorunluluktur.⁸ Sağlık verileri işlenmeksizin sağlık hizmetinin sunulması neredeyse mümkün değildir. Buna karşılık özel nitelikli kişisel verilerin pek çoğunun kişinin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti ve cinsel hayatı gibi verilerin böyle bir işleme zorunluluğu bulunmamaktadır.⁹

Sağlık verilerinin tek önemi, işlenmelerinin ilgili kişinin yararına olması ve özel nitelikli kişisel veriler arasına dahil edilmeleri değildir. Zira yasa koyucu, sağlığa ve cinsel hayata ilişkin kişisel verileri, özel nitelikli kişisel verilerin içerisinde de ayrı bir grup olarak değerlendirmiştir. Sağlık verileri KVKK'nın 6/3. maddesinde, cinsel hayata ilişkin verilerle birlikte, bunlar dışında kalan özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartlarından ayrık kurallara tabi kılınmışlardır.¹⁰

AİHM de Z./Finlandiya Kararında¹¹ kişisel sağlık verilerinin işlenmesinin özel kurallara tabi olması gerekliliğine dikkat çekerken; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi kapsamında, tıbbi gizliliğin korunmasının özel hayatın gizliliği açısından önemli olduğu vurgusunu yapmıştır. Kararda kişisel sağlık verilerine ilişkin bir korumanın sağlanmaması durumunda, tedavi görme ya da tıbbi yardım alma konusunda gereksinim duyan kişilerin gerekli olan mahrem bilgileri açıklamaktan kaçınacakları ve bu durumun hem kendi sağlıkları hem de bulaşıcı hastalıklar göz önünde bulundurulduğunda toplum sağlığı açısından tehlikeli sonuçlar doğuracağı belirtilmiştir.

⁸ 1216 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 72. maddesinde hekimlere (ve diğer sağlık çalışanlarına) hasta kaydı tutma yükümlülüğü getirilmiştir. Hasta kaydı tutulmasının, başka bir ifadeyle hastanın kişisel verilerinin işlenmesinin zorunlu olduğuna dair 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nda da hükümler bulunmaktadır.

⁹ Emel Badur, (Edt. Emel Badur ve Gamze Turan Başara), "Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamalarında Kişisel Verilerin Korunması", Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni- Hukukunda Değişimler Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 179.

¹⁰ Bu açıklamalar ışığında, yasa koyucunun özel nitelikli kişisel verileri belirlerken, işleme zorunlulukları veya sıklıkları açısından değil; öznellikleri ve görece önemleri açısından grupladığı anlaşılmaktadır.

¹¹ No: 22009/93, T. 25.02.1997. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext": \["22009/9"\], "documentcollectionid2": \["GRANDCHAMBER", "CHAMBER"\], "itemid": \["001-62593"\]}, \(E. T. 08.06.2022\).](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Mahkeme, tıbbi verilerin korunmasının sadece hastanın mahremiyet hakkına saygı gösterilmesi için değil; kişilerin tıp mesleğine ve genel olarak sağlık kurumlarına ve hizmetlerine duydukları güveni de korumak için gerekli olduğunu açıklamıştır. Ancak tıbbi verilerin gizliliği konusunda kamu yararı, hastanın çıkarlarından daha ağırlıklı olarak suçun soruşturulması veya yargılama yapılması ve davaların kamuya açık olması gibi daha önemli konuların da olabileceğini eklemiştir.

Kişisel sağlık verisini, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişinin ruh, akıl ve beden sağlığıyla ilgili her türlü bilgiyi içerecek genişlikte tanımlamak mümkündür.¹² Bu tanım ışığında kişinin geçirdiği veya

¹² Atalay, Havva Nur, "Mahremiyet Kapsamında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Depolanması", *Journal of Academic Perspective on Social Studies*, Konya 2021, S. 1, s. 2, 6; Aydın Akgün, "Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması", *Danıştay Dergisi*, Ankara 2013, S. 133, s. 24; Beşir Orak, Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 29; Dülger, Murat Volkan, "Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2015, C. 1, S. 2, s. 54; Oktay Özer, "Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Aktarılmasının Hukuki Boyutu", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul 2018, C. 92, S. 3, s. 76; Ezgi Hakalmaz, Hekimlik Sözleşmesi Bağlamında Kişisel Sağlık Verilerinin Kullanılması ve İşlenmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 24; Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, B. 20, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 223 vd.; Hamza Bayındır, Özel Sağlık Kurumları Kapsamında Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 36; Canan İmançlı, Kişisel Sağlık Verilerinin Korun(a)mamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 76; Cumhuriyet M. İzgi, "Mahremiyet Kavramı Bağlamında Kişisel Sağlık Verileri", *Türkiye Biyoetik Dergisi*, 2014, C. 1, S. 1, s. 32; İpek Sevda Söğüt, "Covid-19 Pandemisinde Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması", IV. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, C. 3, Aristo Yayınevi, İstanbul 2021, s. 517-557; Habib Bozkurt, Kişisel Verilerin İşlenmesinin Hukuki Boyutu, Ankara 2021, s. 187; Mehmet Öget, "Sağlık Hizmeti Sunan Kamu Kurumlarının Kişisel Sağlık Verilerine İlişkin Hukuki Sorumluluğu", *Tıp Hukuku Dergisi*, İstanbul 2020, S.18, s. 460; Mehmet Öget, "Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasında Özel Sağlık Kuruluşlarının Sorumluluğu", *İzmir Barosu Dergisi*, İzmir 2020, C. 85, S. 3, s. 195; Rahmi Can Ömür, "Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Hastanelerin Sorumluluğu", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2018, C. 15, S. 1, s. 135; Gürbüz Yüksel, "Kişisel Sağlık Verilerinin Hukuki Korunması", *Sağlık Akademisyenleri Dergisi*, 2018, C. 6, S. 1, s. 2. Sert Sütçü kişisel sağlık verisini, "hekim veya diğer sağlık personeli tarafından, görevlerinden dolayı elde edilen, gerçek kişilere ait ve bu kişilerin başkalarının öğrenmesini istemediği, gizli tutulmasında kişinin makul bir nedeninin ve korunmaya layık bir yararının bulunduğu, özel yaşamın gizliliği kapsamındaki her türlü bilgi" olarak açıklamaktadır. Selin Sert Sütçü, "Covid-19'un Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması Üzerindeki Etkilerinin İncelenmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 16, S. 177, Ankara 2021, s. 932. Öğretide kişisel sağlık verisini, kişinin sağlık hizmeti almak için bir sağlık kuruluşunda yaptığı tüm işlemler

halen taşıdığı hastalıklar, teşhis, tedavi ve cerrahi müdahale bilgileri, tetkik, tahlil ve laboratuvar sonuçları, görüntüleme verileri, olduğu aşılı, engellilik durumu, aldığı raporlar, kullandığı tıbbi cihaz, protez ve ilaçlar ve hatta aldığı sağlık hizmetinin ödenme şekli ve usulü de kişisel sağlık verisi olarak değerlendirilebilir.¹³ KVKK'nın yürürlüğe girmesinden önce kişisel sağlık verisi kavramı Yargıtay tarafından¹⁴ şu şekilde tanımlanmıştır: *“Sağlık verileri kişilerin iş güvenliğini, toplum içindeki statüsünü ve sigorta kapsamını etkileyen hassas bilgilerdir. Ayrıca sağlık verileri kişilerin sosyal yaşantısı ve psikolojik durumları hakkında bilgi edinilmesine neden olabilir”*.

Ancak kişisel sağlık verilerinin işlenmesi bazı durumlarda daha dolaylı şekillerde de gerçekleşebilir. Örneğin bir hava yolu uçuşunda ya da otel rezervasyonunda kişi için tekerlekli sandalye talebinde bulunulmasıyla aslında kişisel sağlık verisi işlenir hale gelmektedir.¹⁵ Ayrıca bir kısmı giyilebilir teknolojiler olarak da ifade olunan akıllı saatler, kıyafetlere iliştirilen (rozet benzeri) aletlerle de işlenen nabız sayısı, kalp ritmi ve harcanan kalori gibi veriler de kişisel sağlık verileridir.¹⁶

Kişisel sağlık verilerinin korunması, sadece kişisel verilerin korunması hukukunu değil; aynı zamanda sağlık hukukunu da yakından ilgilendirmektedir. Asıl adı Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi¹⁷ olan ve kısaca Biyotıp Sözleşmesi olarak anılan Avrupa Konseyi düzenlemesinin *“Özel yaşam ve bilgilendirilme hakkı”* başlıklı 10/1. maddesinde *“Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına*

olarak niteleyen ve tıp alanında çalışan tüm çalışanlar (sağlık meslek mensupları) tarafından öğrenilebilecek veriler olarak ifade eden bir görüş de bulunmaktadır. Sabire Sanem Yılmaz, *“Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerine Bakış”*, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 161, Ankara 2020, s. 102.

¹³ Bazı durumlarda kişinin yaşam tarzına ilişkin tercih veya özellikleri de bu kapsamda değerlendirilebilir. Örneğin kişinin bağımlılıkları (alkol, tütün ürünleri, uyuşturucu veya uyarıcı maddeler), spor alışkanlıkları veya masa başı bir işte çalışıyor olması sağlığını ilgilendirdiği çerçevede sağlık verisi olarak kabul edilebilir.

¹⁴ YCGK, E. 2012/12-1510, K. 2014/331, T. 17.06.2014.

¹⁵ Benzer şekilde kişinin uçuş öncesinde glutensiz veya diyabetik menü talep etmesi veya verdiği bir siparişte alerjen besin maddelerinin (fıstık vb.) olmaması tercihini işletmeleri durumlarında da kişisel sağlık verisinin dolaylı olarak işlenmesi gündeme gelebilir.

¹⁶ Fulford/ Carey, s. 66-67.

¹⁷ 20.04.2004 tarih ve 25439 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir" ifadesi kullanılmak suretiyle; hem taraf devletler nezdinde kişisel sağlık verilerine uluslararası bir koruma sağlanmış hem de kişisel sağlık verilerinin hastanın özel yaşamına dair korunma hakkı içerisinde değerlendirileceği açıklığa kavuşturulmuştur.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin¹⁸ (HHY) "*Kayıtları İnceleme*" kenar başlıklı 16. maddesinde kullanılan "*Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir*" ifadesi de kişisel sağlık verilerinin korunması amacına yönelmiş düzenlemelerdendir. HHY'nin 17/1. maddesinde "*Kayıtların Düzeltilmesini İsteme*" başlığı altında da hastanın sağlık kurum ve kuruluşları nezdinde bulunan kayıtlarında eksik, belirsiz ve hatalı tıbbi ve şahsi bilgilerin tamamlanmasını, açıklanmasını, düzeltilmesini ve nihai sağlık durumu ve şahsi durumuna uygun hale getirilmesini isteyebileceği ifadesine yer verilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında bu hakkın, hastanın sağlık durumu ile ilgili raporlara itiraz ve aynı veya başka kurum ve kuruluşlarda sağlık durumu hakkında yeni rapor düzenlenmesini isteme haklarını da kapsadığı açıklığa kavuşturulmuştur.

HHY'nin "*Bilgilerin Gizli Tutulması*" kenar başlıklı 23. maddesinde de sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen verilerin, kanun ile izin verilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamayacağı belirtilmiş; hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi halinde, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunun gündeme geleceği düzenlemesine yer verilmiştir. Söz konusu gizliliğin teminatı, başta hekimler olmak üzere tüm sağlık çalışanlarına getirilen sır saklama yükümlülüğü ile sağlanmıştır.¹⁹ Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 135-137. maddeleri arasında kişisel verilerin kaydedilmesi veya hukuka aykırı olarak verilme ya da ele geçirilmesi suç tipi olarak düzenlenmiştir. Bu suçların belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi de nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.²⁰

¹⁸ 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁹ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Emel Badur, (Edt. Emel Badur), "Hastanın Özel Yaşamına Saygı Gösterilmesini Talep Hakkı", *Erzurumluoğlu Armağanı*, Ankara Barosu, Ankara 2012, s. 99-121.

²⁰ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu*, B. 3, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Kişisel sağlık verilerinin kapsamı belirlenirken üzerinde durulması gereken bir diğer husus da genetik verilerin kişisel sağlık verisi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkindir. Aslında ilk bakışta ilgili kişi hakkında yapılan bir genetik incelemenin sonuçlarının (örneğin bir hastalığa yatkınlığının araştırıldığı DNA analizi) da sağlıkla ilgili olması sebebiyle, kişisel sağlık verisi olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, yasa koyucunun KVKK'da kişinin sağlık verileriyle, genetik verilerini iki ayrı özel nitelikli kişisel veri türü olarak değerlendirmiş olduğudur. İlgili kişinin genetik verileri, sağlık verilerinin geniş olarak tanımlanmasıyla bu veri türünün içinde de değerlendirilebilecekken; yasa koyucu bu veri türünü ayrıca sayarak düzenlemiştir.

KVKK'da sağlık verisinin de genetik verinin de tanımlanması tercih olunmamıştır. Türk Hukuku'nda kişisel sağlık verisinin tanımı, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmeliğin²¹ 4/1/j maddesinde, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmeti ile ilgili bilgileri içerecek şekilde yapılmıştır.²² Tanımda kabul edilen "*sunulan sağlık hizmeti ile ilgili bilgiler*" kısmı, bu amaçla işlenen avuç içi ve parmak izi, yürüyüş biçimi, yüz, retina, imza, iris, ses, kulak, el damarı, gibi biyometrik verileri de kişisel sağlık verisi olarak değerlendirilebilir hale getirmektedir²³.

Genetik verilerin ve sağlık verilerinin GVKT'de de ayrı veri türleri olarak ele alındığı ve her iki veri türünün de tanımlandığı görülmektedir. Sağlık verileriyle karıştırılması oldukça kolay olan genetik veri kavramı, GVKT'nin 4/13. maddesinde bir gerçek kişinin fizyoloji veya sağlığı ile ilgili eşsiz bilgiler sağlayan ve özellikle söz konusu gerçek kişiden alınan bir biyolojik numunenin analizinden kaynaklanan ve söz konusu kişinin kalıtım yoluyla alınan veya kazanılan özelliklerine ilişkin kişisel veriler olarak tanımlanmıştır.²⁴

²¹ 21.06.2019 tarih ve 30808 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

²² Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik'te yapılan kişisel sağlık verisi tanımı, Sosyal Güvenlik Kurumu Nezdindeki Verilerin Korunmasına ve İşlenmesine İlişkin Yönetmeliğin 4/1/i maddesinde de tekrar olunmuştur. Adı geçen Yönetmelik 19.02.2022 tarih ve 31755 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

²³ Veli Durmuş, "Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasında İdarenin Hukuki Sorumluluğu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Elektronik Dergisi*, İzmir 2021, C. 14, S. 1, s. 69.

²⁴ Kişinin kromozom yapısına, DNA ve RNA'sına ilişkin tüm bilgiler bu kapsamda değerlendirilmeye uygundur. Welfare/Carey, s. 25.

GVKT'nin tanımlara ilişkin 4/15. maddesinde sağlık verisinin de tanımı yapılmıştır. Buna göre, sağlık hizmetlerinin sağlanması da dahil olmak üzere bir gerçek kişinin sağlık durumuyla ilgili bilgilerin açıklandığı, söz konusu gerçek kişinin fiziksel veya ruhsal sağlığına ilişkin kişisel veriler, sağlık verisi olarak belirlenmiştir.

Öğretide sağlık verisi ve genetik verilerin ayrı ayrı düzenlenmesinin yerinde olduğunu savunan bir görüş²⁵ bulunmakla birlikte; bu iki veri türünü birbirinden ayırmanın güçlüğüne ve tutulan tıbbi kayıtlardan bu verileri ayırmanın mümkün olmadığına dikkat çekenler de bulunmaktadır.²⁶ Söz konusu görüş ayrılıklarının başlıca nedeni, genetik verilerin sadece kişinin sağlığına ilişkin olarak değil; başka amaçlarla da işlenmesinde yatmaktadır. Bu durumda bir genetik verinin, kişisel sağlık verisi olup olmadığına yönelik değerlendirme, söz konusu genetik verinin kişiye bir sağlık hizmeti sunulması amacıyla ve sağlık durumuna ilişkin olarak işlenip işlenmediğinin tespiti sonucunda yapılacaktır.

Örneğin kişide şüphelenilen bir hastalığının teşhisi ve sonrasında bu kişiye özel olarak üretilecek (ya da seçilecek) ilacın tespiti suretiyle tedavisi için yapılan genetik testin sonucunun kişisel sağlık verisi olduğu şüpheye yer bırakmayacak açıklıktadır. Buna karşılık ceza yargılamasında sadece kişinin kimlik tespitinin yapılması amacıyla yönelik olarak genetik verinin işlenmesi halinde, elde edilen verinin kişisel sağlık verisi olarak değil; genetik veri olarak değerlendirilmesi söz konusu olur.

Genetik verilerle sağlık verilerinin arasındaki farkların belirlenmesi, teorik bir tartışmadan çok KVKK'nın 6/3. maddesinde yer verilen hu-

²⁵ Genetik bilginin benzersizlik, görünmezlik, çeşitlilik, kapsamlılık, değiştirilmesindeki güçlük, ulaşılabilirlik özelliklerini taşıdığını ve ayrımcılık yaratabileceği için sağlıkla ilgili verilerden ayrı tutulması gerektiği Elif Küzeci, "Genetik Ayrımcılık Yasağı", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2018, C. 15, S. 1, s. 97-100. Mesut Serdar Çekin, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, B. 2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 198; İmançlı, s. 80.

²⁶ İpek Sevda Söğüt, "Özel Nitelikli Kişisel Veri Olarak Genetik Verilerin Korunması", *Kişisel Sağlık Verileri II. Ulusal Kongresi, Türk Tabipleri Birliği Yayınları*, İstanbul, 2017, s. 74-75; Sevgi Erarslan Türkmen, *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 72. Yılmaz'a göre, DNA'ya ve parmak izine ilişkin veriler de tıbbi veri kapsamında sayılabilir. Yılmaz, *Anayasa Mahkemesi*, s. 102.

kuka uygun işleme şartlarında, genetik verilerle sağlık verileri arasında ayırım yapılmasında karşılığını bulmaktadır. Zira yasa koyucunun özel sağlık verileri arasında, ayrıca işlenme şartlarını düzenlediği iki veri türü, sağlık ve cinsel hayattır. Özel nitelikli kişisel veriler arasında işlenme şartları diğerlerinden daha sıkı kurallara bağlanması amaçlanan verilerin arasına -sağlık verileriyle birlikte- cinsel hayat yerine genetik (ve biyometrik) verilerin eklenmesi daha yerinde bir tercih olurdu.

Bu makalenin kapsamını ilgilendiren esas kısım, bir boşanma davasında eşinin zinası sonucunda evlilik birliği içinde doğan çocuğun babasının kendisi olmadığını iddia eden davacı kocanın, zinanın ispatı amacıyla çocuğun ve kendisinin genetik verilerinin işlenmesini talep etmesi halinde, işlenen verinin sağlık verisi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği meselesidir. Bu noktada genetik verinin işlenme amacının davacının da çocuğun da sağlık durumuyla veya onlara sunulan bir sağlık hizmetiyle ilgisinin olmadığını tespiti sonrasında, işlenen verinin kişisel sağlık verisi olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.²⁷

II. BOŞANMA DAVALARINDA KULLANILAN KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİ

Boşanma davalarında eşler, öncelikle iddia ettikleri boşanma sebebinin gerçekleştiğini ve diğer eşin bu duruma kusuruyla sebep olduğunu ispatlamak için kişisel sağlık verilerine ilişkin delillere başvurmuşlardır.²⁸ TMK'nın "Akıl hastalığı" kenar başlığını taşıyan 165. maddesinde zaten eşin kişisel sağlık verisinin işlenmesini zorunlu kılan özel bir boşanma sebebine de yer verilmiştir. Ancak bu özel boşanma sebebi dışında kalan diğer özel boşanma sebeplerinin (örneğin pek kötü davranış veya haysiyetsiz hayat sürme gibi) veya genel boşanma

²⁷ Ancak başka bir örnekte, yine bir boşanma davasında tıbben çocuk sahibi olamayacağı tespit olunan davacı kocanın eşinin sadakatsizliğini ispatlamak için evlilik birliğinde dünyaya gelen çocuğun kendinden olmadığını iddia ettiği durumda; davacının çocuk sahibi olamayacağına yönelik olarak sunulan rapor, kişisel sağlık verisi olarak nitelenecektir.

²⁸ Aslında boşanma davalarında tarafların iddialarını ispatlamak için kullandıkları pek çok delil, kişisel veri niteliğini taşımaktadır. Kişisel veri niteliğini taşıyan bu tür delillerin, kullanılması ve korunması, gün geçtikçe önem kazanan bir konudur. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için. Bkz. Pınar Çiftçi, "Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2014, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), s. 1741-1821.

sebebinin gerçekleştiğinin ispatı için de kişisel sağlık verilerinden delil olarak yararlanılması mümkündür.

Türk Hukukunda boşanmayı konu alan temel düzenlemelere hâkim olan ilkelerden birisi de kusura ilişkindir. Bu ilke gereğince, hem boşanma sebeplerinin ortaya çıkmasında kusuru bulunmayan eş korunmaya çalışılmış, hem de boşanmanın sonuçlarının belirlenmesinde kusura önem atfedilmiştir. Bu durum karşısında boşanmanın sonuçları olarak kabul edilen maddi ve manevi tazminat veya yoksulluk nafakasına ilişkin talepler de eşlerin kusuruna göre karşılığını bulacaktır.

Boşanmanın bir diğer sonucu olan evlilik birliğinde dünyaya gelmiş çocukların velayetlerinin belirlenmesi açısından da kişisel sağlık verilerinin önem taşıması mümkündür.²⁹ Eşlerden birinin sahip olduğu bir hastalık veya bağımlılığın çocuğuyla ilişkisine etkisi, çocuğun üstün yararı açısından kabul edilemez bulunacak olursa, hakim velayeti bu kişiye tevdi etmeyecektir.³⁰ Benzer şekilde velayet kendisine bırakılmayan eşin çocuğuyla kişisel ilişki kurmasının usulü veya zamanının belirlenmesi için de kişisel sağlık verileri delil olarak sunulabilir.³¹

Ayrıca gerek zina gerekse sadakatsizlik iddiasıyla genel boşanma sebebine dayalı olarak açılan boşanma davalarında da eşlerin veya üçüncü kişi olan çocukların genetik verilerinin kullanılması söz konusu olmaktadır. Örneğin eşinin sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği iddiasında olan davacı kocanın, davalıyla olan evlilik birliğinde doğan çocuğun kendisinden olmadığı yönündeki iddialarını kanıtlamak üzere çocuk hakkında DNA incelemesi talep etmesi, üçüncü kişinin genetik verisinin işlenmesi örneğidir.³²

²⁹ Velayet kendisine bırakılacak tarafın bedensel, ruhsal ve zihinsel sağlığı diğer kriterlerle birlikte değerlendirilmelidir. Bilge Öztan, Aile Hukuku, B. 6, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 783.

³⁰ "Doktor raporlarına göre davacı annede mevcut olan hastalığın (bipolar bozukluk) velayet görevini yerine getirmesine engel teşkil edip etmeyeceği konusunda Adli Tıp İlgili İhtisas Kurulu'ndan rapor alınması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuç uyarınca karar verilmesi gerektiğinin gözetilmesi doğru görülmemiştir". YHGK E. 2008/2-348, K. 2008/342, T. 28/11/2007.

³¹ "Davalıya bipolar bozukluk tanısı konulduğundan... Ruh Sağlığı Hastanesi tarafından düzenlenen belgelerden anlaşılmaktadır. Mahkemece baba ile ortak çocuk arasında kurulan kişisel ilişkinin, gözetim altında gerçekleştirilmesinin çocuğun üstün yararına olup olmadığına ilişkin bir araştırma yapılmamıştır". Y. 2. HD E. 2016/11108, K. 2016/12572, T. 28.06.2016.

³² Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aydınçık Midyat, Şirin (Edt. Antalya, Gök-

Ancak sadece soy bağıнын tespiti amacıyla işlenen genetik veriler bu çalışmanın kapsamına dahil edilmediklerinden, konu hakkında ayrıntılı bir inceleme yapılmayacaktır. Aşağıda önce akıl hastalığı sebebi-ne dayalı boşanma davalarında işlenen, sonra da diğer tüm sebeplere dayanan boşanma davalarında sıklıkla başvurulmuş kişisel sağlık verilerine değinilecektir.

A. Akıl Hastalığı Sebebine Dayalı Boşanma Davalarında

TMK'nın "Akıl hastalığı" kenar başlığını taşıyan 165. maddesinde düzenlenen özel boşanma sebebinde,³³ eşlerden birinin akıl hastası olması durumunda, bu yüzden kendisi için ortak hayat çekilmez hale gelen diğer eşin, boşanma talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir. Ancak maddede bu boşanma davasının, "hastalığın geçmesine olanak bulunmadığının resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmesi koşuluyla" açılacağı ifade olunmuştur. Maddenin lafzi yorumla okunması halinde, resmi sağlık kurulu raporunun bir dava şartı olduğu fikrinin uyanması mümkündür.

Buna karşılık söz konusu resmi sağlık kurulu raporu, davanın açılabilmesinin değil; bu sebebe dayanarak hüküm kurulabilmesinin şartı olarak anlaşılmalıdır.³⁴ Aksinin kabulü halinde eşinin akıl hastalığı nedeniyle evlilik birliği kendisi için çekilmez hale gelen kişi, eşinin akıl hastalığını ve bu hastalığın geçmesine olanak bulunmadığını resmi sağlık kurulu raporuyla belgeleyemediği, başka bir ifade ile eşine ait bu kişisel sağlık verisini mahkemeye sunmadığı sürece boşanma davası açamayacaktır.

han), "Boşanma Davalarında DNA Analizi Deliline Başvurulabilir mi", Türk Medeni Hukuk Reformunun 95. Yılı Sempozyumu, İstanbul 2022, Legal Yayıncılık, s. 91-120.

³³ Akıl hastalığı aynı zamanda nispi ve kusura dayanmayan boşanma sebeplerindedir.

³⁴ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin (TKM) 133. maddesinde kullanılan "Karı kocadan biri üç seneden beri devam eden bir akıl hastalığına duçar olup da bu hastalık müşterek hayatın devamını diğer taraf için çekilmez hale koymuş ve şifası kabil olmadığı dahi ehlihibre tarafından tasdik edilmiş bulunursa o taraf, her zaman boşanma davasında bulunabilir" ifadesiyle konuya ilişkin bir karışıklığa mahal verilmeyecek şekilde, raporun boşanma kararı verilebilmesinin şartı olduğu anlaşılmalıdır. TMK'nın 164. maddesinin TKM'nin 133. maddesinden farklılaştığı bir diğer yer, boşanma hükmünün kurulabilmesi için ehil bir bilirkişi raporunun değil; resmi sağlık kurulu raporunun gerekli kılınmış olmasıdır. Ayrıca akıl hastalığının üç yıldır devam etmesi kriterinden de vazgeçilmiştir. Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 132, 134.

Üstelik boşanma davası açmak isteyen kişinin, rızası hilafına eşini tıbbi müdahaleye maruz bıraktıracak, hakkında rapor düzenlettirme yetkisi olmaması bir yana; akıl sağlığının rapora bağlanması gereken kişiyle (eşiyle) ilgili, elinde bir sağlık kurulu raporu olması da düşük bir ihtimaldir. Ayrıca böyle bir raporun varlığı halinde bile akıl hastası olan eşin rızası olmaksızın bu kişisel sağlık verisinin davacı eş tarafından mahkemeye sunulması kişisel sağlık verilerinin korunması anlayışıyla bağdaşır nitelikte değildir.

Resmi sağlık kurulu raporu, Yargıtay uygulamasında da TMK'nın 165. maddesi hükmüne dayanılarak dava açılabilmesi için değil; boşanma kararı verilebilmesi için, aranan bir şart olarak yorumlanmaktadır. Yargıtay'ın³⁵ konuya ilişkin bir kararında kullandığı, *"Mahkemece bu konuda rapor alınmadığı gibi, mahkemenin kararında belirttiği İzmir Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nin 01.12.2006 tarihli yazısı, davalının hastanede tedavi gördüğü 13.09.2004-12.10.2004 dönemine ait verilere dayanmaktadır. Bu yazı hüküm kurmaya yeterli değildir. Mahkemece yapılacak iş, davalıda bulunan akıl hastalığının ortak hayatı diğer eş için çekilmez hale getirecek nitelikte olup olmadığı ve hastalığın geçmesine olanak bulunup bulunmadığını resmi sağlık kurulu raporuyla tespit etmek, delilleri hep birlikte değerlendirip sonucu uyarınca karar vermekten ibarettir. Bu yönler üzerinde durulmadan eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır"* ifadesinden de bu sonuca ulaşılabilmesi mümkündür.

Yasa koyucunun TMK'nın 165. maddesinde kullanmayı tercih ettiği ifadeler sonucunda, eşin akıl hastası olduğuna ve bu hastalığın geçmesine olanak bulunmadığına dair raporu (kişisel sağlık verisini) hazırlayacak olan merci, resmi sağlık kuruludur. Tek bir hekimden alınan bu yöndeki raporlara dayanan boşanma kararları, Yargıtay tarafından bozulmaktadır.³⁶ Yargıtay uygulaması, raporlar arasında çelişki

³⁵ Y. 2. HD, E. 2007/6730, K. 2008/4453, T. 31.03.2008; Y. 2. HD, E. 2009/5912, K. 2010/8623, T. 29.04.2010. Benzer bir görüş "Davadan önce alınmış bir rapora göre boşanma kararı verilemez. Tıp biliminin her an ilerleme kaydettiği düşünülecek olursa, sağlık kurulu raporunun açılan dava sırasında düzenlenmiş olması gerekir" ifadesiyle Erol tarafından da ileri sürülmektedir. Yasemin Erol, "Akıl Hastalığına Dayalı Boşanma", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya 2011, C. 19, S. 1, s. 131.

³⁶ "... davacı kadının kısıtlanmasının gerektirecek bir durumun varlığının tespiti konusunda vesayet makamı olan Sulh Hukuk Mahkemesine ihbarda bulunması veya kendiliğinden bu konuda davalı-karşı davacı kadının yeniden sevk edilerek resmi sağlık kurulu heyetinden oluşacak şekilde yeterli bir rapor alınıp delillerin

bulunması halinde, aile mahkemesinin hüküm kurmadan önce, Adli Tıp Kurumu'na başvurmasını gerekli kılmaktadır.³⁷ Eşin akıl hastalığı sebebiyle vesayet altına alınmasında kullanılan raporun TMK'nın 165. maddesi kapsamında istenilen raporun unsurlarını taşımayacağı da belirtilmelidir.³⁸

Resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmesi gereken, akıl hastalığının iyileşmesine olanak bulunup bulunmadığıdır.³⁹ Başka bir ifadeyle, resmi sağlık kuruluna, akıl hastası olan eşin bu hastalığının şifa bulur olup olmadığı sorulmaktadır. Ancak eşin herhangi bir akıl hastalığının bulunmaması halinde, bu yönde düzenlenecek bir rapor, boşanma davasının reddi sebebini teşkil edecektir. Dava bir kez akıl

birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, yetersiz olan tek hekim raporuna itibar edilerek hüküm kurulması doğru olmamıştır". Y. 2. HD, E. 2015/7159, K. 2015/23548, T. 08.12.2015; Y. 2. HD, E. 2007/6730, K. 2008/4453, T. 31.03.2008.

³⁷ "Dava, akıl hastalığı sebebine dayalı olarak açılan boşanma davasıdır. Davalı kadın hakkında yargılama sırasında kısıtlama kararı verilmiştir. Üniversite Tıp Merkezi'nden alınan rapor davalı kadının sağlık durumunu yeterince ortaya koymaya elverişli olmadığı gibi davalı kadının halen kısıtlı olup olmadığı dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılamamaktadır. Bu durumda davalı kadının tüm tedavi evrakları ve raporlarla birlikte bir kez de Adli Tıp Kurumu'na sevk edilerek ilgili ihtisas dairesinden davalı kadının son durumu konusunda rapor alınmalı ve davalı kadının vesayet halinin devam edip etmediği de araştırılarak sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir". Y. 2. HD, E. 2016/10469, K. 2016/11088, T. 06.06.2016.

³⁸ Burcu Yağcıoğlu, "Akıl Hastalığının Evlilikteki Etkilerine Genel Bir Bakış", *Seçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya 2021, C. 29, S. 2, s. 971; "Davalıya vasi tayin edilmiş ise de vesayet altına alınma ile ilgili raporun TMK'nın 165. maddesinde yazılı unsurları taşımadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple vesayet dosyasının celbi ile Adli Tıp Kurumundan davalının hastalığının, ortak hayatın diğer eş yönünden çekilmez hale getirip getirmeyeceği, hastalığın geçmesine olanak bulunup bulunmadığı hususlarında mütalaa alınıp sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden hüküm tesisi doğru görülmemiştir", Y. 2. HD, E. 2003/2052, K. 2003/3199, T. 10.03.2003.

³⁹ Öztan'a göre, yasa koyucunun hastalığın geçmesinden kastı, tamamen iyileşmesidir. Eşin akıl hastalığının, uygulanan tedavilerle hafifletilmesi veya seyrinin ya da şiddetinin azaltılması, iyileşme kapsamında değerlendirilemez. Hâkimin boşanmaya hükmedebilmek için, resmi sağlık kurulu raporundan anlaması gereken, hastalığın tedavisinin imkânsız olduğu; en azından iyileşmesinin kuvvetle muhtemel olmadığıdır. Eşin iyileşmesi mümkünse, boşanmaya hükmedilmez. Yazara göre, hastalığın atipik seyri nedeniyle, iyileşme konusunda sadece bir ümidin varlığının belirtilmesi, yeterli değildir. Öztan, s. 678. Hazırlanan raporda hastalığın çok uzun süreli bir tedavi sonrasında iyileşme ihtimalinden söz edilmesi durumunda, genel boşanma sebebine dayalı olarak boşanma davası açılabilir. Mehmet Erdem, *Aile Hukuku*. B. 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, 120.

hastalığına dayalı boşanma istemiyle açıldıktan ve TMK'nın 165. maddesine uygun şekilde resmi sağlık kurulu raporu alındıktan sonra, artık başka bir boşanma sebebine dayanılarak hüküm kurulması doğru değildir.⁴⁰

Yukarıda yapılan açıklamalardan da görülebileceği üzere, kişinin akıl sağlığı hakkındaki resmi sağlık kurulu raporu, TMK'nın 165. maddesine dayalı boşanma davaları açısından, davanın hukuki kaderini tayin eden bir öneme sahiptir.⁴¹ Akıl hastalığı nedenine dayalı olarak

⁴⁰ "Dava dilekçesindeki açıklamalara göre davanın hukuki dayanağı Türk Medeni Kanunu'nun 165. maddesine dayalı akıl hastalığı nedeniyle boşanma davası olup resmi sağlık kurulu raporu da alındıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken şiddetli geçimsizlik sebebiyle (TMK. m. 166) boşanmaya karar verilmesi doğru görülmemiştir". Y. 2. HD, E. 2005/3217, K. 2005/5084, T. 30.03.2005. Ayrıca eşlerden birinin akıl hastası olması ve TMK'nın 165. maddesinde aranan şartların gerçekleşmesi durumunda, başka bir sebepten boşanma hükmü kurulması mümkün değildir. "Dava, şiddetli geçimsizlik sebebine (TMK m. 166/1) dayalı olarak açılmıştır. Toplanan delillerden, davalı erkeğin akıl hastası olduğu ve kendisine vasi atandığı anlaşılmaktadır. Akıl hastalığına dayalı (TMK m. 165) bir dava da söz konusu değildir. Mahkemece, Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesi gereğince boşanma kararı verilebilmesi için davalı erkeğin davranışlarının iradi olması gerekmektedir. Akıl hastası davalı erkeğin davranışları iradi olmadığına göre, davanın reddi yerine kabulü doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir". Y. 2. HD, E. 2015/5174, K. 2015/19178, T. 22.10.2015; Y. 2. HD, E. 2003/3064, K. 2003/4349, T. 27.03.2003.

⁴¹ Yargıtay evlilik öncesinde ortaya çıkmış şizofreni hastalığını, bir evlenme engeli olarak kabul ettiği görüşünü şu şekilde ifade etmiştir: "Davalının şizofreni rahatsızlığı olduğu halde, bu hastalığı gizleyerek evliliği gerçekleştirdiği, davacı erkek tarafından evlenmeden sonra hastalığın aktif döneminde bu hususun öğrenildiği anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 150/2 maddesi gereğince aldatma sebebiyle evliliğin iptaline karar verilebilmesi için, davalıda mevcut hastalığın davacı-davalının veya alt soyunun sağlığı için ağır tehlike teşkil edecek nitelikte olması zorunludur. Mahkemece alınan sağlık kurulu raporunda, kadının bu hastalığının 8 yıllık bir mazesinin olduğu, geçmişte zaman zaman yatarak tedavi edilmeye çalışıldığı, evlenme tarihi itibarıyla de davalı kadının işbu rahatsızlığının bulunduğu, bu hastalığın doğası gereği evliliğe engel teşkil ettiği, kendisi ve çevresindekiler bakımından tehlike arz ettiği, vasi tayininin de gerektiği belirtilmiştir. O halde, kadının sağlık raporu içeriği dikkate alındığında, davalı kadının şizofreni hastalığının, erkek ya da ileri de olması muhtemel altsoyu açısından ağır bir tehlike arz edebileceği ispatlanmıştır. Bu durumda, mahkemece davacı erkeğin davasının kabulüne karar verecek yerde yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir". Y. 2. HD, E. 2017/5989, K. 2018/12811, T. 12.11.2018. "Bu nedenle, mahkemece, tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda ehliyetlessiz olduğu iddia edilen kişiye ait askerlik belgeleri, tüm doktor raporları, hasta gözlem (müşahede) kağıtları, film grafilere ve reçeteler eksiksiz getirtilerek davalının 'evlenme tarihinde' sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunup bu-

bir boşanma davası açılması halinde, aile mahkemesi hakimi, akıl hastası olduğu iddia olunan eş hakkında bir ara kararla, belirlediği resmi sağlık kurumuna başvurup; akıl sağlığı hakkında tıbbi müdahaleden geçirilmesi suretiyle, resmi sağlık kurulu raporu düzenlenmesine karar verecektir.⁴² Böylece kişisel sağlık verisi boşanma davası nedeniyle ve bir mahkeme kararıyla işlenmiş olacaktır.

Son olarak üzerinde durulması gereken husus, eşin sahip olduğu akıl hastalığı dışında değerlendirilen bağımlılıkların (alkolizm veya uyuşturucu ya da uyarıcı madde, ilaç vb.), TMK'nın 165. maddesine dayalı olarak boşanma kararı verilmesine uygun olmadıklarıdır. Bu tür bağımlılıklar nedeniyle yaşanan evlilik birliğine dair sorunlar, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ilişkin genel boşanma sebebi veya şartların oluşması durumunda haysiyetsiz hayat sürme olarak değerlendirilebilir.⁴³

lunmadığı veya evlenmeye engel derece akıl hastası olup olmadığı hususunun Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan rapor alınmak suretiyle tespiti; bu doğrultuda mutlak butlan sebebi mevcutsa kamu düzeni düşüncesi ile herhangi bir süreye tabi olmayan bu davanın kabulü, aksi halde davacının ikinci kademe isteği olan boşanma davası yönünden delillerin değerlendirilmesi olmalıdır". YHGK, E. 2017/2-2672, K. 2018/1717, T. 15.11.2018. Akıl hastalığının evlenmenin kurulduğu sırada var olması ve bu hastalığın evlenmeye engel bir hastalık olmasıyla halinde, hem mutlak butlan sebebi hem de boşanma sebebi olarak değerlendirilebileceği yönünde bkz. Dural, Mustafa, Tufan **Öğüz** ve Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, s. 114; Yağcıoğlu, s. 966; Coşkun Çaldağ, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Akıl Hastalığı Sebebiyle Boşanma", *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, Diyarbakır 2021, C. 5, S. 1, s. 195.

⁴² Katılmak mümkün olmamakla birlikte Yargıtay'ın akıl hastalığının yanı sıra bu hastalığın evlilik birliğinin devamını çekilmez hale getirip getirmediğine yönelik olarak da sağlık raporu oluşturulmasını istediği kararları bulunmaktadır. Kişinin hastalığının türüne, yoğunluğuna ve etkilerine dair bilgiler, kişisel sağlık verisi olmakla birlikte; bu hastalığın evlilik birliği üzerindeki etkisinin çekilmez olup olmadığı hâkimin hukuki yorumu olarak ortaya konmalıdır. "Akıl hastalığının evlilik birliğini diğer eş bakımından çekilmez hale getirip getirmeyeceği, hastalığın türü ve derecesiyle de yakından ilgilidir. Bu bakımdan "çekilmezlik" olgusu tıbbi tanıya da bağlıdır. Öyleyse, davalının tam teşekküllü resmi sağlık kuruluşuna sevk edilip, davalıda mevcut akıl hastalığının geçmesine olanak bulunup bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporu ile belirlenmeli ve hastalığın evlilik birliğini çekilmez hale getirip getirmediği hususu buna göre değerlendirilmelidir", Y. 2. HD, E. 2016/20096, K. 2018/7542, T. 19.06.2018; Y. 2. HD, E. 2012/4371, K. 2012/24180, T. 10.10.2012.

⁴³ Öztan, s. 665, 676; Akıntürk/ Ateş, s. 253.

B. Akıl Hastalığı Haricinde Kalan Sebeplere Dayalı Boşanma Davalarında

Akıl hastalığı haricinde kalan boşanma sebeplerine dayalı davalarda eşin kişisel sağlık verilerinin işlenmesi zorunlu olmamakla birlikte, davanın tarafları iddia veya savunmalarını kanıtlamak amacıyla kişisel sağlık verisi niteliğindeki delillere başvurma yolunu tercih edebilmektedirler. Örneğin eşinin herhangi bir bağımlılığı nedeniyle evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı iddiasıyla boşanmak isteyen davacı, eşinin bağımlılığını ispatlamak için, onun kişisel sağlık verilerini (örneğin bu bağımlılığın etki ve sonuçları nedeniyle yaptığı hastane başvurularını veya tedavi kayıtlarını) mahkemeye delil olarak sunmaktadır.

Eşlerin boşanma davalarında diğer eşin kişisel sağlık verilerini delil olarak sundukları bir diğer durumda, eşin tedavisi mümkün bir hastalığı olduğu halde tedaviyi kabul etmediği gerekçesiyle genel boşanma sebebinin gerçekleştiğini ispatlama çabasıdır. Yargıtay bazı hastalıkların, tedavisi konusunda çaba harcanmamasını, evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülüklerin kusurlu olarak yerine getirilmemesi kapsamında değerlendirmektedir.⁴⁴

Örneğin Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bir kararında⁴⁵ boşanmaya sebep olan olaylarda, "istifleme bozukluğu" tanısı konulan, kısıtlanmayı gerektirmeyen rahatsızlığına rağmen, rahatsızlığı olduğunu kabul etmeyen, tedavi olmayan eşin evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında kusurlu olduğu kabul edilmiştir.⁴⁶ Eşlerden birinin diğerine has-

⁴⁴ "Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden; ... her iki tarafın da kadının vajinismus rahatsızlığının tedavisi konusunda üzerlerine düşen görevleri yerine getirmekten kaçındıkları anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında; boşanmaya sebep olan olaylarda taraflar eşit kusurludur". Y. 2. HD, E. 2013/18676, K. 2014/1119, T. 22.01.2014. "Vajinismus rahatsızlığının tedavisi için ... tarihinde doktora başvurarak 9 seans tedavi gördüğü, bu tedavinin müspet olarak sonlandırıldığı tedaviyi yapan doktor tarafından ifade edilmiştir. Bundan sonra kadının cinsel ilişkiden kaçındığını gösteren bir delil de bulunmamaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında; vajinismus rahatsızlığı sebebiyle artık kadına kusur atfedilemez". Y. 2. HD, E. 2014/27856, K. 2015/14479, T. 02.07.2015. <https://www.medikalakademi.com.tr/yargitay-2-hukuk-dairesi-kararlarinda-vajinismus-ve-bosanma/> (E. T. 10.06.2022)

⁴⁵ Y. 2. HD, E. 2016/24743, K. 2018/11275, T. 17.10.2018.

⁴⁶ Genel boşanma sebebine dayalı olarak açılan davalarda "kadının frengiye yakanmış olması" (YHGK, 2-73/3, T. 09.01.1963) ve "kocanın ruhi şok sonucu cinsel ilişkide bulunamayacağının sağlık kurulu raporuyla tespit edilmiş olma-

talık bulaştırdığı bir boşanma davasında her iki eşin de kişisel sağlık verisi doğrudan hükme etki eden deliller olarak değerlendirilmiştir.⁴⁷

Yargıtay,⁴⁸ eşin epilepsi hastası olmasına dayalı olarak açılan bir boşanma davasında, yine tedaviden kaçınmaya ilişkin bir tutumun olup olmadığı kriterine vurgu yapmıştır. Başka bir ifadeyle Yargıtay epilepsinin ancak TMK'nın 165. maddesinde var olan diğer koşulların da varlığının kanıtlanması halinde bir boşanma sebebi olarak kabul edilebileceğine dair hüküm kurmuş ve eşin tedaviden kaçınmıyor olmasına da dikkat çekmiştir.

Bir diğer örnekte, eşin sedef hastası olması gerekçesiyle genel boşanma sebebine dayalı olarak açılan davada "*Sedef hastalığının tedavisinin doktor raporu ile mümkün olduğu belirlendiği gibi, bu hastalığın evlilik birliğini diğer taraf için çekilmez hale getirmediği de toplanan delillerle saptanmıştır*" ifadesi kullanılmıştır.⁴⁹ Bu vesileyle her türlü kronik hastalığın boşanma sebebi oluşturmayacağı da açıklığa kavuşturulmuştur.⁵⁰

Eşin kronik bir hastalığına dayalı boşanma davalarındaki Yargıtay uygulaması, öncelikle bu hastalığın tedavi ihtimali olup olmadığı ve hastalığa duçar olan eşin tedaviden kaçınıp kaçınmadığı araştırması

sı" (YHGK, 2/34-32, T. 08.07.1969) gibi kişisel sağlık verilerine dayalı boşanma kararları da verilmiştir. Kararlar için bkz. Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş, Aile Hukuku, C. 2, B. 22, Beta, İstanbul 2020, s. 263.

⁴⁷ "Kocanın hastalığının mahiyeti evlilik birliğini çekilmez hale getirir. Öte yandan tedaviden kaçındığı ve kadına bulaştırdığı da anlaşılmaktadır. Kadının ise kusuru tespit edilmemiştir. Kocanın davasının reddi gerekirken her iki davanın da kabulü doğru değildir". Y. 2. HD, E. 2002/6157, K. 2002/6831, T. 21.05.2002.

⁴⁸ "Davalının 'temporal tipte epilepsi (sara)' hastası olduğu anlaşılmaktadır. Eşlerden birinde bu hastalığın varlığı başlı başına bir boşanma sebebi değildir. Davalının hastalığının tedavisinden kaçındığına dair bir delil olmadığı gibi, alınan raporda ruhsal bakımdan evliliği, yürütebilecek yeterliğe sahip olduğu da belirlenmiştir. Davalının sara hastası olması dışında evlilik birliğini temelinden sarsacak ve müşterek hayatın devamına imkân bırakmayacak nitelikte başkaca somut bir hadisenin varlığı ortaya konulmamıştır. O halde, davanın reddi gerekir", Y. 2. HD, E. 2004/4941, K. 2004/7899, T. 15.6.2004.

⁴⁹ YHGK, E. 1997/2-642, K. 1997/820, T. 15.10.1997.

⁵⁰ "Generalize ichtiyozis (balık derisi) hastalığı başlı başına bir boşanma sebebi değildir. ... Uygulama ve Araştırma Merkezinin 30.12.2014 tarihli raporuna göre bu hastalığın çocukluk döneminde başlayıp klinik tiplerine göre farklılık gösterdiği ve genellikle yaşla birlikte hastalığın şiddetinin azaldığı, uygun ilaç kullanıldığı takdirde hastalığın bulgularının görünmez kılınabildiği, hiçbir şekilde bulaşıcı olmadığı, farklı klinik formlarına bağlı olarak doğacak çocuklara geçme ihtimalinin bulunduğu bildirilmiştir. Davalı kadının tedaviden kaçındığına dair iddia ve delil de bulunmamaktadır". Y. 2. HD, E. 2014/27527, K. 2015/13028, T. 18.06.2015.

yapılması gerektiği noktasında toplanmaktadır. Ayrıca tedavisi bulunmayan bir hastalık olması durumunda, bu hastalığın evlilik birliğinin devamını çekilmez kılması da boşanma hükmü verilebilmesi için aranan bir diğer unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Yargıtay,⁵¹ eşin sahip olduğu hastalığı evlilik öncesinde gizlemesinin, boşanma sebebi olarak değil; şartların varlığı halinde evliliğin nispi butlanına dair bir sebep olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir.

Yargıtay⁵² Multiple Skleroz (MS) hastalığı gerekçe gösterilerek genel boşanma sebebine dayalı olarak açılan bir davada, bu hastalığın varlığının tek başına bir boşanma sebebi oluşturmayacağını şu şekilde ifade etmiştir: *“Davalı-davacıda mevcut olduğu tespit edilen hastalığın (MS), evlilik birliğinden doğan görevlerini yerine getirmesine engel olmadığı ve evlilik birliğini diğer taraf için çekilmez hale getirmediği resmi sağlık kurulu raporu ile tespit edilmiştir. Bu durumda, sözü edilen hastalık başlı başına boşanma sebebi değildir”*.

Eşlerin kişisel sağlık verileri, boşanmaya sebep oluşturan olaylardaki kusur durumlarının belirlenmesi açısından da önem arz etmektedir.⁵³ Bir Yargıtay kararında⁵⁴ eşin kişisel sağlık verisi kullanılarak kusur

⁵¹ “Mahkemece davalı kadının evlilik öncesi ‘prematüre over yetmezliği’ rahatsızlığından söz etmeyerek davacı eşin güvenini sarstığı gerekçesiyle boşanma kararı verilmişse de tarafların ancak evlilik birliği içinde gerçekleşen kusurlu davranışları boşanma sebebi olur. Mahkemenin kabulünde olduğu gibi davalı evlilik öncesi ‘prematüre over yetmezliği’ rahatsızlığından eşine söz etmemiştir. Davalı kadının evlilik öncesi ‘prematüre over yetmezliği’ rahatsızlığını eşinden gizlemesi, eşini sağlığı konusunda yanıltması ve aldatması davacının bu sebepten güveninin sarsılmış olması TMK’nın 149 ve 150. maddelerinde düzenlenen nispi butlan sebeplerini oluşturabilir. Evlilik birliği içinde davalı kadının çocuğunun olmaması, yumurtalık rezervinin azalması/tükenmesi davalı kadın tedaviden kaçınmadıkça boşanma sebebi olmaz”. Y. 2. HD, E. 2012/8975, K. 2012/28580, T. 28.11.2012.

⁵² YHGK, E. 2011/2-829, K. 2012/145, T. 14.03.2012. Benzer bir kararda da Hepatit B hastalığı için aynı yönde hüküm kurulmuştur: *“Davalının Hepatit B hastası olduğu anlaşılmaktadır. Eşlerden birinde bu hastalığın varlığı başlı başına boşanma sebebi değildir. Davalının hastalığının tedavisinden kaçındığına dair bir delil de bulunmamaktadır”*. Y. 2. HD, E. 2011/2400, K. 2012/8123, T. 03.04.2012.

⁵³ “Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastaneleri Psikiyatri Anabilim Dalı Başkanlığı’nın 29.08.2005 tarihli yazısı, 29.08.2005 ve 21.11.2005 tarihli müşahede raporlarından ve davacı tanık beyanlarından; davacının, 07.04.2006 evi terk tarihinden önce davalı eşini alkol tedavisi için iki kez doktora götürdüğü, davacının bu gayret ve desteklerine rağmen davalı kocanın alkol alışkanlığını bırakmadığı ve sorumsuz davranışlarına devam ederek, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan ve tazminat gerektiren olaylarda tam kusurlu olduğu anlaşılmıştır”. YHGK, E. 2010/2-259, K. 2010/329, T. 06.06.2010.

⁵⁴ Y. 2. HD, E. 2011/628, K. 2011/3205, T. 23.02.2011; “Akıl hastası olan davacı-dava-

konusunda Şu ifadeye yer verilmiştir: “Adli Tıp Kurumu Başkanlığı’nın raporunda da davalı-davacı kadının devri bir psikoz olan bipolar affektif bozukluk denilen hastalığa duÇar olduğunun belirtilmesi karşısında, davalı-davacı kadının eylem sırasında bu hastalığın etkisiyle hareket ettiği ve eylem sırasında fiil ehliyetinin bulunmadığının kabulü gerekir. Hastalığın sonradan remisyon dönemine girmesi, kadının olay tarihinde fiil ehliyetinin bulunduğu anlamına gelmez. Bu nedenle davalı-davacı kadına kusur izafe edilemez”.

III. BOŞANMA DAVALARINDA KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİN İŞLENMESİNE İLİŞKİN HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Konuya öncelikle boşanma davalarının görüldüğu yargı makamları aÇısından yaklaŐılacak olursa, kişisel verilerin yargı makamları tarafından işlenmesine yönelik olan bir istisna düzenlemesiyle karşılaşılacaktır. KVKK’nın “İstisnalar” kenar başlıklı 28/1/d maddesinde, “Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi” halinin Kanun’un kapsamı dışında bırakıldığı görülür. Aslında yargılama faaliyeti, gerek tarafların dava ve cevap dilekçeleri gerekse sundukları deliller nedeniyle hem davanın taraflarının hem de taraf olmayan (tanık, uzman veya bilirkişi vb.) kişilerin kişisel verilerinin işlenmesine neden olmaktadır.⁵⁵

Bu istisnai hükümlerle, sadece yargı makamları (ve infaz mercileri) aÇısından ve yargılama işlemlerine ilişkin olarak işlenen kişisel veriler, genel veya özel nitelikli veri ayrımı yapılmaksızın, Kanun’un kapsamının dışına çıkarılmaktadır.⁵⁶ Örneğin akıl hastalığı sebebine dayalı boşanma davası kapsamında düzenlenen resmi sağlık kurumu raporu, hazırlayan resmi kurum bakımından kişisel sağlık verisinin işlenmesi olarak nitelenebilecekken; dava dosyasına girmesi halinde mahkeme aÇısından işleme faaliyetinden söz edilmesi mümkün olmayacaktır.

lı kadının davranışlarının iradi olduğu, bu sebeple kusurlu olduğundan söz edilemez”. Y. 2. HD, E. 2101/4532, K. 2012/6280, T. 19.03.2012.

⁵⁵ Konu hakkında bkz. Hilal Üçüncü, Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 20 vd.

⁵⁶ Söz konusu düzenleme, özel nitelikli kişisel verilerin ve bu kategori içinde de kişisel sağlık verilerinin ve cinsel hayata dair verilerin korunmasının önemi göz önünde bulundurulduğunda eleştiriye açık niteliktedir.

Mahkemeler bu istisna gereğince, KVKK kapsamında bir işleme faaliyetinden söz edilemeyecek olsa bile, öncelikle davaya taraf olmayan kişiler, sonrasında da taraflar olmak üzere, kişisel verilerinin korunmasında, özel yaşamın gizliliğine saygı gösterilmesi hakkına uygun davranmalıdırlar. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili bir kararında,⁵⁷ göğüsleriyle ilgili geçirdiği cerrahi operasyonda hatalı tıbbi uygulama olduğu iddiasıyla hekime tazminat davası açan başvuruçunun, gizlilik talebinin gerekçe gösterilmeksizin reddedilmesi; hastanın dosyaya delil olarak sunduğu göğüs bölgesi fotoğraflarının mahrem nitelik taşıması nedeniyle, bu fotoğraflara yönelik gizlilik kararının ilk derece mahkemesi tarafından verilmemesi, Anayasa'nın özel hayatın korunmasına ilişkin 20. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir.⁵⁸

Ancak eşlerden birinin boşanmak istediği diğer eş hakkında topladığı ve boşanma davasındaki iddia ve taleplerinin delili olarak kullandığı kişisel sağlık verilerinin işlenmesindeki hukuka uygunluk nedenlerinin tespit edilmesi, yargı makamları açısından yapılan belirleme kadar kolay değildir. Özel nitelikli kişisel verilerin (sağlık verileri de

⁵⁷ "Gizlilik talebi reddedilmiştir. Ancak bu kararda hiçbir gerekçe bulunmamakta olup hangi somut nedenlere bağlı olarak gizlilik kararı verilmediği açıklanmamıştır. Bir başka ifadeyle delil mahiyetinde dosyaya sunulan ve kişisel veri oluşturan bir fotoğraf hakkında gizlilik kararı verilmesinin 'aleniyet ilkesi'ni neden ihlal edeceğinin gerekçesi ortaya konmamıştır. Bu bağlamda söz konusu kararların konuyla ilgili ve yeterli gerekçe içermediği kabul edilmelidir". AYM, Başvuru No: 2014/14189, T. 25.10.2017.

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi'nin benzer bir kararı da başvuruçunun bireysel başvurusu sonrasında verilen ve yine HIV taşıyıcısı kişinin gizlilik talebinin iş mahkemesi tarafından reddedilmesine ilişkin davada verilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararda şu ifadeleri kullanmıştır: "HIV enfeksiyonu rahatsızlığı olan kişilerin uzun zamandır ön yargı ve kınamaya maruz kalan zayıf bir grup olduğu, söz konusu dışlanma, damgalanma ve ön yargıların özellikle iş hayatında mevcut olması durumunda kişiler üzerindeki etkilerinin çok daha yıkıcı olabileceği dikkate alındığında başvuruçunun gizlilik talebi, özel hayata saygı hakkına ilişkin makul ve savunulabilir niteliktedir. İş Mahkemesince dava dilekçesinin mahiyeti gereği gizlilik talebinin reddedildiği belirtilmekle birlikte söz konusu ifade muğlak olup hangi somut nedenlere bağlı olarak gizlilik kararı verilmediğini açıklamaktan uzaktır. Kararın temyizi aşamasında aynı iddialar ileri sürülmüş olmasına rağmen temyiz hakkında verilen kararda da bu hususlara ilişkin bir gerekçeye yer verilmediği anlaşılmıştır. Bu bağlamda söz konusu kararların konuyla ilgili ve yeterli gerekçe içermediği kabul edilmelidir. Açıklanan nedenlerle başvuruçunun, Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel hayatın saygı hakkının unsurlarından olan kişisel verilerin korunması hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir". AYM, Başvuru No: 2014/19081, T. 01.02.2017.

dahil olacak şekilde) işlenmesi açısından ilk hukuka uygunluk sebebi Kanun'un 6/2. maddesinde ilgili kişinin rızası olarak belirlenmiştir.

Boşanma davasında delil olarak kullanılması istenen kişisel sağlık verisi, veri sahibinin rızasıyla hukuka uygun şekilde mahkemeye sunulabilir. Örneğin hastalığının evlilik birliğinin devamını çekilmez hale getirdiği ve tedavi olmaktan kaçınarak kusurlu davranış sergilediği iddia edilen davalı eş, bu iddiaları çürütmek için tedavi olduğuna dair kişisel sağlık verisini kendi rızasıyla davada delil olarak sunabilir. Esas mesele bir eşin, diğeri hakkındaki kişisel sağlık verilerini, onun rızası olmaksızın elde etmesi ve delil olarak sunması durumunda bir hukuka uygunluk sebebi bulunup bulunmadığı hakkındadır.

Yargılama faaliyeti kapsamında ilgili kişinin rızası olmaksızın delil olarak kullanılacak kişisel veriler hakkında uygulanabileceği düşünülen ilk hüküm, KVKK'nın 5/2/e maddesinde düzenlenmiştir. Yasa koyucu bu hükümde, *"Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması"* halinde, kişisel verilerin ilgili kişinin rızası aranmaksızın işlenmesinin hukuka uygun olduğunu belirlemiştir.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nca hazırlanan *"Kişisel Verilerin İşlenme Şartları"*⁵⁹ başlıklı rehberde, *"Dava açılması, tescil işlemleri ve her türlü tapu işlemi vb. işlerde kullanılması"* zorunlu verilerin, bu kapsamda hukuka uygun olarak işlenebileceği belirtilmiştir. Örnek olarak da işten ayrılan bir çalışana ait gerekli bilgilerin dava zaman aşımı boyunca saklanması veya bir şirketin kendi çalışanı tarafından açılan bir davada ispat için bazı verileri kullanması ya da kısıtlı bir kişinin haklarının korunması amacıyla vasisinin veya kayyumun, kısıtlının mali bilgilerini tutması gösterilmiştir. Ayrıca sözleşme sona erdikten sonra, olası yasal takiplere karşı zamanaşımı süresinin sonuna kadar fatura, sözleşme, kefaletname gibi belgelerin bu amaçlar için saklanması da bu kapsamda değerlendirileceği belirtilmiştir. Öğretide⁶⁰ de boşanma davasında delil olarak kullanılmak amacıyla eşin kişisel verilerinin işlenmesinin bu istisna kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

⁵⁹ <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/9feefe58-9b0f-49c9-a0c7-2b2eb8c012bb.pdf>, s. 4, 11. (E. T. 10.06.2022)

⁶⁰ Süleyman Yılmaz ve Gökçe Filiz Çavuşoğlu, *Kişisel Verileri Koruma Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 92.

Ancak boşanma davasında delil olarak sunulmak istenen kişisel veri doğrudan eşin sağlığına ilişkinse, bu maddenin bir hukuka uygunluk sebebi olarak kullanılabilmesi de mümkün olmayacaktır. Zira söz konusu hukuka uygunluk sebebi Kanun'un genel nitelikli kişisel verilere ilişkin 5. maddesinde düzenlenmiş bir hukuka uygunluk sebebidir. Buna karşılık kişisel sağlık verilerini de kapsayan bir üst başlık olan özel nitelikli kişisel verilerin rıza dışında kalan hukuka uygunluk sebepleriyle işlenmesi, Kanun'un 6/3. maddesinde kaleme alınmıştır.

KVKK'nın 6/3. maddesinde, sağlık ve cinsel hayat dışındaki özel nitelikli kişisel verilerin kanunlarda öngörülen hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği düzenlenmiştir. Bu noktada yasa koyucunun ifadelerine dikkat edilecek olursa, (genel nitelikli) kişisel verilerin rıza aranmadan işlenebilmesi için "*kanunlarda açıkça öngörülmesi*" şartı aranırken; daha hassas olan özel nitelikli kişisel verilerin rıza aranmadan işlenebilmesi için "*açıkça*" kriteri kaldırılarak sadece kanunlarda öngörülmesinin yeterli bulunduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Halbuki özel nitelikli kişisel verilerin işlenebilmesi için aranması gereken şartlar -bu verilerin nitelikleri göz önünde bulundurulduğunda- daha ağır koşullara tabi olmalıdır.

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu, genel nitelikli kişisel verilerin rıza aranmaksızın işlenmesindeki hukuka uygunluk sebeplerinin, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için uygulanamayacağına ilişkindir. Aslında Kanun'un 5. maddesinin gerekçesinde de benzeri bir durumun göz ardı edilmesi söz konusu olmuştur. KVKK'nın 5/2/b maddesinde genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesindeki hukuka uygunluk sebeplerinden biri olarak "*Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması*" düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde⁶¹ "*Örneğin kişinin şuurunun yerinde olmadığı veya akıl hastası olması sebebiyle rızasının geçerli olmadığı bir durumda, hayat veya beden bütünlüğünün korunması amacıyla, tıbbi müdahale yapılması sırasında, kişisel verileri işlenebilecektir. Bu bağlamda kan grubu, geçirilen hastalıklar ve ameliyatlar, kullanılan ilaçlar gibi veriler, ilgili sağlık sistemi üzerinden işlenebilecektir*" ifadesine yer verilmiştir.

⁶¹ <https://www.lexpera-com-tr.eu1.proxy.openathens.net/mevzuat/gerekceler/kisisel-verilerin-korunmasi-kanunu-madde-gerekceleri/1> (E. T. 09.06.2022)

Madde gerekçesinde verilen örnek, kişinin bilincinin yerinde olmaması veya akıl hastası olması gibi nedenlerle rızasının geçerli olmadığı durumlarda, hayat veya beden bütünlüğünün korunması amacıyla, yapılan tıbbi müdahale sırasında kan grubu, geçirilen hastalıklar ve ameliyatlar, kullanılan ilaçlar gibi kişisel verilerinin ilgili sağlık sistemi üzerinden işlenebileceği yönündedir. Ancak örnekte işlenebileceği belirtilen veriler, özel nitelikli kişisel veridir ve sağlığa ilişkindir. Kişisel verisinin işlenmesine rıza veremeyecek durumdaki kişinin adı, telefon ve T.C. kimlik numarası gibi genel nitelikli verileri anılan madde uyarınca işlenebilir.

Ancak örnek verilen kan grubu, geçirilen hastalıklar ve ameliyatlar, kullanılan ilaçlar gibi sağlık verilerinin işlenebilmesi için Kanun'un 5/2/b maddesinde yer alan hukuka uygunluk nedenine dayanılabilmesi mümkün değildir. Kanunların gerekçeleri uygulayıcılar açısından bağlayıcı olmasa da yukarıdaki örnekte sağlığa ilişkin kişisel verinin rıza aranmaksızın işlenme nedeni, 6/3. maddede düzenlenen tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi olabilir.

Sağlık ve cinsel hayata⁶² ilişkin kişisel verilerin rıza aranmaksızın işlenmesi için, Kanun'un 6/3. maddesinde özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hükme göre, sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler, ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Üstelik bu işleme faaliyeti için, işleminin kanunlarda -açıkça olsa da olmasa da- düzenlenmiş olması da şart değildir.

Yasa koyucunun anılan maddede kullandığı "*ancak*" bağlacından da anlaşılacağı gibi, sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin

⁶² Yukarıda sağlık verileri açısından yapılan açıklamalar, KVKK'nın 6/3. maddesinde yer alan düzenleme ışığında cinsel hayata ilişkin verilerin işlenmesi açısından da geçerli olmakla birlikte, cinsel hayata ilişkin verilerin -istisnai bazı haller hariçinde- tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimiyle doğrudan doğruya ilgisi yoktur. Yani özel nitelikli kişisel veriler arasında, kendi içinde bir grup yapılan sağlık ve cinsel hayata ilişkin veriler, aynı grubun üyesi olacak yakınlık ve benzerlikte değildir.

-rıza alınmadan- işlenebilmesi için hem işleme amacı hem de işleyebilecek kişi açısından -görünüşte- önemli iki istisna getirilmiştir. Bu tür verilerin işlenme amacı sadece kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi,⁶³ sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi olabilir. İkinci istisna gereğince bu tür verileri sadece sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler⁶⁴ veya yetkili kurum ve kuruluşlar işleyebilir.⁶⁵ Ancak bu kadar önemli bir istisna kuralına ilişkin normda, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişilerin daha açık ve belirleyici olarak düzenlemesi yasa yapma tekniği açısından bir gerekliliktir.⁶⁶

⁶³ Tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi nedeniyle işlenecek kişisel sağlık verilerinin, teşhis veya tedavinin uygulandığı kişiye ait olması da aranan bir şart değildir. Başka bir ifadeyle tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla işlenecek kişisel verilerin belirlenmesinde KVKK'nun 4. maddesinde belirlenen genel ilkeler dışında bir sınır bulunmamaktadır. Söz konusu düzenlemeyi "Bu kapsamda KVKK m. 6(3) hükmündeki tıbbi teşhis ve tedavinin üçüncü kişinin teşhis ve tedavisini de içerecek şekilde geniş yorumlanması gerekir" ifadesiyle yerinde bulan görüş hakkında bkz. Nafiye Yücedağ, "Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuk Uygunluk Sebepleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 2017, C. LXXV, S. 2, s. 772.

⁶⁴ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 46/1/b maddesinde yer verilen "Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler" ifadesi gereğince, maddede sayılan kişilere tanıklıktan çekilme hakkı tanınmıştır. Benzeri bir kurala, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Sır Nedeniyle Tanıklıktan Çekinme" kenar başlıklı 249. maddesinde de rastlanılmaktadır. Maddede, "Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler" kuralı bulunmaktadır.

⁶⁵ Bazı durumlarda sır saklama yükümlüsü olan kişilerinde kişisel sağlık verilerinin korunması konusunda gerekli özeni göstermedikleri örneklerle rastlanmaktadır. Böyle bir duruma ilişkin Kurul'un vermiş olduğu kararın özeti şu şekildedir: "İlgili kişiye ait özel nitelikli kişisel veri olan sağlık raporunun, bir Hastane nezdinde hastaların tedavi sürecinde yer alan hekimler tarafından, veri sorumlusuna ait mobil olarak kullanılan bir uygulamadan alınan ekran görüntüsünün başka bir cihaz tarafından çekilmesi suretiyle internet ve sosyal medya mecralarında paylaşılması ve bu itibarla özel nitelikli bir kişisel verinin sosyal medya aracılığıyla geniş bir kitleye ifşa edilmiş olduğu dikkate alınarak, Kurulca yapılan resen inceleme neticesinde; 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 12. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendi kapsamında kişisel verilerin muhafazasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin edemeyen veri sorumlusu hakkında Kanun'un 18. maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmıştır" <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5408/Ozel-Nitelikli-Kisisel-Verilerin-Kanuna-Aykiri-Sekilde-Internet-ve-Sosyal-Medya-Mecralarinda-Paylasilmasi> (E. T. 10.06.2022)

⁶⁶ Hekim, hemşire, paramedik, diş hekimi, ebe, eczacı ve gözlükcü (optisyen) gibi kişilerin bu kapsamda değerlendirilecekleri açıktır. Bayındır, s. 69; Yılmaz, Ana-

Madde gerekçesinde kullanılan “Sağlık Bakanlığı ile her türlü sağlık kuruluşunun ve Sosyal Güvenlik Kurumu’nun bu bentte yazılı amaçlarla tuttıkları veriler ve kayıtlar bu kapsamda değerlendirilecektir” ifadesi de yukarıda açıklanan durumun özeti niteliğini taşımaktadır. Sağlığa ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler açısından getirilen bu özel düzenleme ve görünüşteki sınırlama, aslında bu kişisel verilerin işlenmesi açısından ilgilinin açık rızasının aranmaması sonucunu doğuracak niteliktedir.

Sağlık hizmetinin sunulduğu tüm alanlar açısından her türlü sağlık verisinin işlenmesinin; koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla işlendiği iddia olunabilir. Başka bir ifadeyle sınırlamanın genişliği, sınırlamayı (veya istisnayı) sınırlama olmaktan çıkartmaktadır. KVKK’nın 4. maddesinde düzenlenen genel ilkeler gereğince kişisel veriler, belirli, açık ve meşru amaçlar için ve işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olarak işlenebilir. Ancak yapılan düzenlemeyle bu amaç, genel ilkeyle bağdaşmayacak kadar belirsizleştirilmiştir.⁶⁷

yasa Mahkemesi, s. 105. Ancak konuya işverenin, işçinin kişisel sağlık verilerini işlemesi açısından yaklaşıldığında, işverenin madde kapsamında sır saklama yükümlüsü olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda aynı açıklık yoktur. Aynı yönde bkz. Özkan, Oğulcan, Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 119; Selen Uncular, İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, B. 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 200. İşverenin de KVKK’nın 6/3. maddesi kapsamında sır saklama yükümlüsü olarak değerlendirilmesi görüşü şu şekilde ifade olunmuştur: “Avukatlar Avukatlık Kanunu’nun 36. maddesi, bankalar da Bankacılık Kanunu’nun 73. maddesi uyarınca sır saklamakla yükümlü kılınmışlardır. İşte aynı doğrultuda işverenler de İş Kanunu’nun özlük dosyası başlıklı 75. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür”. Arda Altınok, “İşçiye İlişkin Sağlık Verilerinin İşveren Tarafından İşlenmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 94, S. 4, İstanbul 2020, s. 187, 188; Erarslan Türkmen, s. 170; Hakalmaz, s. 100. Sağlık sektörü dışında faaliyet gösteren veri sorumlularının ve işverenlerin işçilerinin mali haklarını yönetmek veya engellilik durumu gibi özel statülerini tanımak için kişisel sağlık verisi işlemleri durumunda, mümkün olan en az veriyi işlemleri ve bu verilerin aktarılması konusunda özellikle dikkatli olmaları gereğinin altı çizilmektedir. Lothar Determann (Çev. Hilal Temel), *Kişisel Verilerin Korunması Uygulama Kılavuzu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 196. GVKT uyarınca işverenin işçinin kişisel sağlık verilerini işlemesi hakkında bkz. Kelleher, Denis ve Karen Murray, *EU Data Protection Law*, Bloomsbury, London 2019, s. 186.

⁶⁷ Maddenin düzenlenme şekliyle ilgili benzer eleştiriler için bkz. Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, B. 4, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 557.

Sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi için kişisel verilerin işleme zorunluluğu ön kabulüne katılmanın mümkün olmaması bir yana, her türlü sağlık verisinin işlenmesindeki amacın tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi olarak değerlendirilmesi mümkündür. Yukarıda da açıklandığı üzere, sağlık hizmetinin yürütülebilmesi için sağlık verilerinin işlenmesi zorunlu olmakla birlikte; kişinin rızasının aranmadığı hallerin bu kadar genişletilmesi, kişisel verilerin korunması alanının özüne ve Kanun'un adına uygun değildir.

KVKK'nın 6/4. maddesi gereğince, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır. Bu kapsamda, "*Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler*" ile ilgili Kurul'un 31.01.2018 tarihli ve 2018/10 sayılı kararı Resmî Gazetede yayınlanmıştır.⁶⁸ Söz konusu önlemler özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi sürecinde çalışan kişilere, bu tür verilerin elektronik veya fiziki ortamda saklanmasına ve özellikle aktarılmasına ilişkin ayrıntılı kurallar içermektedir. Kurul kararına aykırılık teşkil eden işleme faaliyetleri, veri sorumlusunun (ve ihlalin niteliğine göre diğer kişilerin) hukuki, cezai ve idari sorumluluğunun gündeme gelmesine sebep olur.

Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi süreçlerinde yer alan çalışanlara yönelik olarak konuyla ilgili düzenli eğitimler verilmesi, gizlilik sözleşmelerinin yapılması, verilere erişim yetkisine sahip kullanıcıların, yetki kapsamlarının ve sürelerinin net olarak tanımlanması, periyodik olarak yetki kontrollerinin gerçekleştirilmesi ve görev değişikliği olan ya da işten ayrılan çalışanların bu alandaki yetkilerinin derhal kaldırılması önlemleri belirlenmiştir. Zira kişisel sağlık verileri, bu verileri işleyen veri sorumlusunun çalışanlarından da korunmalıdır.

Kurul şikâyet yoluyla önüne gelen bir ihlal iddiasında, ilgili kişinin talebi ya da rızası olmaksızın özel hastane çalışanı bir hekim tarafından e-nabız sistemine erişim sağlanması ve kişinin sağlık verilerinin hukuka aykırı olarak elde edilmesi hakkında inceleme yapmıştır. İlgili kişi şikâyetinde e-nabız uygulamasına girdiğinde, iki farklı tarih-

⁶⁸ 07.03.2018 tarih ve 30353 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

te veri sorumlusu özel hastanenin çalışanı olan hekim tarafından izni dışında sisteme girildiğini ve şikâyet gününe kadar olan tüm muayene ve tetkik sonuçlarına erişildiğini fark ettiğini, hastane bünyesinde çalışan söz konusu hekime, muayene talebi ile gitmemiş olmasına rağmen sağlık verilerine erişiminin Kanun'a aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Veri sorumlusu savunmasında, ilgili kişinin verilerine erişenin hekimin kendisi değil; onun sekreteri olduğuna dair bir açıklamada bulunmuştur. Kurul, e-Nabız sistemine giriş yetkisinin veri sorumlusu hastanenin çalışanı olan hekime ait olduğu, ancak hekimin yanında sekreter olarak görev yapan kişinin, ilgili kişinin e-nabız sistemine girerek ilgili kişinin sağlık verilerine eriştiği dikkate alındığında; söz konusu hukuka aykırı erişimin veri sorumlusunun kişisel veri güvenliğine ilişkin makul teknik ve idari tedbirleri almadığının göstergesi olduğunu belirterek idari para cezası yaptırımını uygulamıştır.⁶⁹

Bu çalışmanın konusu açısından önemli kısımlardan biri de yargılama sürecinde mahkeme kararıyla hazırlanan bir sağlık raporunun (kişisel sağlık verisi), mahkemeye iletilmesi sürecine ilişkindir. Yargılama faaliyeti açısından yargı mercileri tarafından yapılan işleme faaliyetleri KVKK'nın kapsamı dışında bırakılmış olsa da bu verilerin sağlık hizmeti sunucusu tarafından, mahkemeye ulaştırılması işlemi aktarma olarak nitelenebilir. Kurul'un belirlediği önlemler özel nitelikli kişisel verilerin aktarılması söz konusu olduğunda bu verilerin dijital ortamda mı fiziki ortamda mı aktarılacağına göre ayrılmaktadır. Verilerin e-posta yoluyla aktarılması gerekiyorsa şifreli olarak kurumsal e-posta adresiyle veya Kayıtlı Elektronik Posta (KEP) hesabı kullanılarak aktarılması; taşınabilir bellek, CD, DVD gibi ortamlar yoluyla aktarılması gerekiyorsa kriptografik yöntemlerle şifrelenmesi ve kriptografik anahtarın farklı ortamda tutulması; farklı fiziksel ortamlardaki sunucular arasında aktarma gerçekleştiriliyorsa, sunucular arasında VPN kurularak veya sFTP yöntemiyle veri aktarımının gerçekleştirilmesi gerektiği belirlenmiştir. Buna karşılık verilerin kâğıt ortamı yoluyla aktarımı gerekiyorsa evrakın çalınması, kaybolması ya

⁶⁹ KVKK Karar No: 2021/962, T. 21.09.2021. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7074/-Ilgili-kisinin-talebi-ya-da-rizasi-olmaksizin-ozel-bir-hastane-calisan-hekim-tarafindan-e-nabiz-sistemine-erisim-saglanmasi-hakkinda-Kisisel-Verileri-Koruma-Kurulunun-21-09-2021-tarihli-ve-2021-962-sayili-Karari>. (E. T. 12.06.2022)

da yetkisiz kişiler tarafından görülmesi gibi risklere karşı gerekli önlemlerin alınması ve evrakın “gizlilik dereceli belgeler” formatında gönderilmesi gerekir.⁷⁰

Konuya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer istisnai hüküm de KVKK'nın 28/1/a bendinde düzenlenmiştir. Bu maddede yasa koyucu kişisel verilerin, “*üçüncü kişilere verilmemek ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler uymak kaydıyla gerçek kişiler tarafından tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında*” işlenmesini Kanun'un kapsamı dışında tutmuştur. Anılan düzenleme karşısında, aynı konutta yaşayan eşlerin üçüncü kişilere vermemek ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler uymak kaydıyla birbirlerinin kişisel verilerini işlemeleri, KVKK kapsamındaki kurallara tabi olmamaktadır. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 2/2/c maddesinde yer alan benzer istisnai hükümde, tamamen kişisel veya evsel bir faaliyet sırasında gerçek bir kişi tarafından işlenen kişisel veriler, Tüzüğün uygulanma kapsamının dışına çıkarılmıştır.

Ancak bu hükmün boşanma davalarında kullanılmak üzere elde edilen kişisel sağlık verisi niteliğindeki delillere uygulanmasının önünde bir engel bulunmaktadır. Bu engel, yasa koyucu tarafından kullanılan “*üçüncü kişilere verilmemek*” kaydıyla ifadesinden kaynaklanmaktadır. Boşanma davasında mahkemeye sunulmak için eşin kişisel sağlık verilerinin işlenmesi, zaten bu kişisel verilerin üçüncü kişilere verilmesi sonucunu da beraberinde getirmektedir.

KVKK'nın 5/2/d maddesinde yer verilen “*İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması*”na ilişkin hukuka uygunluk sebebi de kişinin rızası aranmaksızın kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenebileceği bir diğer hal olarak düzenlenmiştir. Aslında söz konusu hukuka uygunluk sebebi genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine ilişkindir.

⁷⁰ Kurul'un kişisel sağlık verilerinin ilgili kişinin rızası olmaksızın aktarıldığına dair bir şikayetin sonucunda verdiği kararda, doktor kontrolünde ilaç kullanan ilgili kişinin sağlığı ile ilgili özel nitelikli kişisel verilerinin, ilaçları temin ettiği eczane tarafından KVKK'nın 8. maddesinde sayılan şartlar sağlanmadan üçüncü kişiyle paylaşılmasının Kanun'un 12/4. maddesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle veri sorumlusu eczane hakkında Kanun'un 18. maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmıştır. KVKK Karar No: 2018/143, T. 05.12.2018, <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/062384e3-d18c-4c38-b108-3a7a2a28e849.pdf>. (E. T. 10.06.2022)

Ancak bazı durumlarda kişisel sağlık verisi de alenileştirilebilir. Örneğin kişi hastane odasında ve kolunda serum takılı olan bir fotoğrafını sosyal medyada paylaşıyorsa, bu kişinin sağlık hizmetinden faydalandığına yönelik sağlık verisi kendisi tarafından alenileştirilmiş olmaktadır.

Kişisel sağlık verilerinin işlenmesine ilişkin bir uyumsuzluk olan ve İngiltere’de görülen Naomi Campell/MGN Davası’nda⁷¹ bu konu, sağlık verisinin kişinin kendisi tarafından alenileştirilmesi boyutu esas alınarak tartışılmıştır. Davaya konu olay, bir basın kuruluşunun, Naomi Campell’in İsimli Bağımlılar adlı tedavi kliniğinden çıkarken görüntülediği fotoğrafa da yer verdiği bağımlılık tedavisi haberine ilişkindir. Davacı (Naomi Campell), kişisel sağlık verisinin (sırrının) açıklandığı ve tıbbi gizliliğinin ihlal olunduğu iddiasıyla tazminat talebinde bulunmuştur.⁷²

Davalının savunması, Naomi Campell’in ilaç bağımlısı olduğunu halka kendisinin açıkladığı; bu bilginin söz konusu açıklama nedeniyle alenileştiği ve sır niteliğini kaybettiği üzerine kurulmuştur. Dava, mahkemenin, davacının yaptığı açıklamanın sadece bağımlılığa ilişkin olduğunu, tedaviyi ve tedavinin ayrıntılarını kapsamadığının altını çizerek; fakat ihlalin de çok ciddi olmadığını belirterek düşük bir tazminata hükmetmesiyle sonuçlanmıştır. Kararda toplumsal tanınırlığı olan kişiler açısından basit bir soğuk algınlığının ya da bir bacak kırığının -bu kişilerin zaten sürekli toplum önünde oldukları ve bu tür sağlık sorunlarının da dışarıdan kolaylıkla fark edilebilirlikleri gereğiyle- sır olarak kabul edilmesinin zor olduğu da belirtilmiştir.

Boşanma davalarında, kişisel sağlık verilerinin korunması açısından önemli olan bir diğer husus da Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 28/1. maddesinde benimsenen aleniyet ilkesi çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında aleniyet ilkesinin istisnası kaleme alınmış ve yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, ilgili-

⁷¹ Naomi Campell v. MGN, 2004, UKHL22.

⁷² Emily Jackson, *Medical Law Text, Cases and Materials*, B. 2, Oxford University Press, Oxford 2010, s. 359; Mason, J. K./Laure, G.T., *Law and Medical Ethics*, B. 8, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 184-185; Jonathan J. Herring, *Medical Law*, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 99- 100, 103-104.

nin talebi üzerine ya da resen mahkemece gizlilik kararı verilebileceği düzenlenmiştir. TMK'nun 184/6. maddesinde de "*Hâkim, taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir*" kuralına yer verilmiştir. Bu noktada gerek davanın taraflarının gerekse kişisel sağlık verisi bu dava nedeniyle işlenen diğer kişilerin haklarının korunması amacıyla gizlilik kararının verilmesi, kişisel verilerin korunması açısından önem taşır.

Talep olunması ve şartların varlığı halinde verilmeyen gizlilik kararının bir hak ihlali olarak değerlendirildiği bir Anayasa Mahkemesi kararı⁷³ da bulunmaktadır. Karara konu uyuşmazlıkta hatalı cerrahi göğüs operasyonu yapan doktora karşı açılan davada, mağdur olan hastanın dosyaya delil olarak sunduğu göğüs bölgesi fotoğraflarının mahrem nitelikte olması nedeniyle, bu fotoğraflara yönelik gizlilik kararının ilk derece mahkeme tarafından verilmemesinin hak ihlali yarattığı sonucuna varılmıştır.

IV. KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNE İLİŞKİN YARGI KARARLARI

Kişisel sağlık verilerinin hukuka uygun olmayan şekillerde işlenmesi veya yargı makamlarının önünde delil olarak kullanılmasıyla ilgili birden fazla ilkesel nitelikte tespit içeren karar bulunmaktadır. Bu kararların tamamı kişisel sağlık verilerinin boşanma davalarında kullanılmasına ilişkin olmamakla birlikte, AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin kişisel sağlık verilerinin boşanma davalarında kullanılmasına ilişkin olarak verdikleri iki önemli kararın da bu kapsamda üzerinde durulması gerekli görülmektedir. Önce kişisel sağlık verilerinin hukuka aykırı olarak işlenmesine ilişkin genel nitelikteki yargı kararları sonrasında da boşanma davalarına ilişkin olanlar incelenecektir.

A. Kişisel Sağlık Verilerinin Hukuka Aykırı Olarak İşlenmesine İlişkin Kararlar

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun⁷⁴ önüne gelen bir uyuşmazlıkta, davalının başhekimisi olduğu devlet hastanesinde yatan bir hastanın

⁷³ AYM, Başvuru No: 2014/14189, T. 25.10.2017.

⁷⁴ YHGK, E. 2001/4-333, K. 2001/335, T. 04.04.2001.

AIDS olduğu yönünde basında yer alan haberler üzerine; bu hastanın davacı idare aleyhine açtığı idari davada hüküm altına alınan ve ödenen tazminatın, yayına sebebiyet veren davalıdan rücu edilerek tahsili istenmektedir.

Yargıtay, davalı başhekimin basın elemanlarına henüz AIDS teşhisinin doğrulanmadığını bildirmiş olmasını yeterli bulmamakta; ertesi gün sonuçlanan testlerden böyle bir hastalığı bulunmadığı anlaşılan hastanın isim ve resimlerinin belirtilerek AIDS olduğu yönünde haberler yapılmasında davalının kusurlu olduğu yönünde hüküm kurmaktadır. Kimliği gizli tutulması gereken bir hastalık şüphesi taşıyan hastanın, basın elemanlarının kendilerine verilen bilgilerden fazlasını yazmış olmaları sayesinde basına afişe edilmesiyle sonuçlanan bu süreçte, davalının sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır.

Benzer bir olayda Danıştay,⁷⁵ Devlet Hastanesinde yapılan ve pozitif çıkan HIV testinin sonucunun, doğrulama testi için bir üst basamak sağlık kuruluşuna sevki gerekirken, laboratuvar teknisyeni tarafından doğrulama testi yapılmadan önceki aşamada, hastaya açıklanmasının neden ve etkisiyle hastanın intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmesinde, idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğunu belirtmektedir. Kararın devamında ölen hastanın yakınlarının maddi ve manevi zararlarının tazminine hükmolunması gerektiğine dair görüş, dava konusu olayın gerçekleşme şekli, hastalığın niteliği ve özelliği dikkate alındığında; hastanın idarenin ağır hizmet kusurunun neden ve etkisiyle intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmesi sonucunda doğan zarar ile idari faaliyet arasında uygun nedensellik bağı bulunduğunun tespitiyle gereklendirilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Z./Finlandiya Kararı⁷⁶ da HIV pozitif olan başvuran hakkındaki tıbbi bilgilerin, boşanmış olduğu eşi aleyhindeki bir dava sırasında açıklanmasıyla ilgilidir. Mahkeme başvuranın kimliğinin ve HIV pozitif olduğuna ilişkin bilgilerin, Finlandiya'da bir yüksek mahkeme tarafından basının erişimine açık olan karar metninde ifşa edilmesini, bu ifşanın hiçbir haklı sebebinin

⁷⁵ Danıştay 10. D., E. 2005/8407, K. 2007/6526, T. 28.12.2007.

⁷⁶ No: 22009/93, T. 25.02.1997. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["22009/93"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-62593"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), (E. T. 08.06.2022).

bulunmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına ilişkin 8. maddesinin ihlali olarak nitelendirilmiştir.⁷⁷

Mahkeme özellikle, sağlık verilerinin gizliliğine saygı gösterilmesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini (AİHS) imzalamış tüm sözleşmeciler tarafından hukuk sistemlerinde çok önemli bir ilke olduğunu ve sadece bir hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesinin değil; aynı zamanda hastanın tıp mesleğine ve sağlık hizmetlerine olan genel güveninin korunmasının da teminatı olduğunu belirtmiştir.⁷⁸

AİHM'nin özel nitelikli kişisel verilerin açıklanmasına ilişkin hükme bağladığı bir diğer dava olan M. S./İsveç Kararında,⁷⁹ başvuranın geçirdiği gebeliğin sona erdirilmesine yönelik tıbbi müdahale hakkında bilgi içeren tıbbi kayıtların bir sağlık kuruluşu tarafından sosyal güvenlik kurumuna iletilmesi söz konusudur.⁸⁰ Mahkeme, başvuranın tıbbi kayıtlarının sağlık kuruluşu tarafından sosyal güvenlik kurumuna iletilmesi için uygun ve yeterli gerekçelerin mevcut olduğunu, sosyal güvenlik kurumunun başvuranın geçirdiği iş kazasına ilişkin tazminat verilmesine yönelik koşulların oluşup oluşmadığını tespit etme imkanının ancak bu veri aktarımı ile mümkün olduğunu ve bu durumun da ülkenin refahının korunması yönündeki meşru amaçla orantılı olduğunu değerlendirerek, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlalinin söz konusu olmadığını hükmetmiştir.

⁷⁷ Finlandiya hukuku uyarınca mahkeme, başvurana ait kişisel sağlık verileri hakkında 40 yıla kadar gizlilik kararı verebilecekken (ve tarafların talebi gizlilik kararının 30 yıl olmasıyla); Finlandiya mahkemesi yalnızca 10 yıl süreyle gizlilik kararı vermiştir.

⁷⁸ AİHM'nin kişisel sağlık verilerinin korunmasına özel önem verdiği ve konuya ilişkin ilkesel yaklaşımının bu yönde olduğu hakkında bkz. Lee A. Bygrave, *Data Privacy Law An International Perspective*, Oxford University Press, Oxford 2014, s. 96; Maria Tzanou, *The Fundamental Right to Data Protection*, Bloomsbury, London 2017, s. 47, 48; Tepe, Esra, *Özel Hukuk Açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 170.

⁷⁹ No: 20837/92, T. 27.08.1997. file:///C:/Documents%20and%20Settings/aa/My%20Documents/Downloads/001-45889%20(1).pdf (E. T. 08.06.2022).

⁸⁰ Yapılan yargılamada başvuran yaşadığı bir iş kazası nedeniyle şiddetli ağrıları olduğu iddiasıyla tazminat talebinde bulunmaktadır. Ancak mahkemeye sunulan kişisel sağlık verisiyle, başvuranın bu ağrıları iş kazasından önce de çektiği ve hatta bu sebeple gebeliğini sonlandırdığı kanıtlanmaktadır.

I/Finlandiya Kararında⁸¹ başvuran hemşire olarak bir devlet hastanesinde çalışmaktadır ve HIV pozitif olduğunu öğrendikten sonra, çalıştığı hastanede tedavisini sürdürme kararı almıştır. AİHM'nin önüne gelen dava, başvuranın gizli kalmasını istediği hastalığının meslektaşları tarafından öğrenilmesi ve sağlık durumuyla ilgili kişisel verilerinin sızdırılmasına karşı iç hukukta etkili bir hukuki koruma mekanizması bulunmamasıyla ilgilidir. Mahkeme ihlal kararını, başvuranın kişisel sağlık verisinin yeterli gizlilik altında korunmaması ve Finlandiya Hukukunun kişisel sağlık verisinin ihlali halinde ortaya çıkan zararın tazmini konusunda eksik olması gerekçelerine dayandırmıştır.

AİHM'nin P./Ukrayna Kararı'nda⁸² başvuran, zihinsel durumuna ve psikiyatrik tedavisine ilişkin gizli bilgilerin, duruşma sırasında açıklanması konusunda şikayetçi olmuştur. Mahkeme, başvuranın ruhsal sağlığına ve ilgili tedaviye ilişkin gizli bilgilerin ruh ve sinir hastalıkları hastanesinden elde edilmesinin ve kamuya açık bir duruşmada açıklanmasının, başvuranın özel hayatına müdahale oluşturduğuna karar vermiştir. Kararda özellikle bu konudaki detayların davanın sonucunu etkilemeyeceği; bir araştırma, duruşma öncesi soruşturma ya da soruşturma için önemli bir bilgi olmadığı ve ilk derece mahkemesinin bilgi talebinin gereksiz olduğunu belirtilerek AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

B. Kişisel Sağlık Verilerinin Hukuka Aykırı Olarak Boşanma Davalarında Kullanılmasına İlişkin Kararlar

AİHM'nin L. L./Fransa kararında⁸³ başvuran, boşanma davasında, kendisinin ve tıbbi uzmanın rızası olmadan düzenlenen kendisine ait tıbbi kayıtlarla ilgili belgelerin Fransız Mahkemelerine sunulması

⁸¹ No: 20511/03, T. 17.07.2008. <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22fulltext%22:%22\%220511/03\%22%22>, %22documentcollectionid%22: [%22GRANDCHAMBER%22, %22CHAMBER%22], %22itemid%22: [%22001-87510%22]} (E. T. 08.06.2022).

⁸² No: 11901/02, T. 10.10.2006. file:///C:/Documents%20and%20Settings/aa/My%20Documents/Downloads/002-3281.pdf (E. T. 08.06.2022).

⁸³ No: 7508/2, T. 12.02.2007.

ve kullanılması hususunda şikayetçi olmuştur. İhlale konu boşanma davasında başvuranın eşi, başvuranın bağımlılığını kanıtlamak amacıyla alkolizmle bağlantılı olarak dalağının bir kısmının alınmasına ilişkin tıbbi müdahaleye dair kişisel sağlık verisini rızası dışında kullanılmıştır.

AİHM, özellikle Fransız mahkemelerinin kendi kararlarını desteklemek için dava konusu tıbbi rapora atıfta bulunmasının yalnızca ikincil temelde olduğunu gözlemlemiş ve bu nedenle tıbbi rapor olmadan da aynı sonuca ulaşabileceklerini tespit etmiştir. Bu tespit ışığında başvuranın özel hayatına yapılan müdahalenin kişisel verilerin korunmasının temel önemi açısından gerekçelendirilmediğini belirterek, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Kararda ayrıca, tarafların özel hayatlarına ilişkin kişisel sağlık verilerinin bu tür yargılamalarda kullanılması hakkında iç hukukların yeterli güvenceler sağlaması gerektiğine de dikkat çekilmiştir.⁸⁴ AİHM kararında, her ne kadar taraflar arasındaki boşanma davasında yargılamanın aleni olmamasına ve kararın üçüncü kişileri bağlayan kısmının yalnızca hüküm fıkrasında yer almasına rağmen, davayla doğrudan ilgisi aranmaksızın isteyen herkesin başvuranın sağlık durumuyla ilgili kişisel bilgileri içeren gerekçeli kararı temin edebileceğine dikkat çekilmiştir.

Eşe ait kişisel sağlık verisinin eşin rızası olmaksızın boşanma davasında delil olarak kullanılması, güncel bir AYM kararına⁸⁵ da konu olmuştur. Söz konusu uyuşmazlıkta başvuran (ve aynı zamanda boşanma davasının davacısı), eşiyle arasındaki boşanma davasında dava ve cevaba cevap dilekçelerinde evlendikten sonra migren ataklarının arttığı ve bu durumun sebebinin eşinin kusurlu davranışları olduğu yönünde iddialarda bulunmuştur.

Başvurucunun eşi de bu iddiaların gerçeği yansıtmadığını ispatlamak amacıyla halihazırda doktor olarak görevde bulunduğu Devlet Hastanesinde yaptığı araştırma sonucunda başvurucunun evlenme-

⁸⁴ Mahkeme, ayrıca iç hukukun tarafların özel yaşamlarına ilişkin verilerin bu tür işlemlerde kullanılması hususunda yeterli güvenceler sağlamadığını ve dolayısıyla bunun, evleviyetle bu tür tedbirlerin gerekliliğine dair sıkı bir denetime ihtiyacın haklı gerekçelerinin bulunduğunu gösterdiğini belirtmiştir.

⁸⁵ AYM, Başvuru No: 2019/20473, T. 03.02.2022.

den önce de migren ve psikolojik rahatsızlığının olduğunu tespit ettiğini belirtmiştir. Bu tespit üzerine Mahkemeden, Devlet Hastanesine müzekkere yazılarak eşi hakkında (2014 ve 2015 yıllarına ait raporların ve tedavi bilgilerinin) migren ve anksiyete bozukluğu tanısıyla reçete düzenlendiği, daha sonra başvurucuya bipolar duygulanım bozukluğu teşhisi konulduğu ve başvurucunun yatarak tedavi gördüğü gerekçesiyle 2013-2018 tarihleri arasında düzenlenen tedavi evrakı ile ilaç reçetelerinin istenmesini talep etmiştir.

Başvuran, Hastane tarafından gizli tutulması gereken bilgilere, eşinin mahkeme talebi olmadan, mesleki imtiyazlarını kullanarak ulaştığı; kişisel sağlık verilerini ele geçirip delil olarak mahkemeye sunması nedeniyle görevi kötüye kullanma, özel hayatın gizliliğini ihlal, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi ve verilerin paylaşılması suçlarını işlediği iddiasıyla eşinden şikayetçi olmuştur.⁸⁶ Soruşturma sürecinde başvuranın şikayeti üzerine başsavcılık tarafından soruşturmaya derhal başlandığı ve bu kapsamda şüphelinin ifadesinin alındığı, iddialarla ilgili olarak devlet hastanesiyle yazışma yapıldığı ve boşanma davasının incelendiği karardan anlaşılmaktadır.

AYM'nin önüne gelen başvuruda başvurucunun şikayetlerinin özünü, sağlık durumu ve tedavilerine ilişkin bilgilerin dolayısıyla kişisel nitelikteki birtakım verilerinin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesine ilişkin suç duyurusunda etkili bir ceza soruşturması yürütülmediği iddiası oluşturmuş olsa da Mahkeme tarafından başvurunun Anayasa'nın 20. maddesinin güvence altına alınan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı yönünden değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Hukuki değerlendirmeye başlayan AYM'nin yaptığı ilk tespit, Anayasa'nın 20/3. maddesinde tanınan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı kapsamında, sadece işleme şeklindeki sınırlama ya da müdahalelere karşı değil; kişisel verilere yönelik her türlü müdahale

⁸⁶ Başvuran şikâyet dilekçesinde, evlilik öncesi dönemine ait hastane kayıtlarının, tedavi gördüğü poliklinik numarası ve tedavi tarihi ile ilgili reçeteler ve tedavi bilgilerinin özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarına aykırı olarak başvurucunun eşi tarafından ele geçirilip mahkeme dosyasına sunulduğunu vurgulanmıştır. Eşinin anılan ilde doktor olarak görev yaptığını, Hastane tarafından gizli tutulması gereken bilgilere yetkili merci talebi olmadan, mesleki imtiyazlarını kullanarak ulaştığını belirtmiştir.

ve sınırlamalara karşı güvence getirildiğinin anlaşılması gerektiği yönündedir. Mahkemeye göre, KVKK'nın 6. maddesinde özel nitelikli kişisel veri kapsamında sayılan sağlık verilerinin aynı maddede belirtilen istisnalar dışında kişinin açık rızası olmaksızın işlenmesinin yasak olduğunun düzenlendiği ve veri sorumlusuna da uhdesinde bulunan kişisel verilerin hukuka aykırı olarak erişilmesini önleyecek tedbirleri alma çerçevesinde yükümlülükler öngörüldüğü vurgulanmalıdır.

Ayrıca kararın devamında yargılama süreci gözetildiğinde başvuranın evlenmeden önceki tedavisiyle ilgili bilgileri eşine daha önce açıklamadığı, bununla birlikte kişisel veri mahiyetindeki bu bilgilerin eşi dahil üçüncü kişilere verilmesi yönünde açık bir rızasının da olmadığına dikkat çekilmiştir. Bu duruma rağmen Başsavcılık tarafından *"eşlerin diğer eş hakkında birinci dereceden yakını olması nedeniyle kişisel ve sağlık bilgilerine ulaşma hakkının bulunduğu, bu nedenle şüphelinin eyleminin mahremiyetin ve özel hayatın ihlali olarak değerlendirilemeyeceği"* şeklinde yasal dayanağı gösterilmeyen birtakım gerekçelerle sonuca ulaşılmıştır. Bu gerekçenin kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ve hasta hakları bakımından kişiyi korumasız bıraktığı, ayrıca benzer müdahaleler yönünden caydırıcılığı olmadığı açıktır.

Anayasa Mahkemesi yukarıda açıklanan tespit ve gerekçelerle, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden soruşturma yapılmasında hukuki yarar bulunduğu ve Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının ihlal edildiğine oybirliğiyle hükmetmiştir.

Konuya ilişkin üzerinde durulması gereken son karar,⁸⁷ oldukça eski tarihli olmakla birlikte İngiliz Hukuku açısından önemli tartışmalara konu olmuştur. Bu kez tartışılan kişisel sağlık verisinin açıklanması değil; bu yöndeki talep ve rızaya rağmen açıklanmamasıdır. Taraflar arasında görülen boşanma davasında davalı kadının hekimi, kadının konuya ilişkin rızası olmasına ve mahkeme tarafından da talep olunmasına rağmen, hastası olan davalının zührevi hastalığına dair kişisel sağlık verisini açıklamayı, hukuk düzenince kendisine yüklenen sır

⁸⁷ C. v. C., [1946] 1 All ER 562.

saklama yükümlülüğünü gerekçe göstererek reddetmiştir. Hekimin bu davranışı, hastanın kişisel sağlık verilerinin açıklanması konusundaki iradesine uygun olmaması ve davada ileri sürülen iddia ve savunmaların ispatlanmasını neredeyse imkansızlaştırması nedeniyle eleştirilmiştir.⁸⁸

SONUÇ

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, eşlerin kişisel sağlık verileri boşanma davalarında sıklıkla delil olarak kullanılmaktadır. Boşanmak isteyen taraflar iddia veya savunmalarını kanıtlamak amacıyla gerek kendilerinin gerekse eşlerinin kişisel sağlık verilerine başvurumaktadırlar. Kişinin kendi kişisel sağlık verisini, kendi rızasıyla mahkemeye sunmasının önünde KVKK'dan kaynaklanan bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Esas sorun, eşlerden birinin kişisel sağlık verisinin, onun rızası olmaksızın; diğer eş tarafından kullanılmasında ortaya çıkmaktadır.

Kişisel sağlık verisinin boşanma davasında kullanılmasını gerektiren, akıl hastalığına dayalı boşanma sebebine TMK'nın 165. maddesinde yer verilmiş ve davalı eşin hastalığının geçmesine olanak bulunmadığının resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Ancak KVKK'nın 28. maddesinde yapılan istisna düzenlemesiyle yargı makamları tarafından ve yargılama işlemlerine ilişkin olarak işlenen kişisel veriler, genel veya özel nitelikli veri ayrımı yapılmaksızın, Kanun'un kapsamının dışına çıkarılmıştır. Bu istisna ışığında akıl hastalığına dayalı boşanma davasının görüldüğü mahkemenin, davalının şifa bulmaz bir akıl hastalığının olduğu veya olmadığı yönündeki kişisel sağlık verisini işlediğinden söz etmek mümkün olmayacaktır.

TMK'da boşanma sebepleri açısından yapılan düzenlemeler ve yerleşmiş içtihatlar dikkate alındığında akıl hastalığı sebebi dışında kalan nedenlere dayalı boşanma davalarında da eşlerin kişisel veri-

⁸⁸ Karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mark Stauch/Kay Wheat ve John Tingle, *Text, Cases and Materials on Medical Law*, B.6, Routledge-Cavendish, Abington 2006, s. 238; Alec Samuels, "The duty of the doctor to respect the confidence of the patient", *Medicine Science and Law*, 1980 C. 20, S. 1, s. 58-66. <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/002580248002000112> (E. T. 12.06.2022).

lerinin mahkeme tarafından talep olunmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu noktada bile, dosya münderecatına giren kişisel sağlık verilerinin korunması için gerekli önlemlerin alınması Anayasal bir gerekliliktir.

Eşlerin boşanma davalarında birbirlerinin kişisel sağlık verilerine sıklıkla başvurularının temel sebeplerinden biri de kusur ispatına ilişkin delil sunma gerekliliğidir. Alman ve İsviçre Medeni Kanunlarında yasa koyucularca yapılan değişikliklerle boşanma sebepleri, kusur ilkesinden arındırılmıştır. Eğer Alman ve İsviçre Medeni Kanunlarında benimsenen bu durum, Türk Hukuku açısından da kabul edilecek olursa, eşler birbirlerinin kişisel sağlık verilerini kullanmak suretiyle kusur ispatı yapmak çabasından kurtulacaklardır.

Boşanma davalarında kişilerin kişisel verilerinin korunması adına yapılabilecek bir diğer yasal değişiklik de bu davalar için aleniyet ilkesinden vazgeçilmek suretiyle yargılamanın -kural olarak- gizli yapılmasıdır. Alman ve İsviçre Hukuklarında uygulanan bu prensibin kabulü halinde de eşlerin (ve hatta üçüncü kişilerin) kişisel verilerinin en azından yargılama faaliyetinin uygulayıcısı olmayan kişilere karşı korunması sağlanacaktır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akıntürk Turgut ve Derya Ateş, Aile Hukuku, C. 2, B. 22, Beta, İstanbul 2020.
- Bayındır Hamza, Özel Sağlık Kurumları Kapsamında Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Bygrave Lee A., Data Privacy Law An International Perspective, Oxford University Press, Oxford 2014.
- Bozkurt Habip, Kişisel Verilerin İşlenmesinin Hukuki Boyutu, Ankara 2021.
- Çekin Mesut Serdar, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, B. 2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Determann Lothar (Çev. Temel, Hilal), Kişisel Verilerin Korunması Uygulama Kılavuzu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Dural Mustafa, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005.
- Ersarlan Türkmen Sevgi, Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Erdem Mehmet, Aile Hukuku. B. 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

- Fulford Nicola ve Peter Carey (Edt. Carey, Peter), "Special Categories of Data", Data Protection a Practical Guide to UK and EU Law, B. 5, Oxford 2018, s. 66-87.
- Hakalmaz Ezgi, Hekimlik Sözleşmesi Bağlamında Kişisel Sağlık Verilerinin Kullanılması ve İşlenmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, B. 20, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Herring Jonathan J., Medical Law, Oxford University Press, Oxford 2011.
- İmançlı Canan, Kişisel Sağlık Verilerinin Korun(a)mamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Jackson Emily, Medical Law Text, Cases and Materials, B. 2, Oxford University Press, Oxford 2010.
- Kelleher Denis ve Karen Murray, EU Data Protection Law, Bloomsbury, London 2019.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Küzeci Elif, Kişisel Verilerin Korunması, B. 4, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020. (Kişisel Veriler)
- Mason J. K. ve G. T. Laure, Law and Medical Ethics, B. 8, Oxford University Press, Oxford 2011.
- Orak Beşir, Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Özkan Oğulcan, Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Öztan Bilge, Aile Hukuku, B. 6, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Stauch Mark/Kay Wheat ve John Tingle, Text, Cases and Materials on Medical Law, B.6, Routledge-Cavendish, Abington 2006.
- Tepe Esra, Özel Hukuk Açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Tzanou Maria, The Fundamental Right to Data Protection, Bloomsbury, London 2017.
- Uncular Selen, İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, B. 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Üçüncü Hilal, Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Welfare Damien ve Peter Carey (Edt. Carey, Peter), "Territorial Scope and Terminology", Data Protection a Practical Guide to UK and EU Law, B. 5, Oxford 2018, s. 1-31.
- Yılmaz Sabire Sanem, Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu, B. 3, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019. (Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu)
- Yılmaz Süleyman ve Gökçe Filiz Çavuşoğlu, Kişisel Verileri Koruma Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Makaleler

- Akgün Aydın, "Danıştay Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması", *Danıştay Dergisi*, Ankara 2013, S. 133, s. 21-50.
- Altınok Arda, "İşçiye İlişkin Sağlık Verilerinin İşveren Tarafından İşlenmesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 94, S. 4, İstanbul 2020, s. 179-191.

- Atalay Havva Nur, "Mahremiyet Kapsamında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Depolanması", *Journal of Academic Perspective on Social Studies*, Konya 2021, S. 1, s. 1-20.
- Aydıncık Midyat Şirin (Edt. Antalya, Gökhan), "Boşanma Davalarında DNA Analizi Deliline Başvurulabilir mi", *Türk Medeni Hukuk Reformunun 95. Yılı Sempozyumu*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 91-120.
- Badur Emel (Edt. Badur, Emel ve Gamze Turan Başara), "Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamalarında Kişisel Verilerin Korunması", *Evensel Hukuk İlkeleri- Işığında Türk Medeni- Hukukunda Değişimler Sempozyumu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 173-194. (Üremeye Yardımcı Tedavi)
- Badur Emel (Edt. Badur, Emel), "Hastanın Özel Yaşamına Saygı Gösterilmesini Talep Hakkı", *Erzurumluoğlu Armağanı*, Ankara Barosu, Ankara 2012, s. 99-121. (Hastanın Özel Yaşamı)
- Çaldağ Coşkun, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Akıl Hastalığı Sebebiyle Boşanma", *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, Diyarbakır 2021, C. 5, S. 1, s. 182-216.
- Çiftçi Pınar, "Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2014, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcantez'e Armağan), s. 1741-1821.
- Durmuş Veli, "Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasında İdarenin Hukuki Sorumluluğu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Elektronik Dergisi*, İzmir 2021, C. 14, S. 1, s. 67-76.
- Dülger Murat Volkan, "Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2015, C. 1, S. 2, s. 43-80.
- Erol Yasemin, "Akıl Hastalığına Dayalı Boşanma", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya 2011, C. 19, S. 1, s. 119-149.
- İzgi Cumhur M., "Mahremiyet Kavramı Bağlamında Kişisel Sağlık Verileri", *Türkiye Biyoetik Dergisi*, 2014, C. 1, S. 1, s. 25-37.
- Küzeci Elif, "Genetik Ayrımcılık Yasağı", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2018, C. 15, S. 1, s. 89-132. (Genetik Ayrımcılık)
- Öget Mehmet, "Sağlık Hizmeti Sunan Kamu Kurumlarının Kişisel Sağlık Verilerine İlişkin Hukuki Sorumluluğu", *Tıp Hukuku Dergisi*, İstanbul 2020, S.18, s. 455-512. (Kamu Kurumları)
- Öget Mehmet, "Kişisel Sağlık Verilerinin Korunmasında Özel Sağlık Kuruluşlarının Sorumluluğu", *İzmir Barosu Dergisi*, İzmir 2020, C. 85, S. 3, s. 189-260. (Özel Sağlık Kuruluşları)
- Ömür Rahmi Can, "Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Hastanelerin Sorumluluğu", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2018, C. 15, S. 1, s. 133-180.
- Özer Oktay, "Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Aktarılmasının Hukuki Boyutu", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul 2018, C. 92, S. 3, s. 76-88.

- Samuels Alec, "The duty of the doctor to respect the confidence of the patient", *Medicine Science and Law*, 1980 C. 20, S. 1, s. 58-66. <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/002580248002000112> (E. T. 12.06.2022)
- Sert Sütçü Selin, "Covid-19'un Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması Üzerindeki Etkilerinin İncelenmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 16, S. 177, Ankara 2021, s. 931-938.
- Söğüt İpek Sevda, "Özel Nitelikli Kişisel Veri Olarak Genetik Verilerin Korunması", *Kişisel Sağlık Verileri II. Ulusal Kongresi, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, İstanbul 2017*, s. 73-87.
- Söğüt İpek Sevda, "Covid-19 Pandemisinde Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması", *IV. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, C. 3, Aristo Yayınevi, İstanbul 2021, s. 517-557.
- Yağcıoğlu Burcu, "Akıl Hastalığının Evlilikteki Etkilerine Genel Bir Bakış", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya 2021, C. 29, S. 2, s. 933-998.
- Yılmaz Sabire Sanem, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Sağlık Verilerine Bakış", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 161, Ankara 2020, s. 101-110. (Anayasa Mahkemesi)
- Yücedağ Nafiye, "Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuk Uygunluk Sebepleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2017*, C. LXXV, S. 2, s. 765-789.
- Yüksel Gürbüz, "Kişisel Sağlık Verilerinin Hukuki Korunması", *Sağlık Akademisyenleri Dergisi*, 2018, C. 6, S. 1, s. 1-10.

ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK PERSPEKTİFİNDEN AKILLI SÖZLEŞMELER SMART CONTRACTS FROM THE PERSPECTIVE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Didem KAYALI*

Özet: Blokzincir teknolojisinin akıllı sözleşmeler için de kullanılmaya başlanması, hukukun farklı alanlarını etkileyecek önemli bir gelişmedir. Şeffaf, güvenilir, hızlı ve daha az masraflı olarak nitelenen akıllı sözleşmelerin uyandırdığı ilgi karşısında mevcut hukuk kurallarının bu sözleşmelerle bağlantılı ihtiyaçlara cevap verip veremeyeceklerinin belirlenmesi elzem hale gelmiştir. Bu kapsamda yapılan çalışmalar, genellikle, sözleşmeler hukuku prensipleri çerçevesinde akıllı sözleşmelerin hukuki niteliği konusunu ele almaktadır. Ancak, blokzincir teknolojisinin dağıtık yapısı nedeniyle bunlar üzerinde kurgulanan akıllı sözleşmeler, kanunlar ihtilafı ile milletlerarası usul hukuku açısından da incelenmeye muhtaçtır. Bu makalede, karşılaştırmalı hukukta akıllı sözleşmeleri hukuken geçerli ve bağlayıcı bir sözleşme olarak kabul etme doğrultusundaki genel eğilim esas alınarak uygulanacak hukuk ve uyumsuzluk çözümü konuları mevcut hukuki altyapı çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Blokzincir, Akıllı Sözleşme, Uygulanacak Hukuk, Tahkim, Lex Cryptographia

Abstract: The use of blockchain technology also for smart contracts is an important progress which will affect different areas of law. Smart contracts attract attention with their transparent, reliable, fast and less expensive structure and it is now essential to specify whether existing law rules can meet the needs connected to these contracts. The studies made in this context, generally refer to the legal status of smart contracts within the principles of contract law. However, smart contracts based on blockchains need to be examined also from the conflict of laws and international procedural law perspectives because of the distributed structure of blockchain technology. This paper, leaning on the general tendency in comparative law to accept smart contracts as legally valid and binding, evaluates the issues of applicable law and dispute resolution according to the existing legal framework.

Keywords: Blockchain, Smart Contract, Applicable Law, Arbitration, Lex Cryptographia

* Dr. Öğr. Üyesi, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı, dkayali@etu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1962-293X, Makalenin Gönderim Tarihi: 07.04.2022, Kabul Tarihi: 16.08.2022

Giriş

Kripto paraların en bilineni olan *Bitcoin* sayesinde dikkatleri üzerine çeken blokzincir teknolojisi, bazı bilim insanları tarafından internetten sonraki en büyük yenilik olarak kabul edilmektedir.¹ Aslında 1991 yılında icat edilen bu teknoloji, hemen her alanda yaşanmakta olan dijital dönüşüm dalgası ile birlikte daha da ön plana çıkmıştır. Zira blokzincir, kullanıcılarına, dijital ortamda veri güvenliğini temin eden bir altyapı sunmaktadır. Dolayısıyla, kimlik ve varlık yönetimi, yönetim, lojistik, tedarik zinciri, finansman, bankacılık işlemleri yanında sağlık, vergi, gümrük ve toplu taşıma gibi alanlarda da kullanımı git-tikçe yaygınlaşmaktadır. Bunlara ilave olarak, 2013 yılında *Ethereum* isimli blokzincir yazılımının kripto para alım-satımı dışında başka malvarlığı değerlerinin transferi için de kullanılmaya başlanması, ilk defa 1994 yılında telaffuz edilen akıllı sözleşme kavramını yeniden gündeme getirmiştir.

Teknoloji ile hukukun kesiştiği ya da daha gerçekçi bir ifadeyle, teknolojiye hukukun uyum sağlamaya çalıştığı bir alan olan akıllı sözleşmeler ile bu sözleşmelerin üzerine kodlandığı blokzincirler hakkında yapılan akademik araştırmalar gün geçtikçe artmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu araştırmalar, genellikle akıllı sözleşmelerin sözleşmeler hukuku alanına ait maddi hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirilmesine yoğunlaşmaktadır. Dolayısıyla bu çalışmada, konunun uluslararası özel hukuk perspektifinden incelenmesi amaçlanmıştır. Bu amaç kapsamında yapılacak hukuki değerlendirmelere bir altyapı oluşturabilmek için öncelikle blokzincir teknolojisi ile akıllı sözleşme kavramları ele alınmış, daha sonra yabancılik unsurunun tespiti, uygulanacak hukuk ve uyumsuzluk çözümü meseleleri incelenmiştir.

I. Blokzincir Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler

A. Genel Hatlarıyla Blokzincir Teknolojisi

Akıllı sözleşmelerin altyapısını oluşturan blokzincir teknolojisi, web üzerinde özel olarak birbirine bağlanan her makinenin diğerleri

¹ Suna Özyüksel/Mustafa Ekinci, "Blok Zinciri Teknolojisinin Dış Ticaretteki Etkisinin Örnek Projeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *İşletme, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi*, 2020, S. 1, s. 83.

ile şifreli olarak iletişime geçmesine, yapılan herhangi bir işlem bilgisinin makineler arasında paylaşılmasına, makinelerin kendi aralarında anlık olarak işlemin yapıldığını teyit etmelerine, her işlemin ağdaki tüm makineler tarafından şeffaf bir şekilde tutulmasına ve görülmesine imkân vermektedir.² Bu özellikleri neticesinde blokzincir, en basit şekliyle, bireysel işlem kayıtlarının depolandığı blokların birbirlerine zincir gibi bağlanarak birçok bilgisayarda kaydedildiği dağıtık bir veri tabanı olarak tanımlanmaktadır.³

Bu sistemde, düğüm (*node*) olarak adlandırılan sayısız kişisel bilgisayar, birbirleriyle ilişki içerisinde oldukları bir blokzincir ağında yer almakta, bu düğümlerin her birinde blokzincirin tam bir kopyası bulunmakta, taraflar arasında yapılan her işlem ağdaki bütün düğümlere yayılmakta, bir zaman damgasıyla ve şifrelenerek bloklara kaydedilmektedir. Ancak, kayıt işleminin gerçekleşebilmesi için ilgili verinin, sistemdeki kullanıcıların en az %51'i tarafından doğrulanması gerekmektedir.⁴ Böylelikle sistem, merkezi bir sunucunun ya da otoritenin dahli olmaksızın kullanıcıdan kullanıcıya yapılan işlemlerle çalışmaktadır.⁵

Bir bloğun kapasitesi dolduğu zaman yeni bir blok üretilmekte ve önceki blok özet değeri (*hash*)⁶ ile yeni bloğa bağlanmaktadır. Blokları

² Turan Sert, Sorulara Blockchain, Blockchain Türkiye, 2019, s. 11-12, https://bctr.org/dokumanlar/Sorularla_Blockchain_Turan_Sert.pdf (12.12.2021).

³ Ece Su Üstün, TBK Kapsamında Geleneksel Sözleşmeler ile Mukayeseli Olarak Akıllı Sözleşmeler – Blokzincir Teknolojisi, Seçkin, Ankara 2021, s. 21; Damla Beril Çubukçu, Teknik ve Hukuki Yönleriyle Akıllı Sözleşmeler, Yetkin, Ankara 2021, s. 12; Arif Furkan Mendi/Alper Çabuk, "Bitcoin'in Arkasındaki Güç: Blockchain", *GSI Journal Serie C: Advancements in Information Sciences and Technologies*, 2018, C. 1, S. 1, s. 14.

⁴ Üstün, s. 23; Mendi/Çabuk, s. 15; Çubukçu, s.25; Mustafa Tanrıverdi/Mevlüt Uysal/Mutlu Tahsin Üstündağ, "Blokzincir Teknolojisi Nedir? Ne Değildir?: Alan yazın İncelemesi", *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, 2019, C. 12, S. 3, s. 208.

⁵ Fatih Bilgili/Fatih Cengil, "Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. XXIII, S. 3, s. 4.

⁶ Doktrinde özetleme veya özet değer üretme, "bir bilgi dizgesi olan bilgisayar dosyasının (veya herhangi sabit olmayan boyuttaki bir veri dizgesinin), matematiksel işlemlere tabi tutulmak suretiyle, başka bir karakter veya sembole çevrilmesi işlemi" olarak tanımlanmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Olgun Değirmenci, "Yargılama Makamı için Şüphe, Müdafî için Savunma Nedeni: Adli Bilişim Özet Değer (Hash Value) Kavramı ve Özet Değer Çakışmasının Ceza Muhakemesine Etkileri", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2018, C. 13, S. 137, s. 123.

üretenler ise madenci adı verilen düğümlerdir.⁷ Madenciler, her blok içinde yer alan işlemlere göre değişen, bir önceki bloğa da referans veren, çok fazla sayıda deneme ile bulunabilecek bloğun özet değerini hesaplamaya çalışırlar. Bu değeri ilk bulan madenci bloğu da üretmiş olur ve işlem ödülüne hak kazanır.⁸ Özet değer, ağdaki diğer tüm düğümlere gönderildikten ve onlardan doğruluk onayı aldıktan sonra söz konusu blok zincire eklenir.⁹ Bu şekilde, sonsuz sayıdaki blok birbirine bir zincirin halkaları gibi eklenmekte ve bir önceki bloğa kaydedilmiş tüm verilere karşılık gelen özet değer bir sonraki bloğun girdilerinden biri olmaktadır. Önceki blokta yer alan bir işlemin değiştirilmesi durumunda sonraki bloğun girdilerinden biri, neticede de özet değeri değişecek ve bu değişiklik zincirleme bir şekilde devam edecektir. Bloklarda yer alan tüm işlemler ağdaki tüm kullanıcılar tarafından görülebildiği için herhangi bir blokta yer alan veride yapılan bu değişiklik herkes tarafından kolaylıkla fark edilebilecektir. Bu özelliği sayesinde blokzincir teknolojisi şeffaf ve güvenilir kabul edilmektedir.¹⁰

Blokzincir ağında yer alan her kullanıcının, dijital imzalama ve doğrulama için açık anahtar (*public key*) ve özel anahtar (*private key*) olmak üzere asimetrik şifreleme yöntemiyle şifrelenmiş iki anahtarı bulunmaktadır.¹¹ Genel anahtar IBAN ya da e-posta adresine, özel anahtar ise PIN koduna ya da şifreye benzetilmekte; dolayısıyla, bu anahtarların birbirlerini tamamladıkları ifade edilmektedir.¹² Belirli yöntemlerle sayısallaştırılan imza anlamına gelen dijital imza, blokzincirdeki verilerin güvenliğini ve bütünlüğünü sağlamanın önemli bir aracıdır.¹³ Blokzincir üzerindeki bir işlemin dijital olarak imzalanabilmesi için söz konusu işlem özel anahtar ile şifrelenir ve karşı tarafa gönderilir. Bu aşamada imzalama süreci tamamlanmış olur. Karşı taraf, imzalayan tarafın gönderdiği açık anahtar ile şifreyi açabiliyorsa yapılan işlemin gönderen tarafından imzalandığı, dolayısıyla işlemin gerçek olduğu ve içerdiği verilerin tahrif edilmediği anlaşılır. Bu aşı-

⁷ Vedat Güven/Erkin Şahinöz, Blokzincir - Kripto Paralar - Bitcoin - Satoshi Dünyayı Değiştiriyor, Kronik, B. 8, İstanbul 2021, s. 65.

⁸ ibid, s. 109; Mendi/Çabuk, s. 16.

⁹ Tanrıverdi/Uysal/Üstündağ, s. 209; Pınar Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, B. 2, On İki Levha, İstanbul 2021, s. 22.

¹⁰ Çubukçu, s. 13.

¹¹ Tanrıverdi/Uysal/Üstündağ, s. 207.

¹² Çağlayan Aksoy, s. 27.

¹³ Tanrıverdi/Uysal/Üstündağ, s. 207.

mada da doğrulama süreci tamamlanır.¹⁴ Taraflar arasında bu şekilde gerçekleşen her türlü veri transferi, şifrelenmiş olarak ağdaki tüm kullanıcılar tarafından takip edebilmekte ve kullanıcıların %51 tarafından onaylandığı zaman bloğa kaydedilmektedir.¹⁵

Bu teknoloji, aslında 1991 yılında icat edilmesine rağmen ilk defa 2008 yılında kripto (şifrelenmiş) paraların ilki ve en bilineni olan *Bitcoin* için kullanılmıştır.¹⁶ *Bitcoin*, blokzincir üzerindeki bir para birimidir ve 2008 ekonomik krizi sonrasında bankalara olan güvenin sarsılması ve devletlerin bu bankaları kurtarmak için para basmalarına duyulan tepki sonucunda geliştirilen bir fikre dayanmaktadır.¹⁷ Kripto para dışında blokzincir teknolojisinin kimlik yönetimi, sürdürülebilirlik, varlık yönetimi, yönetim ve tedarik zinciri gibi alanlarda da kullanıldığı belirtilmektedir.¹⁸ Nitekim günümüzde yüzden fazla blokzincir bulunmaktadır.¹⁹ Ayrıca, devletlerin blokzincir teknolojisine olan ilgisi de artmaktadır. Örneğin Estonya, blokzincir üzerinden yürüttüğü e-ikamet (*e-residence*) uygulamasıyla dünyadaki tüm gerçek ve tüzel kişilerin dijital kimlik oluşturabilmelerine ve fiziki bir konumdan bağımsız bir şekilde şirket kurmalarına ve bağlantılı her türlü işlemi yapmalarına imkân vermektedir.²⁰ Ayrıca Estonya vatandaşları, dijital kimlik uygulaması ile oy kullanabilmekte, vergi beyanında bulunabilmekte, sağlık, bankacılık, toplu taşıma gibi hizmetlerden yararlanabilmektedir.²¹ Gürcistan ise 2018 yılında 1,5 milyondan fazla tapunun blokzincir tabanlı sicil üzerine kaydını gerçekleştirmiştir.²² Dubai ve

¹⁴ Güven/Şahinöz, s. 44-46.

¹⁵ Üstün, s. 23.

¹⁶ Mendi/Çabuk, s. 14.

¹⁷ Sert, s. 96. İlk Bitcoin işlemi 3 Ocak 2009'da gerçekleştirilmiştir. Bkz. Sert, s. 102.

¹⁸ Türkiye Bilişim Vakfı, Akıllı Sözleşme Raporu 2021, s. 7, https://bctr.org/dokumanlar/Akilli_Sozlesme_Raporu.pdf (19.12.2021), (TBV Raporu).

¹⁹ Eliza Mik, "Blockchains - A Technology for Decentralized Marketplaces", The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms (ed. Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa ve Cristina Poncibo), Cambridge 2019, s. 162.

²⁰ Tiago Rosado/André Vasconcelos/Miguel Correia, "A Blockchain Use Case for Car Registration", s. 10-11, <https://www.gsd.inesc-id.pt/~mpc/pubs/rosado-Blockchain-car-registration.pdf> (16.01.2022).

²¹ Özyüksel/Ekinci, s. 88.

²² Georg Eder, "Digital Transformation: Blockchain and Land Titles", 2019 OECD Global Anti-Corruption & Integrity Forum, 20-21 March 2019, https://www.oecd.org/corruption/integrity-forum/academic-papers/Georg%20Eder-%20Blockchain%20-%20Ghana_verified.pdf (18.01.2022).

Birleşik Krallık da kamu güvenliği, sağlık, gümrük ve göç gibi bazı kamu hizmetlerinin blokzincir üzerinden sağlanmasına yönelik çalışmalar yürütmektedir.²³

Bir blokzincirin açık (*public*) ya da özel (*private*) olarak kurgulanması mümkündür. Açık bir blokzincirde internet bağlantısına sahip ve ilgili yazılımı bilgisayarına yükleyen herkes blokzincirin tamamına erişebilmekte, işlem yapabilmekte, yapılan işlemleri doğrulayabilmektedir. Bu tür blokzincirlerde kullanıcılar takma isimleri ile, sıklıkla kullanılan ifadesiyle psödonim (*pseudonym*) bir şekilde sisteme dâhil olmaktadır. Kripto paralara ilişkin blokzincirler bu şekilde açık olarak kurgulanmaktadır.²⁴ Özel blokzincirlerde ise sisteme erişim belli kişi ya da gruplara özgülenmiştir. Dolayısıyla, bu tür bir blokzincire girişte kullanıcıların kimlik bilgilerinin ya da belirli şartları karşılamalarının istenmesi veya girişlerinin belli bir kişi tarafından onaylanması söz konusu olabilir.²⁵ Özel blokzincirlerde kullanıcıların kimlikleri belirli ya da belirlenebilir ve bu tür blokzincirler daha ziyade lojistik ve finans alanlarında tercih edilmektedir.²⁶

B. Akıllı Sözleşme Kavramı

Akıllı sözleşme kavramı da aslında yeni bir olguya ya da teknolojiye işaret etmemektedir. Zira söz konusu kavram, bilgisayar uzmanı ve hukukçu *Nick Szabo* tarafından ilk defa 1994 yılında kullanılmış²⁷ ve *Szabo*, akıllı sözleşmeyi, bir sözleşmenin hükümlerini yerine getiren bilgisayara işlenmiş bir işlem protokolü olarak tanımlamıştır.²⁸ 1996 tarihli çalışmasında ise tanımını biraz daha geliştirerek akıllı sözleşmeyi,

²³ Florence Guillaume, "Aspects of Private International Law Related to Blockchain Transactions", *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law* (ed. Daniel Kraus, Thierry Obrist ve Olivier Hari), Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham 2019, s. 56.

²⁴ Çağlayan Aksoy, s. 29-30

²⁵ Çubukçu, s. 15.

²⁶ Mik, s. 163; Üstün, s.36.

²⁷ Mete Tevetoğlu, "Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, 12 (1), s. 193-208, 194; Habil Arda Kel, "Milletlerarası Ticarette Akıllı Sözleşmelerin Uygulanabilirliği", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, S. 2, s. 653-669, 654.

²⁸ Nick Szabo, "Smart Contracts", <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (22.11.2021).

dijital şekilde belirlenmiş bir taahhütler bütünü olarak nitelendirmiş ve bu sözleşmelerin tarafların yerine getirecekleri taahhütlerin çerçevesini çizen protokollerden oluştuğunu belirtmiştir. Bu tür sözleşmelerin “akıllı” olarak nitelendirilmeleri herhangi bir yapay zekâ kullanımından kaynaklanmamakta, sadece kâğıt üzerine akdedilen geleneksel sözleşmelere göre çok daha işlevsel olmalarına dayanmaktadır.²⁹

Akıllı sözleşmelerin kurgulanmasının amacı ise *Szabo* tarafından genel sözleşmesel şartların yerine getirilmesini sağlamak, kötü niyet ya da hata sonucu oluşabilecek istisnai durumları ve güvenilir araçlara duyulan ihtiyacı minimize etmek, her türlü hileden kaynaklanan zararını, yargılama masrafları ile diğer işlem masraflarını azaltmak olarak açıklanmıştır.³⁰ Bu tür sözleşmelere günlük yaşamdan bir örnek olarak *Szabo*, ürün otomat makinelerini göstermiş ve bu makineleri akıllı sözleşmelerin ilkel atası olarak nitelendirmiştir. Bir ürün otomat makinesine uygun miktarda paranın atılması neticesinde makine, talep edilen ürünü ve gerektiğinde para üstünü dışarıdan hiçbir müdahaleye gerek kalmaksızın alıcıya teslim etmektedir.³¹ İleride daha detaylı olarak açıklanacağı üzere, akıllı sözleşmeler de benzer şekilde çalışmakta ve “eğer X gerçekleşirse Y olur” prensibine dayanmaktadır.³²

Her ne kadar kavramsal olarak 1990’lı yıllarda ortaya çıkmışsa da akıllı sözleşmelerin yaygınlaşmaya ve tartışılmaya başlanması *Bitcoin*’in gördüğü ilgi ve *Bitcoin* uygulamasının temelinde yer alan blokzincir teknolojisi sayesinde olmuştur.³³ Bu teknolojinin sadece kripto para birimlerinin alım-satım ve transferi için değil, başka malvarlığı değerlerini içeren işlemler için de kullanılabilmesi amacıyla 2013 yılında *Ethereum* isimli bir blokzincir yazılımı geliştirilmiş ve *Ethereum*’un sahip olduğu farklı kodlama altyapısı sayesinde akıllı sözleşmelerin üretilebilmesi mümkün hale gelmiştir.³⁴ Blokzincir teknolojisi üzerinde çalışan akıllı sözleşmeler, günümüzde, sözleşme

²⁹ Nick Szabo, “Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets”, https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOT-winterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html (22.11.2021).

³⁰ Szabo, Smart Contracts.

³¹ ibid.

³² Pierluigi Cuccuru, “Beyond Bitcoin: An Early Overview on Smart Contracts”, *International Journal of Law and Information Technology*, 2017, Vol. 25, No. 3, s.185.

³³ Kel, s. 656.

³⁴ Tevetoğlu, s. 196.

şartlarının ve tarafların yükümlülüklerinin kod olarak blokzincir veri tabanına kaydedildiği andan itibaren hiçbir kişi ya da kurumun müdahalesi gerekmeksizin kodların barındırdığı şartların gerçekleşmesi halinde edimlerin kendiliğinden ifa edilmesini sağlayan programlar olarak tanımlanmakta³⁵ ve akıllı sözleşmelerin iki türlü üretilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir.³⁶

İlk tür akıllı sözleşmeler, blokzincir dışında yapılan bir sözleşmedeki edimlerin kısmen veya tamamen blokzincir vasıtasıyla otomatik olarak icra edilmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla bu durumda, blokzincir dışında geleneksel yollarla kurulmuş asıl sözleşme ile bu sözleşmenin ifası için blokzincirde kurulmuş akıllı sözleşme olmak üzere iki farklı sözleşme gündeme gelmekte ve bu amaçla üretilen akıllı sözleşmeler *off-chain* akıllı sözleşmeler olarak adlandırılmaktadır.³⁷ Her ne kadar akıllı sözleşmede yer alan kodlar, asıl sözleşmedeki şartların izdüşümü olarak tasarlansa da çeşitli sebeplerle bunların doğurdukları sonuçlar arasında farklılıklar söz konusu olduğunda asıl sözleşmenin esas alınması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir.³⁸

Akıllı sözleşmelerin ikinci türü ise *on-chain* akıllı sözleşme olarak ifade edilmektedir. Bu tür akıllı sözleşmeler, önceden bir asıl sözleşme yapılmadan, hatta tarafların birbirini tanınması bile gerekmeden blokzincir üzerinde ve tamamen programlama dili kullanılarak kurulan sözleşmelerdir.³⁹ Bu tür akıllı sözleşmelerde öneri ve kabul blokzincir üzerinde gerçekleştiğinden ve geleneksel usulde yapılmış bir asıl sözleşme bulunmadığından akıllı sözleşme artık asıl sözleşmenin ifa aracı değil, kendisidir.⁴⁰ Dolayısıyla, akıllı sözleşme kodunun hem hukuk hem de yazılım bilgisine sahip kişi ya da kişiler tarafından doğru bir şekilde yazılması büyük önem arz etmektedir.⁴¹

³⁵ Üstün, s. 49; Kel, s. 659; Cuccuru, s. 185; Çağlayan Aksoy, s. 13.

³⁶ Akıllı Sözleşme Raporu, s. 14.

³⁷ *ibid*; Çağlayan Aksoy, s. 90; Mateja Durovic/André Janssen, "The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law?", *European Review of Private Law*, 2018, Vol. 26, Issue 6, s. 760.

³⁸ Çağlayan Aksoy, s. 91; Chamber of Digital Commerce, Smart Contracts: Is the Law Ready? 2018, s. 26, <https://digitalchamber.s3.amazonaws.com/Smart-Contracts-Whitepaper-WEB.pdf> (04.02.2022), (CDC Whitepaper).

³⁹ Akıllı Sözleşme Raporu, s. 14; Durovic/Janssen, s. 760.

⁴⁰ Çağlayan Aksoy, s. 93.

⁴¹ Akıllı Sözleşme Raporu, s. 14.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, “eğer X gerçekleşirse Y olur” önermesiyle çalışan akıllı sözleşmelerin temel fonksiyonu, sözleşmesel ilişkilerin doğasında bulunan karşı tarafın vakti geldiğinde taahhüdünü yerine getirip getirmeyeceğine ilişkin belirsizliği, dolayısıyla da tarafların üstlendiği riski ortadan kaldırmaktır. Tarafların birbirine güvenmesi ihtiyacının ortadan kalkmasının ise banka, noter, avukat, emlakçı gibi aracı kişi ya da kurumların hizmetlerine duyulan gereksinimi, dolayısıyla işlem maliyetini azaltacağı öngörülmektedir.⁴² Bununla birlikte, her ne kadar bu tür sözleşmeler kodlarla oluşturulsa da sözleşmenin kuruluş aşamasında avukatlara ya da hukukçulara hala ihtiyaç duyulacağı ve bazı sözleşmelerin kanunen noterde yapılmasının gerekmesi nedeniyle araçlara duyulan ihtiyacın tamamen ortadan kalkmasının mümkün olmadığı da belirtilmektedir.⁴³

C. Akıllı Sözleşmelerin İşleyişi ve Hukuki Niteliği

Akıllı sözleşmelerin üretilebilmesine imkân veren ilk blokzincir teknolojisi olan *Ethereum* açık bir blokzincir platformudur ve bu platformda kullanılan kripto para birimi *Ether* olarak adlandırılmaktadır.⁴⁴ *Ethereum*'un farklı bir kodlama altyapısına sahip olması, kripto para transferi yanında çeşitli dijital hizmetlerin akıllı sözleşmeler vasıtasıyla sunulabilmesine de imkân vermektedir.⁴⁵ Dolayısıyla *Ethereum* blokzincirinde, *Ether* işlemlerinin kaydıyla birlikte akıllı sözleşmelere konu diğer işlemlerin kaydı da tutulmaktadır.⁴⁶ Yukarıda da belirtildiği üzere, akıllı sözleşmelerin *off-chain* ve *on-chain* olmak üzere iki türlü yapılması mümkündür. Her iki tür için de öncelikle kullanıcıların *Ethereum* yazılımını bilgisayarlarına indirmeleri ve *Ethereum* ağının bir parçası haline gelmeleri gerekmektedir.⁴⁷

Off-chain akıllı sözleşmelerde, daha önce de ifade edildiği gibi, taraflar arasında geleneksel yolla akdedilmiş bir sözleşme bulunmakta ve taraflar bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kısmen veya ta-

⁴² Tevetoğlu, s. 197-198; Çağlayan Aksoy, s. 4; Ziya Akıncı, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s.47.

⁴³ Çubukçu, s. 36.

⁴⁴ Tevetoğlu, s. 196.

⁴⁵ ibid, s. 201.

⁴⁶ Güven/Şahinöz, s. 105.

⁴⁷ Durovic/Janssen, s. 760.

mamen bir akıllı sözleşme vasıtasıyla yerine getirmeyi kabul etmektedir. Bunun için, elbette, akıllı sözleşmeye aktarılacak yükümlülüklerin bilgisayar kodu şeklinde formüle edilebilmesi mümkün olmalıdır.⁴⁸ Günümüzde akıllı sözleşmelerin yaygın kullanım biçimi olarak karşımıza çıkan bu türdeki akıllı sözleşmeler, blokzincir dışında bir sözleşme kurulduktan sonra devreye girmekte ve dolayısıyla sadece mevcut bir sözleşmenin ifasının gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir.⁴⁹

Hem teknoloji hem de hukuk alanında ilgiyi üzerine çeken *on-chain* akıllı sözleşmeler ise bütünüyle blokzincir üzerinde ve bilgisayar kodu kullanılarak oluşturulmaktadır. Böyle bir sözleşme kurgulamak isteyen bir gerçek veya tüzel kişinin, *Etherum* yazılımını indirip ağa dâhil olduktan sonra kodlama dilinde sözleşmeyi yazarak *Ethereum* üzerinde tüm kullanıcılar için erişilebilir hale getirmesi ya da sözleşme şartlarını sadece belli bir kullanıcıya göndermesi mümkündür.⁵⁰ Sistemdeki herhangi bir kullanıcı ya da şartların doğrudan gönderildiği kullanıcı da sözleşme şartlarını kabul ettiğini gösteren bir işlem yaparak, örneğin malın bedelini ödeyerek ya da özel anahtarı ile sözleşmeyi imzalayarak sözleşme ile bağlı hale gelmektedir.⁵¹ Ancak elbette, kullanıcılar tarafından gerçekleştirilen bu işlemlerin borçlar hukuku anlamında bir öneri ve kabule karşılık gelip gelmediği uygulanacak hukuka göre belirlenecektir. Bu tür sözleşmelerin kullanımının, dijital dönüşümde yaşanan gelişmeler neticesinde yakın gelecekte yaygınlaşmasının beklendiği⁵² ve taraflar arasındaki sözleşme ilk defa ve sadece blokzincir üzerinde kurulduğu için *on-chain* akıllı sözleşmelerin hukuki statülerinin tespit edilmesi ve bu noktadan hareketle çıkabilecek sorunlara yönelik çözüm süreçlerinin belirlenmesi büyük önem arz etmektedir.

On-chain akıllı sözleşmelere ilişkin örneklere geçmeden önce her iki akıllı sözleşme türünün işleyişinde gündeme gelebilecek ve kısaca harici veri sağlayıcı olarak tanımlanan⁵³ *oracle* kavramından bahset-

⁴⁸ Akıllı Sözleşme Raporu, s. 14.

⁴⁹ Çağlayan Aksoy, s. 90-91.

⁵⁰ CDC Whitepaper, s. 15.

⁵¹ *ibid*, s. 16; Durovic/Janssen, s. 760.

⁵² Durovic/Janssen, s. 760; Çağlayan Aksoy, s. 94; Üstün, s. 57.

⁵³ Argun Karamanlioğlu, "Concept of Smart Contracts – A Legal Perspective", *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2018: 35, s. 37.

mekte fayda vardır. Bazen akıllı sözleşmelerin ifa edilebilmesi, sistem dışında mevcut olan örneğin merkez bankasının faiz oranı, hava sıcaklığının kaç derece olduğu, tarifeli bir uçuşta kalkış ve iniş zamanı, sözleşme konusu malın teslim edilip edilmediği ya da çıkan uyumsuzlıkla ilgili verilen kararın ne olduğu gibi bazı bilgilerin eşzamanlı olarak sisteme dâhil edilmesini gerektirebilir.⁵⁴ Söz konusu bilgiyi, bir arayüz vasıtasıyla *oracle* adı verilen bağımsız bilgisayar programları ya da güvenilir üçüncü kişiler sağlamaktadır.⁵⁵

On-chain akıllı sözleşmeler ile ilgili olarak sıklıkla rastlanan örnekler arasında araba satışı ya da kiralamasını konu edinen sözleşmeler bulunmaktadır. Mesela *Bob*, arabasını blokzincir üzerinden satmak istediğinde öncelikle açık anahtarı ile sisteme kendisini tanıtır; satışın şartlarını, blokzincir üzerinde kayıtlı olan ve herkes tarafından görülebilen arabanın dijital kimlik numarasını kullanarak kodlar ve özel anahtarı ile dijital imzasını atar. Daha sonra *Bob*, arabasını ve anahtarını, akıllı sözleşmenin kontrol ettiği ve akıllı kilit yöntemiyle kilitlenmiş garaja bırakır. Araba satın almak isteyen *Alice*, özel anahtarı ile sözleşmeyi imzalayarak *Bob*'un istediği tutarı sistemde tanınan kendi blokzincir hesabından *Bob*'un blokzincir hesabına gönderir. Blokzincirdeki kullanıcılar arabanın *Bob*'a ait olup olmadığını ve *Alice*'in ödemeyi yapacak parasının bulunup bulunmadığını sistem üzerinde kontrol eder. Bu şekilde akıllı sözleşme doğrulandığında *Bob*'un *Alice*'in gönderdiği araba tutarına, *Alice*'in de arabaya sahip olduğu bloğa kaydedilir; *Alice*'in gönderdiği para *Bob*'un hesabına geçer, *Alice* de özel anahtarı ile garajın kilidini açarak arabayı alır.⁵⁶ *Alice* *Bob*'un arabasını kiraladığında ise akıllı sözleşmede tanımlanan kira süresinin sonunda arabanın akıllı anahtarı artık kullanılamaz hale gelecektir.⁵⁷

⁵⁴ Çubukçu, s. 37; Pietro Ortolani, "The Impact of Blockchain Technologies and Smart Contracts on Dispute Resolution: Arbitration and Court Litigation at the Crossroads", *Uniform Law Review*, Vol. 24, 2019, s. 439.

⁵⁵ Cuccuru, s.185-186.

⁵⁶ Örneğin şematize edilmiş orijinal hali için bkz. <https://blockchainhub.net/blog/infographics/smart-contracts-explained/> (16.01.2022). Elbette, bu örnekte olduğu gibi, bir devlet sicilinde kaydı tutulan malların sahipliğinin transferinin on-chain akıllı sözleşmeler vasıtasıyla gerçekleştirilebilmesi için ilgili sicilin de dijitalleştirilerek blokzincir üzerine aktarılmış olması ya da sicil ile akıllı sözleşme arasında veri alışverişinin sağlanabilmesi gerekmektedir. Araba sicilinde blokzincir teknolojisinin nasıl kullanılabileceğine ilişkin bkz. Rosado/Vasconcelos/Correia.

⁵⁷ Benzer bir örnek için bkz. Karamanlıoğlu, s. 35-36.

Benzer şekilde, bir malın alım satımı konusunda da akıllı sözleşmelerden yararlanmak mümkündür. Dağıtıcı ile satıcı, dağıtıcının belli bir miktardaki ürünü 12 ay boyunca her ay gemiyle satıcıya göndereceği, satıcının aylık ödemelerin %50'sini mallar gönderildiğinde, %50'sini de mallar teslim alındığında yapacağı doğrultusunda bir *on-chain* akıllı sözleşme kodlayabilirler. Sözleşmede belirtilen miktar ve nitelikteki malın gemiye yüklendiği hem güvenilir bir üçüncü kişi hem de nakliye şirketi tarafından teyit edilip akıllı sözleşmeye bildirildiğinde ödemenin ilk yarısı otomatik olarak dağıtıcıya gönderilir. Gemi varış limanına ulaşım mallar satıcıya teslim edildiğinde ve nakliye şirketi tarafından bu bilgi teyit edildiğinde ödemenin ikinci yarısı da yine otomatik olarak gönderilir. Akıllı sözleşme bu süreci 12 ay boyunca sözleşmenin bitimine kadar tekrarlar.⁵⁸ Alım-satımı yapılan malın bir tarım ürünü olması durumunda, taşımanın yapıldığı konteynerlere yerleştirilecek ısı, nem ve bakteriyel koşulları ölçen sensörlerin yine *oracle* olarak kullanılması ve gelen veriler çerçevesinde ürünün kalitesinde bozulma tespit edilirse akıllı sözleşmedeki şartlar doğrultusunda malın kendiliğinden iadeye ya da imhaya konu olması da mümkün görülmektedir.⁵⁹

Bahsettiğimiz bu örneklerin bazı noktaları henüz kurgusal olsa da blokzincir teknolojisinde yaşanan gelişmeler ile hem özel sektörün hem de devletlerin dijitalleşmeye artan ilgisi neticesinde sadece “akıllı” bir şekilde icra edilmeyip aynı zamanda “akıllı” bir şekilde kurulan bu tarz *on-chain* akıllı sözleşmelere yakın zamanda sıklıkla rastlanacağı öngörülmektedir.⁶⁰ Özellikle blokzincir teknolojisinin uluslararası ticarete gümrük işlemleri, tedarik zinciri, dokümantasyon ve güvenli belge paylaşımı ile finansman alanlarında kullanımına yönelik projelerin gittikçe yaygınlaşmasının ve bu projeler sonucunda limanlardaki iş yükünde, ödeme işlemlerinin maliyet ve sürelerinde, malların sevkiya-

⁵⁸ Tiffany M. Sillanpää, “Freedom to (Smart) Contract: The Myth of Code and Blockchain Governance Law”, *IALS Student Law Review*, 2000, Vol. 7, Issue 2, s. 43.

⁵⁹ Örnek için bkz. <https://digitalage.com.tr/makale/akilli-sozlesmeler/> (18.01.2022).

⁶⁰ Durovic/Janssen, s. 760; Jack Gilcrest/Arthur Carvalho, “Smart Contracts: Legal Considerations” https://www.researchgate.net/publication/330626140_Smart_Contracts_Legal_Considerations#fullTextFileContent (18.01.2022); Marco Dell’Erba, “Do Smart Contracts Require a New Legal Framework? Regulatory Fragmentation, Self-regulation, Public Regulation”, s. 38, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3228445 (14.02.2022).

tı ile belge transfer sürelerinde ve kâğıt kullanımında ciddi oranlarda azalma görülmesinin⁶¹ bu sürece katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

Günümüzde daha ziyade *off-chain* akıllı sözleşmelerin kullanılıyor olması, bunların da tek başlarına bir sözleşme değil de geleneksel yolla kurulmuş bir sözleşmenin ifa aracı olarak değerlendirilmesi, doktrinde akıllı sözleşmelerin hukuki niteliği konusunda fikir ayrılıklarına sebebiyet vermektedir.⁶² Bununla birlikte, farklı hukuk sistemlerini değerlendiren akademik çalışmalar incelendiğinde, *on-chain* akıllı sözleşmelerin borçlar hukuku kapsamında geleneksel sözleşmelerin kurulması için aranan birbirine uygun öneri ve kabul beyanlarını içerdikleri, dolayısıyla hukuken geçerli ve bağlayıcı bir sözleşme olarak kabul edilmeleri gerektiği yönündeki yaklaşımın ağır bastığı görülmektedir.⁶³

Bunun yanında, devletler de akıllı sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin düzenlemeler yapmaya başlamışlardır. Örneğin İtalya'da, 2019 yılında yapılan kanun değişikliği ile dağıtık defter teknolojisi ile akıllı sözleşme kavramları tanımlanarak tarafların kimliklerinin dijital olarak tespit edilebildiği hallerde akıllı sözleşmelerin yazılı şekil şartını sağlamış olacakları düzenlenmiş ve böylece akıllı sözleşmelerin geçerliliği ve uygulanabilirliği kabul edilmiştir.⁶⁴ Benzer şekilde, ABD'nin Arizona, Tennessee, Florida, Maryland ve Nebraska gibi bazı eyaletlerinde yapılan düzenlemelerle de akıllı sözleşmelerin yazılı şekil şartı ile imza şartını yerine getirebilecekleri ve hukuken sözleşme olarak kabul edilebilecekleri hüküm altına alınmıştır.⁶⁵ Blokzincir teknolojisi ile akıllı sözleşmelerin kullanımı konusunda çalışmaların yürütüldüğü diğer ülkelerde ise İngiltere, Avustralya, Çin, Dubai, Estonya, Hindistan, Yeni Zelanda, İsveç, İsviçre ve Hong Kong ön plana çıkmaktadır.⁶⁶

⁶¹ Özyüksel/Ekinci, s. 88-91.

⁶² Üstün, s. 57; Cuccuru, s.185; Karamanlioğlu, s. 38-39.

⁶³ Çağlayan Aksoy, s. 324-333; Üstün, s. 80-84; Tevetoğlu, s. 204; CDC Whitepaper, s. 15-21; Durovic/Janssen, s. 770; Georgina Garriga Suau, "Blockchain-Based Smart Contracts and Conflict Rules for Business-to-Business Operations", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2021, Issue 41, s. 21, <http://www.reei.org/en/index.php/journal/num41/notes/blockchain-based-smart-contracts-and-conflict-rules-for-business-to-busin3ess-operations> (26.01.2022).

⁶⁴ Mateja Durovic/ Franciszek Lech, "The Enforceability of Smart Contracts", *The Italian Law Journal*, 2019, Vol. 05, No. 02, s. 500-501.

⁶⁵ ibid, s. 499-500.

⁶⁶ England and Wales Law Commission, Smart Legal Contracts Advice to Government, November 2021, s. 3-4, <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom->

II. Uluslararası Özel Hukuk ve Akıllı Sözleşmeler

Akıllı sözleşmelere kodlanmış şartlar gerçekleştiğinde, dışarıdan herhangi bir müdahaleye gerek kalmaksızın tarafların edimleri otomatik olarak ifa edildiğinden akıllı sözleşmelerin var olmak ve uygulanmak için herhangi bir hukuka ihtiyaç duymadıkları, tüm hukuk sistemine teknolojik bir alternatif yarattıkları ileri sürülmüştür.⁶⁷ Ayrıca bir akıllı sözleşme kendiliğinden ifa edileceğinden sözleşmenin işleyişine ilişkin bir sorun çıkmayacağı; dolayısıyla mahkemelere başvurma ihtiyacının ortadan kalkacağı da savunulmuştur.⁶⁸ Ancak akıllı sözleşmeler, hukukta karşılığı olan yükümlülükler doğurduklarından bu yükümlülükler ihlal edildiğinde ya da teknik bir aksaklık çıktığında, örneğin blokzincire işlenen kod tarafların arzu ettikleri şekilde çalışmadığında taraflar arasında uyuşmazlık çıkması kaçınılmaz olacaktır.⁶⁹ Bu noktada, özellikle tamamıyla blokzincir üzerinde kurgulanmış olan *on-chain* akıllı sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıkların nasıl çözüleceği meselesi büyük önem arz etmektedir.

A. Yabancılık Unsurunun Tespiti

İster *off-chain* ister *on-chain* olarak kurgulansın bir akıllı sözleşmenin yaratacağı hukuki etki ancak bu sözleşmenin belli bir hukuk sistemine tabi tutulması neticesinde belirlenebilir. *Off-chain* bir akıllı sözleşme, geleneksel usulde akdedilmiş bir asıl sözleşmeye dayandığından ve asıl sözleşmenin ifa aracı olarak kabul edildiğinden⁷⁰ uluslararası özel hukuk çerçevesinde yapılacak değerlendirmelerde asıl sözleşme esas alınacak; dolayısıyla, akıllı sözleşme özelinde yabancılık unsuru, uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme tespiti yapmaya ihtiyaç duyulmayacaktır. Tamamıyla blokzincir üzerinde kurulan ve ifa edilen *on-chain* akıllı sözleşmeler açısından ise yabancılık unsurunun tespitinden başlayarak detaylı bir inceleme yapılması gerekmektedir.

prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2021/11/Smart-legal-contracts-accessible.pdf (04.02.2022), (EWLC Advice).

⁶⁷ Alexander Savelyev, "Contract Law 2.0: 'Smart' Contracts as The Beginning of The End of Classic Contract Law", *Information & Communications Technology Law*, 2017, Vol. 26, No. 2, s. 132.

⁶⁸ TBV Raporu, s. 12; Winston Maxwell/ Gauthier Vannieuwenhuysse, "Robots Replacing Arbitrators: Smart Contract Arbitration", *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2018, Issue 1, s. 26.; Chevalier, s. 11.

⁶⁹ EWLC Advice, s. 179; CDC Whitepaper, s. 30; Maxwell/Vannieuwenhuysse, s. 30.

⁷⁰ Çağlayan Aksoy, s. 91.

Blokszincir teknolojisinin yukarıda bahsettiğimiz dağıtık yapısının bir sonucu olarak *on-chain* akıllı sözleşmelere ilişkin değerlendirmelerde genellikle bu tür sözleşmelerin yabancılik unsuru taşıdıklarının zımnen kabul edildiği, uygulanacak hukuk ile yetkili mahkeme ya da merci tespitinin de bu kabul çerçevesinde tartışıldığı görülmektedir.⁷¹ Aynı sonuca varan diğer bazı kaynaklarda ise bir blokszincir ağında yer alan ve blokszincirin eş kopyalarını tutan kullanıcıların hepsinin aynı ülkede bulunmasının istatistiki açıdan mümkün görülmemesi sebebiyle blokszincirlerin doğaları sonucu uluslararası nitelikte oldukları, bunlar üzerinde gerçekleştirilen işlemlerin de aynı şekilde değerlendirilmeleri gerektiği ifade edilmiştir.⁷² Ayrıca, blokszincir teknolojisinin merkezlessiz (*decentralized*) bir sistem olması nedeniyle söz konusu işlemlerin de merkezlessiz, dolayısıyla sınır aşan nitelik taşıdıkları⁷³ ile blokszincir üzerinde fiziki sınırlar bulunmaması sebebiyle blokszincir tabanlı akıllı sözleşmelerin de tıpkı blokszincir teknolojisi gibi milli hukuklardan bağımsız (*denationalized*) oldukları da ileri sürülmüştür.⁷⁴

Belirli bir ülkede yerleşik kullanıcılara özgülenen ve sadece o ülkenin sınırları dâhilinde işlem yapmak üzere kurgulanan özel blokszincirleri elbette farklı değerlendirmek gerekecektir. Ancak, bu tür özel blokszincirler dışındaki blokszincirlerin mevcut teknolojik altyapıları ve öngörülen kullanım alanları çerçevesinde uluslararası, sınır aşan ya da milli hukuklardan bağımsız oldukları kabul edildiğinden bunlar üzerinde gerçekleştirilen işlemlerin de farklı hukuk sistemleri ile somut bağlantılarının bulunup bulunmadığının tespiti gerekmeksizin, yabancılik unsuru taşıdıkları noktasından hareket ederek potansiyel uyuşmazlıkların çözümünü tartışmak isabetli olacaktır.

⁷¹ ISDA/Clifford Chance/ R3/ SAL, Private International Law Aspects of Smart Derivatives Contracts Utilizing Distributed Ledger Technology, 2020, s.3, <https://www.isda.org/a/4RJTE/Private-International-Law-Aspects-of-Smart-Derivatives-Contracts-Utilizing-DLT.pdf> (03.03.2022); Garriga Suau, s. 14.

⁷² Guillaume, s. 59; Giesela Rühl, "Smart (Legal) Contracts, or: Which (Contract) Law for Smart Contracts?", *Blockchain, Law and Governance* (ed. Benedetta Cappiello ve Gherardo Carullo), Springer, İsviçre 2021, s. 163.

⁷³ Maxime Chevalier, "From Smart Contract Litigation to Blockchain Arbitration, a New Decentralized Approach Leading Towards the Blockchain Arbitral Order", *Journal of International Dispute Settlement*, 2021, Vol. 12, Issue 4, 1-27, s. 561.

⁷⁴ Garriga Suau, s. 21.

B. Akıllı Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk

1. Mevcut Bağlama Noktalarının Uygunluğu

Daha önce de belirtildiği üzere, karşılaştırmalı hukukta geleneksel yolla akdedilen sözleşmelere ilişkin şartların uygulanması neticesinde *on-chain* akıllı sözleşmeleri hukuken geçerli ve bağlayıcı bir sözleşme olarak kabul etme eğilimi ağır basmaktadır. Dolayısıyla, yabancılık unsuru taşıyan ve bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak vasıflandırılan *on-chain* akıllı sözleşmelere uygulanacak hukuku da bu doğrultuda tespit etmek gerekmektedir.

Bazı farklılıklar bulunmakla birlikte, sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin çoğu kanunlar ihtilafı kuralı aynı bağlama noktalarını kullanmak suretiyle kurgulanmıştır. Bu bağlamda, hem Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü⁷⁵ hem de Kanunlar İhtilafı Hukukuna İlişkin II. Restatement'ta⁷⁶ sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda taraflarca yapılacak açık ya da zımni hukuk seçimine öncelik verildiği görülmektedir. Aynı yaklaşım İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (İMÖHK)⁷⁷ ile 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da (MÖHUK)⁷⁸ da bulunmaktadır.

Doktrinde sübjektif bağlama kuralı olarak da adlandırılan hukuk seçimi imkânının,⁷⁹ akıllı sözleşmelerde de kullanılabilceği kabul edilmekte; hatta bu imkânın kullanılması tavsiye edilmektedir.⁸⁰ Bununla birlikte, geleneksel yolla yapılmış bir asıl sözleşmenin bulunma-

⁷⁵ Bkz. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü madde 3, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN> (02.02.2022).

⁷⁶ Gülin Güngör, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Ankara 2007, s. 32-35; Mesut Aygün, "ABD Kanunlar İhtilafı Hukukuna Kuramsal ve Metodolojik Bir Bakış: Çeşitli Teori ve Metotlar, II. Restatement ve Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. XX, S. 2, s. 155-156.

⁷⁷ Bkz. İMÖHK m. 116(1).

⁷⁸ Bkz. MÖHUK m.24/1.

⁷⁹ Cemal Şanlı/ Emre Esen/ İnci Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, B. 9, İstanbul 2021, s. 321.

⁸⁰ EWLC Advice, s. 183-185; Rühl, s. 168-169; Garriga Suau, s. 24; Guillaume, s. 66; Chevalier, s. 7-8.

dığı durumlarda hukuk seçiminin nasıl yapılacağı tartışmalıdır. Zira hukuk seçiminin, “eğer X gerçekleşirse Y olur” şeklinde kodlanması pek mümkün görülmemektedir.⁸¹ Diğer taraftan, kodda belirli bir yere dâhil edilecek ve bir protokol kuralı (örneğin, X=İngiliz Hukuku) ile birlikte çalışacak bir değişken (örneğin, X) kullanılarak ya da koda eklenecek doğal dille yazılmış bir yorumla hukuk seçimi yapılabileceği ifade edilmiştir.⁸²

Taraflarca hukuk seçimi yapılmayan durumlar için Roma I Tüzüğü m. 4(1)'de bazı sözleşme türlerine özel bağlama noktaları belirlenmiştir. Örneğin, satış sözleşmelerinde satıcının, hizmet sözleşmelerinde hizmet verenin, franchise sözleşmelerinde franchise alanın, dağıtım sözleşmelerinde dağıtıcının mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukuku, taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ya da taşınmazların kiralanmasına ilişkin sözleşmelerde ise taşınmazın bulunduğu ülkenin hukuku uygulanacaktır. Sözleşmenin tarafları belirlenebilir olduğu sürece mutad mesken hukuku bağlama noktası akıllı sözleşmeler için de kullanılabilir.⁸³ Bununla birlikte, m. 4(3)'te yer alan ve sözleşmenin bu ülkelerden başka bir ülke ile açıkça daha yakından ilişkili olduğunun davanın şartlarından anlaşılması halinde söz konusu ülkenin hukukunun uygulanmasını öngören kaçış hükmünün akıllı sözleşmeler açısından uygulanamayacağı ileri sürülmüştür. Zira blokzincir üzerinde yer almasının bir sonucu olarak birçok ülke ile benzer derecede bağlantısının bulunması, bir akıllı sözleşme açısından daha yakın ilişkili bir ülkenin tespitini genellikle imkânsız hale getirmektedir.⁸⁴

Roma I Tüzüğü m. 4(2)'de ise birinci fıkra kapsamına girmeyen ya da bu fıkradaki birden fazla sözleşme türüne karşılık gelen sözleşmelere karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Karakteristik edim, sözleşmenin yapılmasının nedeni olan,⁸⁵ taraflar arasındaki hukuki ilişkinin ağırlık merkezini oluşturan⁸⁶ edim olarak tanımlanmakta-

⁸¹ EWLC Advice, s.184; Rühl, s. 169.

⁸² EWLC Advice, s. 184.

⁸³ EWLC Advice, s. 186; Rühl, s. 170.

⁸⁴ Rühl, s. 170.

⁸⁵ Berk Demirkol, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, B. 2, İstanbul 2014, s. 250.

⁸⁶ Güngör, s. 104.

dır. Bu doğrultuda, para ediminin karşılığındaki edim, her iki tarafın edimi de para edimi ise en fazla riski ya da sorumluluğu alan tarafın edimi karakteristik edim olarak kabul edilmektedir.⁸⁷ Akıllı sözleşmeler ayrı bir sözleşme türü olmadığından, edimlerin ifası kendiliğinden gerçekleşse de geleneksel yolla kurulan sözleşmelerdeki gibi karakteristik edimin ve karakteristik edim borçlusunun tespit edilebileceği belirtilmiştir.⁸⁸

Son olarak Roma I Tüzüğü m. 4(4)'te, uygulanacak hukukun ilk iki fıkraya uyarınca belirlenemediği hallerde sözleşmenin en sıkı irtibatlı olduğu ülkenin hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. En sıkı irtibatı tespit ederken mahkemelerin mevcut bütün bağlantıları ve bunların ağırlığını değerlendirmeleri; dolayısıyla, tarafların mutad meskeni, vatandaşlığı, sözleşmenin kuruluş yeri ya da ifa yeri gibi geleneksel bağlama noktaları yanında sözleşmenin dili veya sözleşmenin ifa edileceği para birimi gibi bağlantıları da dikkate almaları gerekmektedir.⁸⁹ Akıllı sözleşmelerde en sıkı irtibatlı hukuk tespit edilirken kullanıcıların ya da madencilerin çoğunluğunun bulunduğu ülkenin de göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiş;⁹⁰ ancak, bu ülkelerin tespitinin kolay olmaması ile kullanıcıların ve madencilerin uyuşmazlık konusu akıllı sözleşme ile ilişkilerinin rastlantıya dayanması nedeniyle bu bağlantının dikkate alınamayacağı ileri sürülmüştür.⁹¹ En sıkı irtibatlı hukuku tespit edebilmek için önerilen, akıllı sözleşmelere özgü diğer irtibatlar ise şu şekilde sıralanmaktadır:⁹²

- a) Dış dünyada ifanın gerçekleştiği yer,
- b) Akıllı sözleşmenin oluşturulmasına öncülük eden tarafın bulunduğu yer,
- c) Söz konusu akıllı sözleşme platformunun bulunduğu yer,
- d) Özel blokzincirlerde yapılan işlemler için blokzinciri kontrol eden kişinin ikametgâhı,

⁸⁷ Güngör, s. 172, 231; Fügen Sargin, "Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S. 2, 2001, s. 37-96, s. 47.

⁸⁸ EWLC Advice, s. 186; Rühl, s. 171.

⁸⁹ Rühl, s. 172.

⁹⁰ ibid.

⁹¹ Garriga Suau, s. 26.

⁹² EWLC Advice, s. 188-189.

- e) Söz konusu akıllı sözleşme ile yakından bağlantılı sözleşmelere uygulanacak hukuk,
- f) Özel anahtarın bulunduğu yer,
- g) Söz konusu akıllı sözleşme ile bağlantısı olan herhangi bir fiziki malın bulunduğu yer,
- h) Söz konusu akıllı sözleşme ile bağlantısı olan herhangi bir kripto varlığın bulunduğu yer (Bu yer, 2020 ve 2021 yıllarında İngiltere’de verilen bazı mahkeme kararlarında kripto varlığın sahibinin ikametgâhının bulunduğu yer olarak kabul edilmiştir.).

MÖHUK ve İMÖHUK’ta da tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı düzenlenmiş, bu hukukun belirlenebilmesi için karakteristik edim kavramından yararlanılmıştır.⁹³ Restatement II’de de benzer şekilde sözleşme ve taraflarla en sıkı ilişkiye sahip ülkenin hukukunun uygulanacağı belirtilmiş; ancak karakteristik edim kavramına yer verilmemiştir. Bununla birlikte, uygulanacak hukukun tespitinde dikkate alınması gereken bağlantılar sözleşmenin yapıldığı yer, müzakerelerin yürütüldüğü yer, ifa yeri, sözleşme konusunun bulunduğu yer, tarafların ikametgâhının veya meskeninin bulunduğu yer, vatandaşlığı, tüzel kişilik kazandığı yer ile işyerinin bulunduğu yer olarak sıralanmıştır.⁹⁴

Hukuk seçiminin yokluğu durumunda sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan bu objektif bağlama kurallarının akıllı sözleşmeler söz konusu olduğunda da uygulama alanı bulup bulamayacakları tartışmalıdır. Doktrin ve uygulamada bir görüş, tarafların kimliklerinin tespit edilebilmesi halinde, özellikle mutat mesken bağlama noktasının kolaylıkla uygulanabileceğini, zira akıllı sözleşme taraflarının da bir mutat meskene genellikle sahip olacaklarını; sözleşmenin anonim ya da psödonim bir şekilde kurulması durumunda ise uygulanacak hukukun en yakın irtibatlı hukuk çerçevesinde belirlenebileceğini savunmaktadır.⁹⁵ Diğer görüş ise geleneksel şekilde akdedilmiş bir sözleşme ile herhangi bir bağlantısı bulunmayan ve bütünüyle

⁹³ Bkz. MÖHUK m. 24/4, İMÖHUK m. 117.

⁹⁴ Aygün s. 158.

⁹⁵ Rühl, s. 172; EWLC Advice, s. 186-187.

halka açık blokzincirler üzerinde kurulmuş akıllı sözleşmeler açısından mevcut bağlama kurallarını uygulanabilir bulmamaktadır.⁹⁶ Zira genellikle coğrafi sınırları esas alan bu kurallar, blokzincir teknolojisi kullanılarak yapılan, dolayısıyla “her yerde ve hiçbir yerde” bulunan akıllı sözleşmelerin yapısına uygun değildir.⁹⁷ Benzer şekilde, akıllı sözleşmelere özgü yukarıda belirttiğimiz irtibatların da en sıkı irtibatlı hukukun tespitinde fayda sağlayıp sağlamayacakları belirsizdir. Zira

2. Alternatif Bağlama Noktaları

Mevcut bağlama kurallarının, akıllı sözleşmelerin milli hukuklar ile bağlantısı bulunmayan yapısıyla uyumsuz olduğunu savunanlar, çoğu hukuk sisteminde bu sözleşmelerin hukuki statüsünün belirsizliğini de koruması nedeniyle uygulanacak hukuku tespit edebilmek için farklı bir yol izlenmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.⁹⁸ Bu bağlamda öncelikle, blokzincir teknolojisinin geliştirilme amacı çerçevesinde devletler de dâhil olmak üzere her türlü aracıyı ve otoriteyi dışlayan ve uluslararası olarak nitelendirilen yapısı nedeniyle hem blokzincirlerin hem de akıllı sözleşmelerin hukuki rejiminin devletler tarafından belirlenmesine ihtiyatla yaklaşmaktadır. Bu noktada, blokzincir kullanıcılarının ihtiyaçlarına cevap verebilen, kullanıcıların uygulama ve geleneklerine dayanan, meşruluğunu da blokzincir kullanıcılarının kabulünden alan genel ilkelerden oluşan ve *lex cryptographia* olarak adlandırılan hukuki kurallar bütünüünün gelişmesi kaçınılmaz olarak değerlendirilmektedir.⁹⁹

Diğer taraftan, her ne kadar blokzincir üzerinde gerçekleştirilen işlemlerin *lex cryptographia* tarafından düzenlenmesi mümkün görülsede bu işlemlerin gerçek dünyada uygulanan hukuk kurallarıyla zaman zaman etkileşim halinde bulunmaları gerekeceği de kabul edilmektedir. Örneğin, blokzincir üzerinde yapılan bir akıllı sözleşmenin borç-

⁹⁶ Chevalier, s. 8.

⁹⁷ Guillaume, s. 70.

⁹⁸ ibid, s. 71.

⁹⁹ ibid, s. 72-73; Chevalier, s. 24-26; Mariia Aleksandrina, “Transformation of the Principles of International Private Law in the Digital Age”, https://www.shs-conferences.org/articles/shsconf/pdf/2021/20/shsconf_lisid2021_01003.pdf (15.02.2022); Aaron Wright/ Primavera De Filippi, “Decentralized Blockchain Technology and The Rise of Lex Cryptographia”, s. 48-49, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664 (14.02.2022); Dell’Erba, s. 42-45.

lusu iflas ettiğinde söz konusu sözleşmenin iflas usulünün emredici kuralları ile karşı karşıya kalması mümkündür. Zira gerçek dünyada meydana gelmiş bir olay sebebiyle akıllı sözleşmenin ifasının imkânsız hale gelmesi riski bulunmaktadır.¹⁰⁰ Devlet mahkemelerine başvurulmasını gerektiren bu tarz uyuşmazlıkların çözümü açısından eğer taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamışsa, coğrafi bağlantı noktalarının tespiti de her zaman mümkün olmayacağından, *lex fori*'nin uygulanmasının en makul yol olduğu ileri sürülmüştür.¹⁰¹

3. Değerlendirme

Özellikle *Ethereum* gibi açık blokzincir platformları üzerinde gerçekleştirilen ve geleneksel yolla akdedilmiş bir sözleşme ile bağlantısı bulunmayan *on-chain* akıllı sözleşmelerin belli bir hukuk sistemi ile ilişkilendirilmesi, hem konuyla ilgili milli hukuk düzenlemelerinin henüz yetersiz olması hem de mahkeme kararlarının sayısının çok sınırlı kalması sebebiyle cevaplanması gereken birçok soruyu gündeme getirmektedir. Ancak, en azından teorik olarak, açık blokzincirler üzerinde gerçekleştirilen işlemlerin yabancılık unsuru taşıdığına ilişkin görüş birliği bulunduğu söylemek mümkündür.

Bununla birlikte, öncelikle, blokzincir üzerinde gerçekleştirilen bu tarz işlemlerin farklı milli hukuk sistemlerinde sözleşme olarak vasıflandırılıp vasıflandırılmayacakları belirsizliğini korumaktadır. Her ne kadar sözleşmeler hukukunun mevcut prensipleri çerçevesinde yapılan değerlendirmeler, söz konusu işlemleri sözleşme olarak nitelendirme noktasında yoğunlaşsa da yeterli hukuki altyapının bulunmaması sebebiyle uyuşmazlık durumunda mahkemelerin ne doğrultuda karar verecekleri öngörülememektedir.

Bu sözleşmelerin borçlar hukuku anlamında sözleşme olarak vasıflandırılması durumunda ise uygulanacak hukukun tespit edilebilmesi için başvurulacak olan kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan bağlama noktalarının bu sözleşmelerin yapısına ne derece uygun olduğu, yukarıda da ifade edildiği üzere, tartışmalıdır. Mevcut kurallar, ilk basamakta taraflarca yapılabilecek hukuk seçimini düzenlemekte ve seçilecek hukukun bir devletin hukuku olması gerektiği genellikle ka-

¹⁰⁰ Guillaume, s. 75.

¹⁰¹ *ibid*, s. 79.

bul edilmektedir.¹⁰² Bununla birlikte, *lex cryptographia* diye adlandırılan kurallar bütününe gelişimine bağlı olarak, *lex mercatoria* bağlamında yapılan akademik tartışmaların akıllı sözleşmelerde hukuk seçimiyle ilgili olarak gündeme gelmeye başlaması da kuvvetle muhtemeldir. Uyuşmazlığın mahkemelerde çözülecek olması durumunda hukuk seçimi daha da önemli hale gelmektedir. Zira aksi takdirde mahkemelerin, objektif bağlama kuralları aracılığıyla uygulanacak hukuku belirlemeleri gerekecek ve söz konusu bağlama noktalarının tespiti ile uygunluğuna ilişkin farklı sorunlar gündeme gelecektir.

Örneğin Türk hâkiminin, MÖHUK m. 24/4 çerçevesinde sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku saptaması, bunun için de öncelikle karakteristik edim borçlusunun kim olduğunu, sonrasında da mutat meskenini, işyerini ya da yerleşim yerini tespit etmesi gerekecektir. Karakteristik edimin bu konudaki genel ilkeler çerçevesinde belirlenebilmesi mümkün ise de tarafların psödonim olması durumunda diğer hususların tespit edilmesi borçlunun kimliğinin belirlenebilmesine bağlı olacaktır. Psödonim taraflarca kurulan sözleşmelerde kimlik tespiti yapılamaması ya da yapılsa bile karakteristik edim borçlusunun hukukundan başka bir hukuk ile sözleşmenin daha sıkı ilişki bulunması halinde ise MÖHUK m. 24/4'ün son cümlesi gereği bu hukuk uygulanacaktır. Bununla birlikte, karakteristik edim borçlusunun mutat meskeni, işyeri ya da yerleşim yerinin tespit edilebildiği hallerde hâkimden "daha sıkı ilişkili hukuk" incelemesi yapmasını beklemek bu aşamada gerçekçi görülmemektedir. 24. maddenin son cümlesinin işaret ettiği daha sıkı ilişkili hukuk, yine sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk sıfatıyla uygulanacaktır.¹⁰³ Bu noktada, gerçek dünyada yer alan irtibatların bulunması, örneğin mal tesliminin belli şehirde gerçekleşmiş olması, hâkimin işini kolaylaştırabileceken; tamamen dijital varlıkların alım-satımını içeren bir akıllı sözleşmenin belli bir devletin hukukuyla ilişkilendirilmesini sağlayacak irtibatların nasıl tespit edileceği ile kurulan bu ilişkinin akıllı sözleşmelerin doğasına ne derece uygun olacağı belirsizdir.

Akıllı sözleşmelere özgü olarak en sıkı irtibatlı hukuku tespit edebilmek için önerilen çoğu irtibat noktasının bu anlamda ne kadar fay-

¹⁰² EWLC Advice, s. 180; Garriga Suau, s. 24; Demirkol, s. 152.

¹⁰³ Demirkol, s. 320.

da sağlayacağı da şüphelidir. Zira psödonim taraflarca kurulan akıllı sözleşmelerde sözleşmenin oluşturulmasına öncülük eden tarafın, özel anahtarın ya da sözleşmeyle bağlantılı kripto varlığın sahibinin ikametgâhının bulunduğu yerin tespit edilememesi kuvvetle muhtemeldir. Özel blokzinciri kontrol eden kişinin ikametgâhı belirlenebilir olmakla birlikte, böyle bir bağlantının o blokzincir üzerinde kurulan her akıllı sözleşme için bir yakınlık unsuru teşkil edemeyeceği düşünülmektedir. Kaldı ki, bu tür blokzincirlerde tarafların kimliği de belirlenebileceği için mevcut bağlama kurallarından yararlanmak mümkündür. Akıllı sözleşme platformunun bulunduğu yer de yine belli bir sözleşme ile yakınlık unsuru yaratmaktan uzak görülmektedir.

Off-chain olarak adlandırılan akıllı sözleşmeler geleneksel şekilde kurulmuş bir asıl sözleşmenin ifa aracı olarak kabul edildiklerinden uygulanacak hukuk, asıl sözleşme esas alınarak belirlenecek; mevcut kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde bu belirleme kolaylıkla yapılabilecektir. *On-chain* akıllı sözleşmelere uygulanacak hukuk açısından ise en makul çözüm, tarafların, söz konusu sözleşmenin geçerliliğini kabul edecek bir hukuku seçmeleri olarak görülmektedir. Elbette hukuk seçimi imkânı, milli hukukların akıllı sözleşmelerle ilgili düzenlemelerinin artmasıyla daha anlamlı hale gelecektir.

C. Akıllı Sözleşmelerde Uyuşmazlık Çözümü

1. Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerince Çözümü

Doğası gereği yabancılık unsuru taşıdığı kabul edilen bir akıllı sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümü için belli bir devletin mahkemelerinin yetkili olup olmadığını o devletin kendi milletlerarası yetki kuralları belirleyecektir.¹⁰⁴ Ancak her devlet, kendi mahkemelerinin yetkisini belirlerken tarafların ikametgâhı, mutlak meskeni, sakin oldukları yer, ticari faaliyetlerini yürüttükleri yer, sözleşme konusu şeyin bulunduğu yer, davalının mal ve alacaklarının bulunduğu yer, sözleşmenin kurulduğu ya da ifa edileceği yer gibi irtibatlardan yararlandığı için yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkla ilgili birden fazla devletin mahkemesi yetkili olabilecektir.¹⁰⁵ Ayrıca modern hukuk sistemlerinde, yabancılık unsuru taşıyan borç sözleşmelerinden

¹⁰⁴ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.453-454.

¹⁰⁵ *ibid*, s. 454.

doğan uyumsuzluklarda yetki anlaşması yapmak suretiyle başvurulacak devlet mahkemesini seçme imkânı da taraflara tanınmaktadır.¹⁰⁶

Dolayısıyla, bir akıllı sözleşmenin tarafları arasında yapılmış geçerli bir yetki anlaşması yok ise yetkili mahkemenin yukarıda belirtilen bağlantılar çerçevesinde tespit edilmesi gerekecektir. Ancak psödonim şekilde kurulan akıllı sözleşmelerde tarafların kimliği bilinmediği için ikametgâhlarını ya da mutat meskenlerini tespit edebilmek de mümkün olamayacaktır.¹⁰⁷ Benzer şekilde, geleneksel usulde akdedilmiş bir sözleşmeyle bağlantısı bulunmayan akıllı sözleşmeler açısından sözleşmenin kurulduğu yerin nasıl tespit edileceği de belirsizdir.¹⁰⁸ Genellikle blokzincir vasıtasıyla ifa edildiklerinden akıllı sözleşmelerin ifa yerinin de belli bir devlet ile ilişkilendirilmesi pek mümkün görülmemektedir.¹⁰⁹ Sözleşmenin konusunun bir taşınmazı temsil eden bir jeton (*token*)¹¹⁰ olması durumunda ise bu taşınmazın bulunduğu yer mahkemelerinin yetkili olması gerektiği ifade edilmiştir.¹¹¹ Neticede, mahkemelerin milletlerarası yetkisinin belirlenmesine ilişkin mevcut kurallarda yer alan coğrafi irtibatların blokzincir teknolojisinin yersiz (*delocalized*) ve merkezsiz (*decentralized*) yapısına genellikle uygun olmaması sebebiyle tarafların yetki anlaşması yapmaları tavsiye edilmektedir.¹¹²

2. Uyuşmazlığın Tahkim Yoluyla Çözümü

Bütünüyle blokzincir üzerinde kurgulanan *on-chain* akıllı sözleşmeler açısından mevcut kurallar çerçevesinde yetkili mahkemenin tespitinde söz konusu olabilecek zorluklar yanında, devlet mahkeme-

¹⁰⁶ ibid, s. 501-502; Fügen Sargın, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996, s. 37; Paolo Bertoli, "Smart (Legal) Contracts: Forum and Applicable Law Issues", *Blockchain, Law and Governance* (ed. Benedetta Cappiello ve Gherardo Carullo), Springer, İsviçre 2021, s. 185. Örneğin, Medeni ve Ticari Konularda Yargı Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 1215/2012 sayılı Tüzük'te (Brüksel I bis Tüzüğü), 30 Haziran 2005 tarihli Yetki Anlaşmalarına Dair Lahey Konvansiyonu'nda, İMÖHUK'ta ve MÖHUK'ta bazı sınırlar çerçevesinde tarafların yetki anlaşması yapabilecekleri düzenlenmiştir.

¹⁰⁷ EWLC Advice, s. 170.

¹⁰⁸ ibid, s.174.

¹⁰⁹ Chevalier, s. 6.

¹¹⁰ Blokzincir üzerinde haklar veya eşyalar jetonlarla temsil edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlayan Aksoy, s.73-76; Güven/Şahinöz, s. 85-87.

¹¹¹ Chevalier, s. 7; Gabriel Jaccard, "Smart Contracts and the Role of Law", s. 20, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3099885 (23.02.2022).

¹¹² Ortolani, s. 431; EWLC Advice, s. 176.

lerinin blokzincir üzerinde gerçekleştirilen işlemler hakkında karar vermek konusunda ne derece yetkin oldukları da doktrinde tartışmalıdır.¹¹³ Ayrıca, blokzincir teknolojisinin aracı finansal kurumlar ile devlet müdahalesinden bağımsız bir ekonomik yapı kurgulama amacı nedeniyle de akıllı sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri tarafından ele alınmaması gerektiği ileri sürülmüştür.¹¹⁴ Tüm bu nedenlerle tahkim, akıllı sözleşmeler söz konusu olduğunda en uygun uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmektedir.¹¹⁵ Bununla birlikte, geleneksel tahkim uygulamasının blokzincir uyuşmazlıkları için gereğinden fazla karışık, pahalı ve zaman kaybına yol açacak nitelikte bulunduğu ile esnek yapısına rağmen uluslararası ticari tahkimin hukuki altyapısının bu tür uyuşmazlıkları kabule hazır olmadığı da ifade edilmiştir.¹¹⁶

Akıllı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar açısından günümüzde gelinen aşamada, blokzincir tahkimi ya da blokzincir, *on-chain* veya çevrim içi uyuşmazlık çözümü adı altında farklı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin geliştirildiği ve bu yöntemlerin kullanılmasına olanak sağlayan birçok blokzincir platformunun da özellikle son yıllarda artan bir şekilde kullanıma sunulduğu görülmektedir.¹¹⁷ Bu platformların, blokzincir üzerinde gerçekleştirilen işlemlerden kaynaklı uyuşmazlıkların aynı teknoloji dâhilinde çözümüne imkân vermeleri nedeniyle blokzincir teknolojisinin ortaya çıkış amacına son derece uygun oldukları;¹¹⁸ ayrıca, uygulanacak hukuk bağlamında *lex cryptographia*'nın gelişiminin de çevrim içi uyuşmazlık çözüm yöntemlerini destekleyeceği ileri sürülmüştür.¹¹⁹

¹¹³ Guillaume, s. 71; Chevalier, s. 2; Amy J. Schmitz/ Colin Rule, "Online Dispute Resolution for Smart Contracts", *Journal of Dispute Resolution*, 2019, No. 2, s. 105.

¹¹⁴ Guillaume, s. 71; Chevalier, s. 4.

¹¹⁵ Amedeo Santosuosso, "About Smart Contract Dispute Resolution", *Blockchain, Law and Governance* (ed. Benedetta Cappiello ve Gherardo Carullo), Springer, İsviçre 2021, s. 210; Chevalier, s. 10; Maxwell/Vannieuwenhuysse, s. 28.

¹¹⁶ Chevalier, s. 3.

¹¹⁷ Chevalier, s. 10-11; Darcy W.E. Allen/ Aaron M. Lane/Marta Poblet, "The Governance of Blockchain Dispute Resolution", *Harvard Negotiation Law Review*, 2019, Vol. 25, No. 1, s. 97; Hague Conference on Private International Law, Developments with Respect to PIL Implications of the Digital Economy, March 2022, s. 15, <https://assets.hcch.net/docs/b06c28c5-d183-4d81-a663-f7bdb8f32dac.pdf> (01.03.2022), (HCCH Report); Guillaume, s. 73; Santosuosso, s. 212; Schmitz/Rule, s. 114.

¹¹⁸ Guillaume, s. 73.

¹¹⁹ *ibid*, s. 74; Chevalier, s. 3.

Söz konusu platformlardan *Sagewise* ve *OpenBazaar* gibi bazıları geleneksel tahkim uygulamasına daha benzer bir uyuşmazlık çözüm yöntemi sunmaktadır. Örneğin, 2017 yılında kurulan Los Angeles merkezli *Sagewise*, geliştirdiği teknoloji ile taraflara, akıllı sözleşmelerine entegre edecekleri bir kod vasıtasıyla sözleşmelerinin işleyişini durdurma ve çıkan uyuşmazlığın çözüm sürecini başlatma imkânı sağlamaktadır.¹²⁰ Bu şekilde taraflar, sözleşmenin işleyişinin ne zaman ve ne kadar süreyle duracağına ve çıkacak uyuşmazlıkları kimin çözeceğine ilişkin önceden belirledikleri parametreleri koda yerleştirmekte; bu parametreler doğrultusunda “uyuşmazlık çözüm modu” aktif hale geldiğinde uyuşmazlığa ilişkin tüm veriler, geleneksel şekilde oluşturulmuş bir hakem heyeti de dâhil olmak üzere, üçüncü bir kişi ya da kişilere iletebilmekte ve verilen karar çerçevesinde akıllı sözleşmenin işleyişi devam ettirilmektedir.¹²¹

Kleros, *Aragon*, *Jur* gibi bazı platformlar ise “kitle kaynak” ya da “kalabalık kaynak” olarak Türkçe’ye çevrilen¹²² *crowdsourcing* yöntemini kullanmaktadır.¹²³ Bunlardan *Kleros*, *Ethereum* üzerinde uyuşmazlık çözümü için kurgulanmış bağımsız bir platformdur. *Kleros*’un devreye girebilmesi için akıllı sözleşmenin, uyuşmazlık durumunda *Kleros*’un hakemlik yapacağına ve bunun için oluşturulacak jüride yer alacak kişi sayısına ilişkin bir kod içermesi gerekmektedir.¹²⁴ Uyuşmazlık çıktığında *Kleros*, belirtilen sayıda jüri üyesini, uygun ve söz konusu uyuşmazlığı çözmeye istekli olduğunu belirten uzmanlar arasından rastgele atamakta; jüri üyeleri yaptıkları incelemeler neticesinde haklı buldukları talep lehine oy kullanmakta ve en fazla oyu alan kararın gereği akıllı sözleşme tarafından yerine getirilmektedir. Jüri üyelerinin sundukları hizmet karşılığında jeton alabilmeleri için çoğunluk kararına uygun şekilde oy kullanmış olmaları gerekmektedir. Ayrıca, oylama sistemi kapanmadan jüri üyelerinin oylarını açıklamaları ve birbirleriyle iletişim kurmaları engellenmekte ve aksi davranış

¹²⁰ Schmitz/Rule, s. 116.

¹²¹ ibid, Allen/Lane/Poblet, s. 92.

¹²² Remzi Altunışık, “Bir Veri Toplama Platformu Olarak Crowdsourcing (CS): Mechanical Turk Örneği Üzerinden Bir Literatür Taraması ve Değerlendirme”, *Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi*, 2017, C. 13, S. 13, s. 976.

¹²³ Schmitz/Rule, s. 118-121; Santosuosso, s. 212.

¹²⁴ Allen/Lane/Poblet, s. 93.

cezalandırılmaktadır. Böylece jüri üyelerinin, jeton kazanabilmek için dürüst ve adil bir şekilde karar verecekleri öngörülmektedir.¹²⁵

Akıllı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların bahsettiğimiz özel platformlar vasıtasıyla çözümü konusunda yaşanan gelişmeler karşısında Birleşik Krallık Yargı Yetkisi Görev Gücü (*UK Jurisdiction Taskforce*) 2021 yılının Nisan ayında *on-chain* dijital ilişkilerde ve akıllı sözleşmelerde kullanılabilir Dijital Uyuşmazlık Çözüm Kuralları'nı (*Digital Dispute Resolution Rules*) yayımlamıştır.¹²⁶ Söz konusu Kurallar, hakem heyetinin atanmasından itibaren 30 gün içinde uyuşmazlığın çözümünü ve özel anahtar vasıtasıyla hakemlerin verdikleri kararın blokzincir üzerinde doğrudan uygulanabilmesini öngörmektedir. Dijital Uyuşmazlık Çözüm Kuralları, 2026 yılında yaklaşık 346 milyon ABD Doları'na ulaşacağı tahmin edilen akıllı sözleşme piyasası açısından gerçekleşen en önemli gelişmelerden biri olarak kabul edilmektedir.¹²⁷

3. Değerlendirme

On-chain akıllı sözleşmelerde uygulanacak hukukun tespitinde karşılaşılan güçlükler, uyuşmazlığı çözecek merciin belirlenmesinde de etkili olmaktadır. Coğrafi unsurlar itibariyle bir ülke ile irtibatlandırılmayan akıllı sözleşmeler açısından yetkili mahkemenin nasıl tespit edileceği önemli bir sorundur. Tarafların yetki anlaşması yapmaları, uygulanacak hukukun tespitinde de olduğu gibi, başvurulabilecek bir seçenektir. Ancak elbette, yetki anlaşması ile istenilen sonuca ulaşabilmesi için söz konusu anlaşmanın yetkilendirilen mahkemenin hukukuna göre geçerli kabul edilmesi gerekmektedir.¹²⁸

Lex fori çerçevesinde yapılacak bu değerlendirmenin mahkemeler açısından kolay olmayacağını öngörmek mümkündür. Hiç şüphesiz ki ilk zorluk, blokzincir üzerindeki akıllı sözleşmeye kodlanan bir yetki anlaşmasının yazılı şekli şartını¹²⁹ karşılayıp karşılamadığının

¹²⁵ Clément Lesaege/Federico Ast/William George, Kleros Short Paper v1.0.7 (September 2019), s. 3-7, <https://kleros.io/whitepaper.pdf> (02.03.2022).

¹²⁶ Kurallar için bkz. https://35z8e83m1ih83drye280o9d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2021/04/Lawtech_DDRR_Final.pdf (03.03.2022).

¹²⁷ HCCH Report, s. 15.

¹²⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 504.

¹²⁹ Brüksel I bis Tüzüğü'nün 25. maddesinde, Yetki Anlaşmalarına Dair Lahey Konvansiyonu'nun 3. maddesinde, İMÖHUK'un 5. maddesinde, HMK'nın 18. maddesinde yetki anlaşmalarının yazılı olarak yapılması ya da yazılı olarak ispat

belirlenmesinde ortaya çıkacaktır. Ayrıca, örneğin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 17. maddesinde olduğu gibi, bazı hukuk sistemlerinde yetki anlaşması yapabilmek sadece belirli kişilere tanınmış bir imkân olabilir.¹³⁰ Bu durumda, psödonim şekilde yapılan akıllı sözleşmeler açısından tarafların kanunen aranan niteliklere sahip olup olmadıklarının açıklığa kavuşturulması da ayrı bir sorun teşkil edecektir. Dolayısıyla, mevcut milli ve milletlerarası düzenlemeler ışığında, akıllı sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin yetki anlaşması yoluyla belirlenmesi de farklı soru işaretlerini gündeme getirecektir.

Yetkili bir devlet mahkemesinin belirlenmesindeki zorluklar yanında, belirlenen mahkemenin akıllı sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıkları etkin bir şekilde çözüme kavuşturmada ne derece başarılı olabileceği de şüphelidir. Bu noktada, tahkim yargılamasının devlet mahkemelerine tercih sebeplerinden biri olan, uyuşmazlık konusu alanda uzman kişilerce uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması özelliğinin ön plana çıkması, blokzincir teknolojisinde yaşanan hızlı gelişmeler karşısında kaçınılmazdır. Bununla birlikte, mevcut tahkim kuralları çerçevesinde işleyen geleneksel tahkim usulünün akıllı sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıklara özgü sorunlara uyum sağlayıp sağlamayacağının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Tahkime ilişkin milli mevzuatların teknolojik gelişmelere uyum sağlamalarının zaman alması beklense de tahkim kurumlarının, yukarıda bahsettiğimiz uyuşmazlık çözüm platformları ile bu alanda rekabet edebilmek için daha hızlı davranabilecekleri düşünülmektedir. Dolayısıyla, bu platformların kullanımının yaygınlaşmasının, tahkim yargılamasının milletlerarası ticaretin gerekleri doğrultusunda gelişimine katkı sağlayacağını söylemek mümkündür.

edilmesi gerektiğine ilişkin hükümler yer almaktadır.

¹³⁰ MÖHUK'ta yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda yetki anlaşması yoluyla Türk mahkemelerinin seçimini düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktadır. MÖHUK m. 40'ta Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına göre belirleneceği düzenlendiğinden yabancılık unsuru içeren sözleşmeler açısından yetki anlaşmasıyla Türk mahkemelerinin belirlenmesinde de HMK hükümleri uygulanmaktadır. HMK m. 17'ye göre ise sadece tacirler ve kamu tüzel kişilerinin yetki anlaşması yapabilmesi mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 502-506.

Ancak, bu süreçte aydınlatılması gereken birçok husus da bulunmaktadır. Her ne kadar akıllı sözleşmelerin doğasında yer alan kendiliğinden ifa özelliği neticesinde, blokzincir üzerinde kitle kaynak yöntemiyle varılan çözümün ya da geleneksel tahkim usulüyle verilen ve *oracle* olarak kullanılan kararın blokzincire aktarılmasıyla akıllı sözleşme tarafından otomatik olarak yerine getirileceği belirtilse de¹³¹ söz konusu kurgunun herhangi bir noktasında sorun çıktığında dış dünyadaki hukuk düzeninin mevcut kurallarına ve kurumlarına başvurmak gerekebilecektir. Böyle bir durumda gündeme gelecek teknoloji ile hukuk arasındaki uyumsuzluğun nasıl giderileceği konusunda kapsamlı çalışmaların yürütülmesi elzem görülmektedir.

Örneğin, gerek 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi'nde gerekse 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu da dâhil olmak üzere birçok milli tahkim düzenlemesinde tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, yetki anlaşmaları yönünden de belirttiğimiz gibi, kodlama yoluyla yapılan tahkim anlaşmalarının yazılı şekil şartını karşılamış sayılıp sayılmayacakları belirsizdir. Ayrıca, *Kleros*, *Aragon*, *Jur* gibi blokzincir üzerinde kurgulanmış ve kitle kaynak yöntemi ile uyumsuzluk çözümü öngören bir usulün milli hukuklar açısından tahkim yargılaması olarak kabul edilip edilmeyeceği de şüphelidir. Dolayısıyla, bu yöntemle verilmiş bir kararın kesin hüküm etkisine sahip olmama riski bulunmaktadır. Ayrıca, söz konusu süreç yargılama olarak kabul edilse dahi, verilen kararın blokzincir dışında da etki doğurması istendiğinde bu etkinin tanıma ve tenfiz yoluyla nasıl sağlanacağı hususu da açıklığa kavuşturulması gereken başka bir alandır. Zira blokzincir teknolojisinin, New York Sözleşmesi'nde yabancı hakem kararının belirlenmesinde kabul edilen ülkesellik ilkesi¹³² ile uyumsuzluğu yanında, tenfiz davasında sunulması gereken belgelerin nitelikleri ve nasıl temin edilecekleri ile tenfiz

¹³¹ Maxwell/Vannieuwenhuysse, s. 30; Chevalier, s. 11.

¹³² Sözleşme'nin uygulama alanını düzenleyen I. maddesine göre Sözleşme, esas olarak, tanıma ve tenfiz talep edilen devletten başka bir devlet ülkesinde verilmiş hakem kararlarına uygulanacaktır. Dolayısıyla bu kararlar, Sözleşme açısından yabancı hakem kararıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hans Bagnier, "Article I", Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention (ed. Herbert Kronke, Patricia Nacimiento ve Dirk Otto), Kluwer Law International, The Netherlands 2010, s. 21-26.

engeli teşkil eden durumların nasıl tespit edileceği cevap bekleyen sorular arasında yer almaktadır. New York Sözleşmesi'nin katı hükümlerinin, Sözleşme'nin VII. maddesi çerçevesinde milli hukuklarda yer alan daha elverişli hükümler ile aşılabilmesi mümkün ise de milli hukukların akıllı sözleşmeler açısından bu noktaya gelip gelemeyecekleri henüz belirsizdir.

Sonuç

Blokszincir teknolojisi ile akıllı sözleşmelerin gün geçtikçe yaygınlaşması, hukuk alanında cevaplanması gereken birçok soruyu gündeme getirmektedir. Akıllı sözleşmelerin hukuki niteliği konusundaki tartışmalar süregelmeyle birlikte, *off-chain* akıllı sözleşmeleri bir asıl sözleşmenin ifa aracı, *on-chain* akıllı sözleşmeleri ise tek başına bir sözleşme olarak kabul etme eğilimi doktrinde ağır basmaktadır. Hiç şüphesiz ki bu değerlendirmenin sözleşmenin tabi olduğu hukuk çerçevesinde yapılması gerekmektedir. *On-chain* akıllı sözleşmeler, sadece ve ilk defa merkeziz ve sınır aşan nitelikte bir teknoloji olan blokszincir üzerinde kurulduklarından yabancılık unsuru taşıdıkları kabul edilmektedir. Ancak, gerek uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceği gerekse çıkan uyuşmazlıkların nasıl çözüme kavuşturulacağı hususlarındaki belirsizlikler devam etmektedir.

Söz konusu belirsizliklerin temel sebebi, geleneksel kanunlar ihtilafı ve milletlerarası usul hukuku kurallarında coğrafi sınırların esas alınmış olmasının akıllı sözleşmelerin yapısına uygun bulunmamasıdır. Bu nedenle, her iki alanda da taraf iradeleri ön plana çıkmakta, hukuk seçimi ya da yetki anlaşması yoluyla belirsizliklerin en aza indirilebilmesi mümkün görülmektedir. Ancak elbette, bu etkinin doğabilmesi için seçilen hukukun ve belirlenen mahkemenin akıllı sözleşmelere nasıl yaklaşacağıın önemi büyüktür. Dolayısıyla, blokszincir teknolojisi ve akıllı sözleşmelerle ilgili olarak milli hukuk sistemlerindeki uyumlaştırma çalışmalarının artarak devam etmesi, bu anlamda hukukun teknoloji ile rekabet etmek yerine iş birliği yapması hem ticari sürdürülebilirlik hem de hukuki öngörülebilirlik açısından elzem görülmektedir.

Diğer taraftan, uluslararası ticari uyuşmazlıklarda yaygın bir şekilde kullanılan tahkim yöntemine, akıllı sözleşmelerden kaynaklı

uyuşmazlıkların çözümünde de sıklıkla başvurulması kaçınılmaz olacaktır. Ancak, geleneksel tahkim uygulamasının hukuki çerçevesinin bu tür uyuşmazlıkların yapısına ne derece uyum sağlayabileceği tartışmalıdır. Blokzincir tahkimi ya da çevrim içi uyuşmazlık çözümü adıyla anılan yöntemlerin de uyuşmazlık çözümü konusunda katkı sağlayacakları beklenmekle birlikte, herhangi bir sebeple bu süreçlerin işleyişi ile ilgili olarak mevcut tahkim düzenlemelerine başvurulması gerektiğinde yine birçok belirsizlikle karşılaşılacaktır. Dolayısıyla, blokzincir üzerinde kurgulanan akıllı sözleşmelerin işlem hacminin artmasına paralel bir seyirde geleneksel tahkim uygulamasına ilişkin kuralların da teknolojik gelişmelere uyum sağlayacak şekilde gözden geçirilmesi kaçınılmazdır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akinci Ziya, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- Çağlayan Aksoy Pınar, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, B. 2, On İki Levha, İstanbul 2021.
- Çubukçu Damla Beril, Teknik ve Hukuki Yönleriyle Akıllı Sözleşmeler, Yetkin, Ankara 2021.
- Demirkol Berk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, B. 2, İstanbul 2014.
- Güngör Gülin, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Ankara 2007.
- Güven Vedat/Şahinöz Erkin, Blokzincir – Kripto Paralar – Bitcoin – Satoshi Dünyayı Değiştiriyor, Kronik, B. 8, İstanbul 2021.
- Sargın Fügen, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996.
- Şanlı Cemal/Esen Emre/Ataman-Figanmeşe İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, B. 9, İstanbul 2021.
- Üstün Ece Su, TBK Kapsamında Geleneksel Sözleşmeler ile Mukayeseli Olarak Akıllı Sözleşmeler – Blokzincir Teknolojisi, Seçkin, Ankara 2021.

Makaleler

- Aleksandrina Mariia, "Transformation of the Principles of International Private Law in the Digital Age", https://www.shs-conferences.org/articles/shsconf/pdf/2021/20/shsconf_lisid2021_01003.pdf (15.02.2022).
- Allen Darcy W.E./Lane Aaron M./Poblet Marta, "The Governance of Blockchain Dispute Resolution", *Harvard Negotiation Law Review*, 2019, Vol. 25, No. 1, s. 75-102.

- Altunışık Remzi, "Bir Veri Toplama Platformu Olarak Crowdsourcing (CS): Mechanical Turk Örneği Üzerinden Bir Literatür Taraması ve Değerlendirme", *Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi*, 2017, C. 13, S. 13, s. 975-982.
- Aygün Mesut, "ABD Kanunlar İhtilafı Hukukuna Kuramsal ve Metodolojik Bir Bakış: Çeşitli Teori ve Metotlar, II. Restatement ve Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. XX, S. 2, s. 129-170.
- Bagner Hans, "Article I", *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (ed. Herbert Kronke, Patricia Nacimiento ve Dirk Otto), Kluwer Law International, The Netherlands 2010, s. 19-36.
- Bertoli Paolo, "Smart (Legal) Contracts: Forum and Applicable Law Issues", *Blockchain, Law and Governance* (ed. Benedetta Cappiello ve Gherardo Carullo), Springer, İsviçre 2021, s. 181-189.
- Bilgili Fatih/ Cengil Fatih, "Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. XXIII, S. 3, s. 3-23.
- Chevalier Maxime, "From Smart Contract Litigation to Blockchain Arbitration, a New Decentralized Approach Leading Towards the Blockchain Arbitral Order", *Journal of International Dispute Settlement*, 2021, Vol. 12, Issue 4, s. 558-584.
- Cuccuru Pierluigi, "Beyond Bitcoin: An Early Overview on Smart Contracts", *International Journal of Law and Information Technology*, 2017, Vol. 25, No. 3, s. 179-195.
- Değirmenci Olgun, "Yargılama Makamı için Şüphe, Müdafî için Savunma Nedeni: Adli Bilişim Özet Değer (Hash Value) Kavramı ve Özet Değer Çakışmasının Ceza Muhakemesine Etkileri", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2018, C. 13, S. 137, s. 120-126.
- Dell'Erba Marco, "Do Smart Contracts Require a New Legal Framework? Regulatory Fragmentation, Self-regulation, Public Regulation", https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3228445 (14.02.2022).
- Durovic Mateja/ Janssen André, "The Formation of Smart Contracts and Beyond: Shaking the Fundamentals of Contract Law?", *European Review of Private Law*, 6-2019, s. 753-772.
- Durovic Mateja/ Lech Franciszek, "The Enforceability of Smart Contracts", *The Italian Law Journal*, 2019, Vol. 05, No. 02, s. 493-511.
- Garriga Suau Georgina, "Blockchain-Based Smart Contracts and Conflict Rules for Business-to-Business Operations", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2021, Issue 41, <http://www.reei.org/en/index.php/journal/num41/notes/blockchain-based-smart-contracts-and-conflict-rules-for-business-to-business-operations> (26.01.2022).
- Gilcrest Jack/ Carvalho Arthur, "Smart Contracts: Legal Considerations" https://www.researchgate.net/publication/330626140_Smart_Contracts_Legal_Considerations#fullTextFileContent (18.01.2022).
- Guillaume Florence, "Aspects of Private International Law Related to Blockchain Transactions", *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law* (ed. Daniel Kraus, Thierry Obrist ve Olivier Hari), Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham 2019, s. 49-82.

- Jaccard Gabriel, "Smart Contracts and the Role of Law", https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3099885 (23.02.2022).
- Karamanloğlu Argun, "Concept of Smart Contracts – A Legal Perspective", *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2018: 35, s. 29-42.
- Kel Habil Arda, "Milletlerarası Ticarete Akıllı Sözleşmelerin Uygulanabilirliği", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, S. 2, s. 653-669.
- Maxwell Winston/ Vannieuwenhuysse Gauthier, "Robots Replacing Arbitrators: Smart Contract Arbitration", *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2018, Issue 1, s. 24-33.
- Mendi Arif Furkan/ Çabuk Alper, "Bitcoin'in Arkasındaki Güç: Blockchain", *GSI Journal Serie C: Advancements in Information Sciences and Technologies*, 2018, C.1, S.1, s. 12-23.
- Mik Eliza, "Blockchains – A Technology for Decentralized Marketplaces", *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms* (ed. Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa ve Cristina Poncibo), Cambridge 2019, s. 160-182.
- Ortolani Pietro, "The Impact of Blockchain Technologies and Smart Contracts on Dispute Resolution: Arbitration and Court Litigation at the Crossroads", *Uniform Law Review*, 2019, Vol. 24, s. 430-448.
- Özyüksel Suna/ Ekinci Mustafa, "Blok Zinciri Teknolojisinin Dış Ticaretteki Etkisinin Örnek Projeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *İşletme, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi*, 2020, S. 1, s. 82-101.
- Rühl, Giesela. "Smart (Legal) Contracts, or: Which (Contract) Law for Smart Contracts?", *Blockchain, Law and Governance* (ed. Benedetta Cappiello ve Gherardo Carullo), Springer, İsviçre 2021, s. 159-180.
- Santosuosso Amedeo, "About Smart Contract Dispute Resolution", *Blockchain, Law and Governance* (ed. Benedetta Cappiello ve Gherardo Carullo), Springer, İsviçre 2021, s. 205-213.
- Sargin Fügen, "Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S. 2, 2001, s. 37-96.
- Savelyev Alexander, "Contract Law 2.0: 'Smart' Contracts as The Beginning of The End of Classic Contract Law", *Information & Communications Technology Law*, 2017, Vol. 26, No. 2, s. 116-134.
- Schmitz Amy J./ Rule Colin, "Online Dispute Resolution for Smart Contracts", *Journal of Dispute Resolution*, 2019, No. 2, s. 103-125.
- Sillanpää Tiffany M., "Freedom to (Smart) Contract: The Myth of Code and Blockchain Governance Law", *IALS Student Law Review*, 2000, Vol. 7, Issue 2, s. 38-50.
- Szabo Nick, "Smart Contracts", <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (22.11.2021).
- Szabo Nick, "Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets", https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html (22.11.2021).

Tanrıverdi Mustafa/ Uysal Mevlüt/ Üstündağ Mutlu Tahsin, "Blokzincir Teknolojisi Nedir? Ne Değildir? Alanyazın İncelemesi", *Bilişim Teknolojileri Dergisi*, 2019, C. 12, S. 3, s. 203-217.

Tevetoğlu Mete, "Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, 12 (1), s. 193-208.

Wright Aaron/De Filippi Primavera, "Decentralized Blockchain Technology and The Rise of Lex Cryptographia", https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664 (14.02.2022).

İnternet Kaynakları

Chamber of Digital Commerce, Smart Contracts: Is the Law Ready? 2018, s. 26, <https://digitalchamber.s3.amazonaws.com/Smart-Contracts-Whitepaper-WEB.pdf> (04.02.2022), (CDC Whitepaper).

Eder Georg, "Digital Transformation: Blockchain and Land Titles", 2019 OECD Global Anti-Corruption & Integrity Forum, 20-21 March 2019 https://www.oecd.org/corruption/integrity-forum/academic-papers/Georg%20Eder-%20Blockchain%20-%20Ghana_verified.pdf (18.01.2022).

England and Wales Law Commission, Smart Legal Contracts Advice to Government, November 2021, s. 3-4, <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2021/11/Smart-legal-contracts-accessible.pdf> (04.02.2022), (EWLC Advice).

Hague Conference of Private International Law, Developments with Respect to PIL Implications of the Digital Economy, March 2022, <https://assets.hcch.net/docs/b06c28c5-d183-4d81-a663-f7bdb8f32dac.pdf> (01.03.2022).

ISDA/Clifford Chance/R3/SAL, Private International Law Aspects of Smart Derivatives Contracts Utilizing Distributed Ledger Technology, 2020, <https://www.isda.org/a/4RJTE/Private-International-Law-Aspects-of-Smart-Derivatives-Contracts-Utilizing-DLT.pdf> (03.03.2022).

Lesaege Clément/Ast Federico/ George William, Kleros Short Paper v1.0.7 (September 2019), <https://kleros.io/whitepaper.pdf> (02.03.2022).

Rosado Tiago/Vasconcelos André / Correia Miguel, "A Blockchain Use Case for Car Registration", <https://www.gsd.inesc-id.pt/~mpc/pubs/rosado-Blockchain-car-registration.pdf> (16.01.2022).

Sert Turan, Sorulara Blockchain, Blockchain Türkiye, 2019, https://bctr.org/dokumanlar/Sorularla_Blockchain_Turan_Sert.pdf (12.12.2021).

Türkiye Bilişim Vakfı, Akıllı Sözleşme Raporu 2021, https://bctr.org/dokumanlar/Akilli_Sozlesme_Raporu.pdf (19.12.2021).

ZAMANAŞIMINDAN FERAGAT*

WAIVER OF THE PRESCRIPTION

Hülya ATLAN GÜNER**

Özet: Önceden feragat yasağını ihlal etmediği sürece hukukumuzda zamanaşımından feragat edilebilmesi mümkündür. Bu anlamda borçlu, zamanaşımı süresi dolduktan sonra olduğu kadar, bu süre işlerken de zamanaşımından feragat edebilir. Önceden feragat yasağının dar yorumlanması suretiyle zamanaşımı süresi işlerken de feragat edilebileceğinin kabulü, zamanaşımından feragat kurumunun daha işlevsel olmasını sağlar. Özellikle uzlaşma görüşmeleri bakımından zamanaşımından feragat, uygulamada taraflara zaman kazandırmaya yarayan bir hukuki kurum olarak ön plana çıkabilir.

Anahtar Kelimeler: Zamanaşımı, Zamanaşımı Defi, Zamanaşımından Feragat, Önceden Feragat Yasağı, İrade Serbestisi

Abstract: According to Turkish law, it is possible to waive the right of prescription defence unless it violates the waiver prohibition in advance. In this sense, the debtor may waive the prescription after the prescriptive period expires as well as during this period. Adopting that the waiver can be implemented during the prescriptive period by strict interpretation of waiver prohibition in advance, ensures that waiver of the prescription is functional. The waiver of the prescription, particularly in terms of settlement talks, may become prominent as a legal concept for leading the parties save time in practice.

Keywords: Prescription, Prescription Defence, Waiver of the Prescription, Waiver Prohibition in Advance, Party Autonomy

* Bu yazı araştırma ve yayın etiğine uygundur.

** Dr. Öğr. Üyesi, Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, hulyaatlan@balikesir.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0895-4410, Makalenin Gönderim Tarihi: 04.07.2022, Kabul Tarihi: 06.09.2022

GİRİŞ

Borçlu, kendisine tanınmış olan bir defi hakkını kullanıp kullanmama konusunda serbest olup, bu haktan feragat edebilir.¹ Bu anlamda borçlunun, hukuk düzeninin sınırları içerisinde zamaşıımı definden feragat edebilmesi mümkündür. Borçlunun, zamaşıımı defini ileri sürmeye ilişkin hakkını - belli bir süre için - ortadan kaldıran böyle bir tasarrufta² bulunması pratik bazı sebeplerden kaynaklanabilir. Özellikle kısa bir zamaşıımı süresine tâbi alacaklar bakımından taraflar, uyuşmazlığı uzlaşarak çözüme ulaştırmaya yetecek bir zamana sahip olmak amacıyla bu yola başvurmak isteyebilirler.³ Zamaşıımından feragat ile zamaşıımı süresinin uzamasını amaçlayan taraflar, böylece aralarındaki uyuşmazlığı mahkeme dışında çözebilecek zamanı elde etmiş olurlar.⁴ Bunun yanı sıra, borçlunun ve alacaklının zamaşıımından feragat başvurmakta ayrı ayrı da menfaati bulunabilir. Söz gelimi, borçlu alacağı tanımak istememekle birlikte, alacaklının zamaşıımını kesen bir davranışta bulunmasını (Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 154/1, b. 2 gereği mahkeme veya hakeme başvurusu, icra takibinde bulunması) önlemek istemesi halinde zamaşıımı definden feragat, borçlu lehine zamaşıımının kesilmesini engelleyen bir araç olarak işlev görebilir.⁵ Bunun gibi, borçlunun zamaşıımından feragat yoluna başvurusu, söz gelimi etik sebeplerle veya itibarının zarar görmesinden çekindiği için zamaşıımı define hemen başvur-

¹ Neslihan Çukadar, Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 117 vd.

² Genel olarak feragatin tanımı için bkz. Meliha Sermin Paksoy, Zamaşıımından Feragat (TBK 160), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 3 vd.

³ Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, 2019, s. 687, N. 2257. Zamaşıımından feragatin uygulamada özellikle, kısa zamaşıımı sürelerinin söz konusu olduğu haksız fiil ve sigorta hukukunda yaygın olduğuna ilişkin olarak bkz. Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, N. 1582.

⁴ Christoph Müller, "Verjährungsverzicht: 13 praxisrelevante Fragen unter dem neuen Recht", *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, 2020, s. 289.

⁵ Isabelle Wildhaber/Sevda Dede, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen – Verjährung Art. 127-142 OR, Stämpfli Verlag, Bern, 2021, Art. 141, N. 5; Müller, s. 289; Isabelle Wildhaber/Sevda Dede, "Verzicht auf die Verjährungseinrede", Das neue Verjährungsrecht, Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern, Walter Fellmann (Hrsg.), Stämpfli Verlag, Bern, 2019, s. 136-137. Ayrıca bkz. Bilgehan Çetiner/Andreas Furrer/Markus Müller-Chen, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, N. 1721.

mak istememesinden de kaynaklanabilir.⁶ Diğer taraftan alacaklı da zamanaşımından feragat edilmesi halinde, çoğu durumda zaman alan ve külfetli olan zamanaşımını kesen bir fiili (dava açmak, icra takibinde bulunmak) ivedi olarak yerine getirmek zorunda kalmaz. Ayrıca alacaklı bu sayede alacağını mahkeme önünde ileri sürebileceği ek bir süre elde etmiş olur.⁷ Böylece zamanaşımından feragat, bir yandan zamanaşımının kesilmesinin borçlu aleyhine doğuracağı olumsuz sonuçları ortadan kaldırmaya, diğer yandan da alacaklının zamanaşımının kesilmesiyle ulaşmak istediği korumayı elde etmesini sağlamaya yarayan bir hukuki imkân olarak belirir.⁸

Hukukumuzda zamanaşımından feragatin daha çok zamanaşımı süresinin dolmasından sonra, borçlunun borcunu ikrar etmesi nedeniyle gündeme geldiği görülmektedir.⁹ Zamanaşımından feragatin esas önemi ise tarafların, zamanaşımı baskısı altında olmaksızın, aralarındaki uyuşmazlığı mahkeme dışında çözmelerine katkı sağlayabilmesi bakımından ortaya çıkar. Nitekim İsviçre uygulamasında zamanaşımından feragat asıl olarak bu yönden, dolayısıyla zamanaşımı süresi işlerken yapılması halinde özellik taşımaktadır.¹⁰ Bu yönden feragat;

⁶ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 5; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 137.

⁷ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 136-137.

⁸ Mehmet Erdem, Özel Hukukta Zamanaşımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 378. Aynı yönde bkz. Mehtap İpek İşleten, "Zamanaşımından Feragat", Türk Medeni Hukuk Reformunun 95. Yılı Sempozyumu (4 Ekim 2021), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 210.

⁹ Bu anlamda Yargıtay, zamanaşımı süresi dolduktan sonra borçlunun borcunu ikrar etmesinin, zamanaşımından örtülü feragat anlamını taşıyacağını kabul etmektedir. Bu yöndeki kararlarında Yargıtay, zamanaşımı süresi dolduktan sonra borcu ikrar eden davalının zamanaşımı defini ileri sürmesinin çelişkili davranış yasağına aykırılık oluşturacağını belirtmektedir (Yarg. HGK, 23.02.2000, E. 2000/71, K. 2000/116; Yarg. 9. HD, 09.11.2020, E. 2017/18726, K. 2020/15407; Yarg. 9. HD, 14.01.2013, E. 2010/38436, K. 2013/253; Yarg. 23. HD, 27.02.2012, E. 2011/1809, K. 2012/1426; Yarg. 21. HD, 14.06.2016, E. 20116/4052, K. 2016/9911; Yarg. 22. HD, 31.10.2017, E. 2017/8822, K. 2017/23669, <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 28.06.2022. Aksi görüşte bkz. Ozan Tok, "Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 21, S. 1, 2015, s. 250). Hukukumuzda doktrinde de bu görüşün savunulduğu görülmektedir (bkz. aşağıda, III, C' de yer alan açıklamalar).

¹⁰ İsviçre'de her geçen yıl, avukatların, bankaların, sigorta şirketlerinin ve diğer profesyonel borçluların, alacaklıları veya onların avukatlarını belli bir süre daha (ilave bir yıl veya en azından birkaç ay için) savuşturmak amacıyla zamanaşımından feragat ettikleri belirtilmektedir. Borçlular zaman kazanmak

alacaklıyı, alacağın zamaşıımına uğramasını önlemek için mahkemeye başvurma zorunluluğundan kurtaran bir etkiye sahip olmaktadır. Bunun gibi, alacaklının sırf zamaşıımı süresini kesmek amacıyla mahkemeye başvurması, taraflar arasında devam eden olası uzlaşma görüşmelerine de zarar verir. Bu ise tarafların menfaatine, öncelikle de kamu yararına ters düşen sonuçlar yaratır.¹¹ Bu nedenle, zamaşıımı süresi dolmadan önce feragat edilmesi imkânı bu çalışmada özellikle üzerinde durulacak hususlardan birini oluşturacaktır. Burada olduğu gibi, zamaşıımından feragatin işlevsel olduğu hallerin kavranması ve konunun bütüncül olarak ele alınması bakımından öncelikle zamaşıımından feragat kavramı incelenecek, daha sonra önceden feragat yasağı, zamaşıımından feragatin etkisi, süresi ve tâbi olduğu şekil ele alınacaktır. Söz konusu hususlar, 15 Haziran 2018 tarihinde kabul edilen ve 01.01.2020’de yürürlüğe giren kanunla zamaşıımına ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılan İsviçre Borçlar Kanunu’nun (OR) ilgili hükümleri ile karşılaştırılarak değerlendirilecektir¹².

I. ZAMAŞIIMINDAN FERAGAT KAVRAMI

Doktrinde feragati ifade etmek üzere hem “zamaşıımından feragat” hem de “zamaşıımı definden feragat” kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Bu da söz konusu kavramların aynı anlamı ifade edip etmediğı, bu anlamda aynı etkiye sahip olup olmadığı konusunda bir belirsizlik yaratmaktadır. Geleneksel anlayışa göre söz konusu kavramlar farklı anlamlara sahip olup birbirinden ayırt edilmelidir.¹³ Bu anlamda doktrinde ve yargı uygulamasında “zamaşıımından feragat”, daha önce işlemiş olan zamaşıımı süresinden

ve alacaklılar (veya onların avukatları) tarafından hemen dava edilmemek amacıyla bu yola başvurmakta, alacaklılar (veya avukatları) da bunu tereddüt etmeden kabul etmektedirler. Böylece iki tarafın da yararına olmak üzere uzlaşma görüşmeleri için belli bir süre elde edilmiş olmaktadır (Bu konuda bkz. Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 135; Walter Fellmann, “Die Verjährung Antworten auf brennende Fragen vom alten und neuen Verjährungsrecht”, HAVE, Zürich, 2018, s. 144).

¹¹ Bu yönde bkz. Paksoy, s. 64.

¹² Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts) Änderung vom 15. Juni 2018, AS 2018 5343 (<https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2018/807/de>, Erişim Tarihi: 23.06.2022).

¹³ Müller, s. 293; Fellmann, HAVE, s. 152; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 143; Bernhard Berger, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2018, s. 493, N. 1477.

kısmen veya tamamen feragat edilmesi veya zamanaşımı süresinin kararlaştırılan süre kadar uzaması olarak anlaşılmaktadır.¹⁴ Başka bir ifadeyle zamanaşımından feragat, zamanaşımı süresinin uzamasına yol açar. Böylece zamanaşımı süresi, uzatılan sürenin sonuna kadar işlemeye devam eder.¹⁵ Feragat burada maddi bir etkiye sahip olup, zamanaşımı en erken, kararlaştırılan sürenin dolmasından sonra gerçekleşir. Bu ana kadar zamanaşımı henüz gerçekleşmediğinden, alacaklı bu andan önce işlemeye devam eden zamanaşımını kesebilir.¹⁶ Belirtelim ki doktrinde, zamanaşımından feragat ifadesini, alacağın zamanaşımına tâbi olmasından feragat şeklinde anlamlandıran bir görüş de bulunmaktadır.¹⁷ Ancak doktrinde, zamanaşımından feragat ile bunun kastedilmiş olmayacağı, bununla alacağın yıllanmayan bir alacak haline getirilmesinin kabul edilemeyeceği belirtilerek bu görüşe karşı çıkmaktadır. Buna göre hukuk sistemimizde alacakların kural olarak zamanaşımına tâbi olduğundan hareket edilir ve ancak bazı alacaklar zamanaşımına tâbi olmayan alacak olarak öngörülebilir. “Zamanaşımından feragat” ile alacak zamanaşımına tâbi olmayan bir alacak haline getirilirse zamanaşımı kurumu bütünüyle bertaraf edilmiş olur.¹⁸

¹⁴ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 33; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 143; Fellmann, HAVE, s. 156; Walter Fellmann, “Das neue Verjährungsrecht”, *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, 156/2020, s. 223-224; Robert K. Däppen, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, Art. 141, N. 1a. Buna ilişkin Federal Mahkeme kararları için bkz. BGE 99 II 185 E. 3a, BGer 9C_109/2007, 20.08.2007, E. 8.2.1; BGer 4A_707/2012, 28.05.2013, E. 7.4.2 (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 23.06.2022).

¹⁵ Müller, s. 293.

¹⁶ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 143; Berger, s. 493, N. 1477; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 33; Fellmann, HAVE, s. 156. Ayrıca bkz. Fellmann, ZBJV, s. 223.

¹⁷ Alfred Koller, “Dispositives und zwingendes Verjährungsrecht - Zur Tragweite von Art. 129 und 141 Abs. 1 OR”, *Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ)*, 103/2007, s. 196. Ancak daha sonra görüş değiştiren yazar, feragat ile on yıllık yeni bir zamanaşımı süresinin başlayacağı düşüncesini benimsemiştir (Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2017, s. 1242, N. 71.14).

¹⁸ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 143. Aynı yönde bkz. Koller, OR AT, s. 1242, N. 71.14. Borçlunun zamanaşımı definden tüm zamanlar için feragat etmiş olduğunu açıkça beyan etmiş olması da bu sonucu değiştirmez (Koller, OR AT, s. 1243, N. 71.14). Ayrıca bkz. Peter Gauch, “Verjährungsverzicht: Ein Entscheid des Bundesgerichts (BGE 132 III 226) und was davon zu halten ist”, *Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ)*, 102/2006, s. 537.

Zamanaşımı süresinin uzamasına yol açacağı kabul edilen “zamanaşımından feragat” kavramından farklı olarak “zamanaşımı definden feragat”in, usule ilişkin bir etkiye sahip olduğu kabul edilmektedir. Buna göre zamanaşımı definden feragat, kanuni zamanaşımı süresinin dolmasından sonra zamanaşımının gerçekleşmesini engellemez. Başka bir ifadeyle böyle bir feragat, zamanaşımı süresinin dolmasına engel olmaz. Zira bu halde borçlu, sadece usule ilişkin bir savunma aracından vazgeçmektedir.¹⁹ Burada feragatin, zamanaşımı süresinin itibari uzunluğuna bir etkisi bulunmaz. Böylece alacak, feragat edilmesinden öncekiyle aynı anda zamanaşımına uğrar. Borçlu, aradaki sürede zamanaşımı definden feragat etmiş olsa da olmasa da alacak, kanuni (veya sözleşmesel) zamanaşımı süresinin dolmasından sonra zamanaşımına uğrar. Ancak borçlu artık, bu feragati nedeniyle yargılama sırasında zamanaşımı define başvuramaz. Bununla borçlu gerçekte sadece, alacaklının açmış olduğu alacak davasında usule ilişkin bir savunma aracından vazgeçmektedir.²⁰ Borçlu, kararlaştırılan sürede zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat ederek alacaklıya, zamanaşımı gerçekleşmiş olsa dahi alacağını söz konusu süre içerisinde ileri sürebilme imkânını tanımış olur. Ancak, zamanaşımı definden feragat edilmiş olmasına rağmen, kanuni zamanaşımı süresi dolduktan sonra zamanaşımı gerçekleşmiş olacağından, geri kalan feragat süresi içerisinde alacaklının zamanaşımının kesilmesi veya durmasına yol açması artık mümkün olmaz.²¹

Zamanaşımından feragat ile zamanaşımı definden feragat kavramları arasında yukarıda belirtildiği gibi bir ayırım yapılması, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından isabetli bulunmamıştır. Yüksek Mahkeme’nin bu yöndeki bir kararına göre, uygulamada zamanaşımının veya hukuki sonuçlarının belirli bir tarihe kadar “göz önünde bulundurulmayacağı” veya “dikkate alınmayacağı” kararlaştırılmış olması halinde, tarafların gerçekte zamanaşımı süresini uzatmak mı istediklerinin, yoksa borçlunun sadece zamanaşımı definden fera-

¹⁹ Fellmann, HAVE, s. 156; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 34; Fellmann, ZBJV, s. 224. Aynı yönde bkz. Berger, s. 493, N. 1477; Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 2, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 609.

²⁰ Müller, s. 293-294.

²¹ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 143-144; Fellmann, ZBJV, s. 224; Berger, s. 493, N. 1477; Fellmann, HAVE, s. 156.

gat etmeyi mi düşündüğünün sonradan tespit edilebilmesi oldukça zordur. Hatta borçlunun açıkça “zamanaşımı definden” feragat ettiğini beyan etmiş olması halinde de taraflardan birinin bunu, zamanaşımı süresinin uzamayacağı şeklinde anlayıp anlamadığını tespit etmek zorluk arz edebilir. Ancak zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat etmekle borçlu her halde, borcunun zamanaşımı gerçekleşmemiş veya zamanaşımı süresi uzamış gibi görüldüğüne ve buna göre işlem yapılacağına ilişkin muvafakatini ortaya koymuş olur. Yasal düzenlemelerin yalınlığı, açıklığı ve anlaşılabilirliği adına, zamanaşımı süresinin uzaması ile sonradan yapılan yalın bir zamanaşımı definden feragatin aynı etkiye sahip olduğunun kabulü gerekir.²² Federal Mahkemenin bu görüşü doktrinde de kabul görmüştür. Buna göre zamanaşımından feragat ile zamanaşımı definden feragatin pratik etkisi, zamanaşımı süresinin feragat edilen süre kadar uzaması temeline dayanır.²³ Dolayısıyla her iki ifade biçiminde de zamanaşımı süresinin uzamasından hareket edilmelidir. Böylece iki kavram arasındaki söz konusu geleneksel ayırım, doktrin ve yargı uygulaması ile her ikisinin sonuçları birbirine eşit kılınmak suretiyle aşılmıştır.^{24 25}

²² Söz konusu karar için bkz. BGE 99 II 185, E. 3a (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 03.06.2022).

²³ Müller, s. 294; Berger, s. 493, N. 1477; Fellmann, ZBJV, s. 224; Fellmann, HAVE, s. 156.

²⁴ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 144; Fellmann, HAVE, s. 157.

²⁵ Belirtelim ki, İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan (ve 01.01.2020 tarihinde yürürlüğe giren) zamanaşımı hukuku revizyonundan sonra OR Art. 141'in (TBK m. 160) “zamanaşımından feragat” olan kenar başlığı, “zamanaşımı definden feragat” olarak değiştirilmiştir. Gereğe göre bununla, borçlunun zamanaşımından değil, zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat ettiği açıklığa kavuşturulmak istenmiştir (BBl 2014, 235 vd., 261). Hâlbuki yukarıda belirtildiği gibi Federal Mahkeme güncel kararlarında, zamanaşımından feragat ile zamanaşımı definden feragati etkisi bakımından birbirinden ayırmamaktadır. Federal Mahkeme, somut durumda hangi ifadenin kullanılmış olduğuna bakmaksızın her zaman, tipik bir zamanaşımından feragatin söz konusu olduğu kabulünden hareket etmektedir. Bu nedenle doktrinde, Federal Mahkeme'nin “zamanaşımı definden feragatin” etkisini de - tıpkı “zamanaşımından feragatte” olduğu gibi - zamanaşımı süresinin uzatılması olarak kabul ettiği uygulamasını, OR 141'in yeni düzenlemesinden sonra da muhafaza etmesi umulmaktadır (Yasin Alperen Kardeş, “Verjährungsverzicht und Vereinbarungen über die Dauer von Verjährungsfristen nach der Revision des Verjährungsrechts”, *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, 155/2019, s. 742; Frédéric Krauskopf, “Neues Verjährungsrecht: Merkmale für das Bauren”, *Schweizerische Baurechtstagung 2019, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg*, 2019, s. 46; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 144; Fellmann, HAVE, s. 157; Fellmann, ZBJV, s. 223. Ayrıca bkz. Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 2019, s. 144).

II. ÖNCE DEN FERAGAT YASAĞI

İrade serbestisi zamanaşımı hukukunda da uygulama alanı bulan bir prensip olup, alacaklı ve borçlu, zamanaşımından feragat konusunda anlaşmakta serbesttir. Ancak bu prensibin, zamanaşımı süresini uzatmaya yönelik hukuki işlemler bakımından borçlunun ve dolaylı olarak hukuk güvenliğinin korunması amacıyla sınırlandırılabilmesine dikkat edilmelidir.²⁶ Nitekim hukukumuzda bir yandan TBK m. 148 (OR Art. 129), diğer yandan TBK m. 160/1 (OR Art. 141) hükmüyle irade serbestisine bir sınırlama getirildiği görülmektedir.²⁷ TBK m. 148, TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımında (TBK m. 146, 147, 156/2, 158) öngörülen zamanaşımı sürelerinin sözleşmeyle değiştirilemeyeceğini,²⁸ TBK m. 160/1 ise zamanaşımından önceden

nenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Schulthess Verlag, Zürich, 2020, N. 3384, dn. 215). Aksi halde bu hukuki imkânın uygulamasının sona ereceği belirtilmektedir (Fellmann, ZBJV, s. 225; Fellmann, HÄVE, s. 157). Kanun koyucunun esasen bu değişiklikte sadece tarafların zamanaşımına tâbi olmayan bir alacak yaratamayacaklarını açıklığa kavuşturmak istediğine ilişkin olarak bkz. Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 144; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 39. Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 136.

²⁶ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 136.
²⁷ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3373; Huguenin, s. 687, N. 2257; Laurent Killias/Matthias Wiget, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 129, N. 1; Stephen V. Berti, ZK-Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erlöschen der Obligationen, Art. 127-142 OR, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, 2002, Art. 141, N. 1; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 1. TBK m. 148 bakımından bu sonuç için bkz. Ergin Akçay, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 32.

²⁸ Ayrıca bkz. Mehmet Erdem, İstanbul Şerhi- Türk Borçlar Kanunu, C. 2, 3 (Madde 83-206), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, m. 148, N. 1; Erdem, Zamanaşımı, s. 370; Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Hâluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 1070; Çetiner/Furrer/Müller-Chen, N. 1723; Fikret Eren/Ünsal Dönmez, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. III (m. 83-206), Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 2646. Bu konuda verilmiş bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 3. HD, 11.09.2003, E. 2003/10466, K. 9936 (Erhan Günay, Alacaklarda Zamanaşımı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 112-113). Kanunun üçüncü bölümünün ikinci ayırımındaki sürelerin kısaltılabilmesi gerektiği yönünde ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1072. Sürelerin değiştirilemeyeceğine ilişkin söz konusu hükümden, bu sürelerin dolaylı olarak değiştirilmesi halinde ne şekilde hareket edileceği konusunda bir sonuca ulaşılamamaktadır. Bu kapsamda doktrinde, kanuni zamanaşımı süresinin hak düşürücü süreye dönüştürülmesinin, zamanaşımı süresinin geçersiz bir biçimde kısaltılması (TBK m. 148 gereği) anlamını taşıyacağı belirtilmektedir. Zira her iki kurum farklı özelliklere ve hukuki sonuçlara sahiptir. Hak düşürücü sürenin durması veya kesilmesinden söz edilemeyeceğinden, somut durumda bir durma veya kesilme sebebi söz konusu ise, zamanaşımı süresi böyle bir dönüşüm ne-

deniyle oldukça kısaltılmış olacaktır. (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 33. Ayrıca bkz. Erdem, Zamanaşımı, s. 31; Paksoy, s. 102-103). Aynı şekilde, TBK'nın üçüncü bölümü ikinci ayırımında öngörülen sürelerin hak düşürücü süre olarak kararlaştırılmasının, zamanaşımını durduran ve kesen sebeplerin sözleşmeyle ortadan kaldırılması niteliğini taşıyacağına ilişkin olarak bkz. Akçay, s. 34.

TBK m. 148 kapsamına giren zamanaşımı sürelerinin dolaylı olarak uzatılması kapsamında ise zamanaşımının başlangıcının ötelenmesi ya da zamanaşımını durduran veya kesen başkaca sebeplerin öngörülmesinin ne ölçüde geçerli olacağı sorunuyla karşılaşılabilir. Bu anlamda doktrinde, zamanaşımının başlangıcını erteleyen sözleşme hükümlerinin (TBK m. 149/1'de öngörülen muacceliyet anının değil, alacaklının alacağı ileri sürdüğü anın esas alınmasında olduğu gibi) geçerli olmadığı kabul edilmektedir. Buna karşılık, alacağın muacceliyet anının (ve dolayısıyla zamanaşımının başlangıcının) ertelenmesi, dolaylı olarak zamanaşımı süresinin de uzamasına yol açacak olmakla birlikte, TBK m. 148'deki yasağa aykırılık oluşturmaz. Çünkü bu halde sürenin uzaması, muacceliyet anının ertelenmesinin bir yan sonucudur (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 46-47; Alfred Koller, "Verjährungsverzicht und Verjährungsverlängerung", *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, 157, 2021, s. 703; Koller, OR AT, s. 1248, N. 71.36. Aynı yönde olmak üzere, muacceliyet tarihini geciktiren tecil anlaşmalarının mümkün olduğu yönünde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1072). Diğer yandan, tarafların kanunun düzenlemediği bir durma ve kesilme nedeni öngörmelerinin de sürenin uzatılması anlamına geldiği ve TBK m. 148'deki yasak kapsamında yer aldığı kabul edilmektedir (Erdem, Zamanaşımı, s. 375; Eren/Dönmez, s. 2647; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 628; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 435; Mahmut Bilgen, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 185; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1072; Akçay, s. 33-34; Mehmet Akif Tutumlu, *Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 338. Zamanaşımını kesen başkaca bir sebebin kararlaştırılması bakımından aynı yönde bkz. Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2016, s. 544, N. 84.29a).

TBK'nın üçüncü bölüm ikinci ayırımında yer alan süreler dışındaki hükümlerinde veya diğer kanunlarda yer alan (ve emredici nitelikte olmayan) zamanaşımı süreleri ise (TBK m. 148'in zıt anlamından da anlaşılacağı üzere) kural olarak sözleşmeyle değiştirilebilir, bu anlamda uzatılıp kısaltılabilir (Koller, ZBJV, s. 697; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 17 ve 52; Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 466, N. 212.17; Eraslan Özkaya, *Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 198; Reisoğlu, s. 435-436; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1071; Paksoy, s. 100-101; Çetiner/Furrer/Müller-Chen, N. 1723; Akçay, s. 35). Bununla birlikte sürenin kısaltılmasının, alacaklının hakkını takip etmesini hakkaniyete aykırı bir biçimde zorlaştırmamasına dikkat edilmelidir (Koller, ZBJV, s. 698; Koller, OR AT, s. 1247, N. 71.32; Schwenzer, s. 539, N. 84.12; Berger, s. 485, N. 1452; Däppen, BSK OR, Art. 129, N. 3; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 58; Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, 2000, s. 319, N. 15; Erdem, Zamanaşımı, s. 373-374; Eren/Dönmez, s. 2647; Oğuzman/Öz, s. 628-629; Paksoy, s. 98; Tutumlu, s. 341). Söz konusu

feragatin yasak olduğunu düzenlemektedir²⁹. Her iki hüküm de borçlunun, yükümlülük altına girdiği sırada, zamanaşımının korumasından vazgeçme konusunda ikna edilmesine karşı bir koruma sağlamayı amaçlamaktadır³⁰. Burada esas olarak TBK m. 160/1 hükmü ele alınacak olmakla birlikte, bu hükmün TBK m. 148 ile bağlantısı da irdelenecektir.

TBK m. 160'a ve OR Art. 141'in revizyondan önceki ifadesine göre, zamanaşımından "önceden" feragat edilemez. Bir feragat yasağı öngören bu hükmün "önceden feragat" olan lafzı ile neyin kastedildiğinin açık olmaması, zamanaşımından feragatin hangi andan itibaren geçerli olacağı sorusunu beraberinde getirmektedir. TBK m. 160/1 hükmüne aykırı düşen bir feragat beyanı TBK m. 27/1'e (OR Art. 20/1) göre geçersiz olduğundan,³¹ bu anın tereddüde yer bırakmayacak biçimde belirlenmesi gerekir. Özellikle, zamanaşımından feragat yoluna uzlaşma görüşmeleri için zaman kazanmak amacıyla başvurulmuş olması halinde geçerli bir feragat beyanında bulunulması büyük önem taşır.

Hükümde geçen "önceden" ifadesinin ne şekilde anlamlandırılacağı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Hukukumuzda ve 2020 yılında yapılan revizyondan önce İsviçre hukukunda baskın olan görüş bu yasağı, zamanaşımı süresi gerçekleşmeden (dolmadan) önceki bir zamanda yapılan feragatin geçersiz olması şeklinde anlamlandırmaktadır.³² Zamanaşımının gerçekleşmesinden sonra fe-

sürelerin on yıldan fazla bir süre için uzatılabilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda bkz. aşağıda, IV, dn. 118.

²⁹ Söz konusu hükümlerin işlevsel olduğu zaman aralığı birbirinden farklı olup, kavramsal nitelemeye dikkat edilmelidir. Zamanaşımı süresinin değiştirilmesi ancak bu süre işlerken mümkün olabilir. Zamanaşımı gerçekleştiikten sonra sürenin değiştirilmesinden değil, TBK m. 160'a göre zamanaşımından feragatten söz edilebilir (Erdem, Zamanaşımı, s. 374; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 56).

³⁰ Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 1. Aynı yönde bkz. Berti, ZK OR, Art. 141, N. 2; Killias/Wiget, CHK OR, Art. 141, N. 2.

³¹ Killias/Wiget, CHK OR, Art. 141, N. 11; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 136; Berti, ZK OR, Art. 141, N. 53. Söz konusu yasağı ihlal etmesi nedeniyle feragat geçersiz olsa dahi, borçlunun buna rağmen defî hakkını ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığı ayrıca göz önünde bulundurulmalıdır (Ayrıca bkz. Erdem, Zamanaşımı, s. 384; Antalya, s. 609; Paksoy, s. 96-97).

³² Hukukumuzda bu görüşte bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem - Sözleşme, 5. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 50 ve dn. 23. Ali Naim İnan/Özge Yücel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 647; Özkaya, s.

feragat edilmesi ise doktrin ve uygulamada genellikle kabul edilmektedir.³³ Ancak buradaki esas sorun, zamanaşımı süresi işlerken zamanaşımından feragat etme imkânının bulunup bulunmadığına ilişkindir. Bu aşamada yapılacak feragat konusunda tereddüt edilmesinin en önemli nedeninin, TBK m. 148’de öngörülen sürelerin değiştirilmesi yasağının, zamanaşımından feragat yoluyla dolanılması tehlikesinin olduğu görülmektedir.³⁴ Bu nedenle doktrinde ve yargı uygulamasında, zamanaşımından önceden feragat yasağının, bu anlamda zamanaşımı süresi işlerken yapılacak olan feragatin geçerliliğinin, TBK m. 148’de öngörülen yasakla yakından ilişkili olduğu ve bu hükümle birlikte değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Zamanaşımı süresi işlerken feragat beyanında bulunulmasının önceden feragat yasağı kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ve böyle bir feragatin, sürelerin değiştirilemeyeceğine ilişkin TBK m. 148’deki yasağı ihlal edip etmediği sorunu, önceden feragat yasağı öngörülmekle korunmak istenen yararın ne olduğunun belirlenmesi ile çözülebilir. Aşağıda öncelikle doktrin ve yargı uygulamasının konuya bakışı ele alınacaktır.

Önceden feragat yasağının, zamanaşımı süresi dolmadan önceki dönemi kapsamına aldığına ilişkin yukarıda sözü edilen baskın görüşe karşı bazı yazarlar, zamanaşımının - şimdiye kadar - işlemiş olan kısmından feragat etme imkânını açık tutarak, geniş yorumlanan bu önceden feragat yasağının uygulama alanını daraltmışlardır.³⁵ Buna göre TBK m. 160/1 (OR Art.141/1), daha önce işlemiş olan zamanaşımı süresine ilişkin feragati yasaklamak istememektedir.³⁶ Dolayısıyla

198; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 1145. Aynı yönde bkz. Bilgen, s. 173; Doğan Şenyüz, Borçlar Hukuku (Genel ve Özel Hükümler), 8. baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2016, s. 246. Zamanaşımı hukukuna ilişkin revizyondan önce İsviçre hukukunda bu görüş için bkz. Koller, OR AT, s. 1242, N. 71.13; Berti, ZK OR, Art. 141, N. 33; Gauch, s. 534 vd. Ayrıca bkz. Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 139.

³³ Huguenin, s. 687, N. 2259. Ayrıca bkz. aşağıda, III, C, dn. 94’ daki yazarlar.

³⁴ Ayrıca bkz. Paksoy, s. 71.

³⁵ Bu görüşte bkz. Schwenzer, s. 539, N. 83.07; Hermann Becker, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183, Stämpfli Verlag, Bern, 1945, Art. 141, N. 3; Erdem, Zamanaşımı, s. 383-384. Ayrıca bkz. Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 139.

³⁶ Karl Spiro, “Der Verzicht auf die laufende Verjährung”, Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1985, s. 555 (Huguenin, s. 688, N. 2260’tan naklen. Ayrıca bkz. Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 3).

işlemekte olan zamaşıımı süresinden feragat edilebilir. Ancak böyle bir feragat, sadece zamaşıımının işlemiş olan kısmı için geçerli olabilir. Zamaşıımının henüz işlememiş olan kısmı için yapılan feragat ise TBK m. 27/1 gereği geçersizdir.³⁷ İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, işlemiş olan zamaşıımı süresinden feragat edilebileceğine karar vermiştir. Ancak karara göre, zamaşıımı süresi dolmadan önce yapılacak olan böyle bir feragat, OR Art. 129 (TBK m. 148) hükmündeki sınırlamaya tâbidir. Buna göre, OR'un üçüncü bölümünde (TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımında) yer alan zamaşıımı sürelerinin değiştirilemeyeceğini öngören OR Art. 129 (TBK m. 148) hükmü karşısında, zamaşıımı süresi dolmadan önce yapılacak bir feragat beyanıyla söz konusu süreler fiilen değiştirilemez. OR Art. 141/1 (TBK m. 160/1) hükmü OR Art. 129 (TBK m. 148) hükmüyle birlikte değerlendirildiğinde, OR'un üçüncü bölümündeki (TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımındaki) zamaşıımı sürelerine ilişkin alacaklar bakımından işleyen zamaşıımı süresinden feragat edilmesi geçersizdir. OR Art. 129 (TBK m. 148) hükmündeki yasağın kapsamına girmeyen zamaşıımı süreleri bakımından ise zamaşıımı süresi dolmadan önce feragat edilebilmesi mümkündür.³⁸

Federal Mahkeme, önceden feragat yasağının sadece OR'un üçüncü bölümünde (TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımında) yer alan zamaşıımı süreleri bakımından geçerli olduğuna ilişkin söz konusu kararının doktrinde eleştiriye³⁹ uğraması üzerine görüş değişikli-

³⁷ Erdem, Zamaşıımı, s. 383-84. Aynı yönde bkz. Tutumlu, s. 341; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 1072.

Zamaşıımı süresinin işlemiş kısmının bir hak olarak nitelendirilemeyeceğine ve dolayısıyla bundan feragat etmenin mümkün olmadığına, bunun zamaşıımı süresinin uzatılması anlamını taşıdığına ilişkin olarak bkz. Paksoy, s. 66-67.

³⁸ BGE 99 II 185 (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 04.06.2022). Ayrıca bkz. Fellmann, HAVE, s. 146; Huguenin, s. 687, N. 2258. Federal Mahkeme'nin bu kararındaki görüşe paralel olarak hukukumuzda da TBK m. 146'da ve m. 147'de öngörülen süreler bakımından zamaşıımı süresi işlerken feragat edilemeyeceği, aksi halde, TBK m. 148'de öngörülen sürelerin uzatılması yasağına aykırı hareket edilmiş olacağı ileri sürülmüştür. Ancak buna göre, süre uzatma yasağına tâbi olmayan zamaşıımı süreleri bakımından bu süre işlerken (en fazla on yıl için olmak koşuluyla) feragat edilebilmesi mümkündür (Eren/Dönmez, s. 2697; Akçay, s. 159).

³⁹ OR Art. 141/1 (TBK m. 160/1) hükmünün uygulama alanını OR'un üçüncü bölümünde (TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımında) yer alan zamaşıımı süreleri ile sınırlandıran söz konusu Federal Mahkeme kararına karşı yöneltilen eleştirilerden birine göre, OR Art. 129 (TBK m. 148) hükmünden farklı olarak,

ğine gitmiştir. Yüksek Mahkeme'nin 2006 yılında verdiği ilke kararına göre, OR Art. 141/1'de (TBK m. 160/1) öngörülen yasak sadece OR'un üçüncü bölümünde (TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımında) yer alan zamanaşımı süreleri bakımından değil, tüm zamanaşımı süreleri için geçerlidir. Buna göre OR Art. 141/1'in tarihsel yorumundan, önceden feragati yasaklayan kanun koyucunun, sadece sözleşmenin yapıldığı andaki feragati yasaklamak istediği sonucu çıkar. Bu, ilgili zamanaşımı süresinden bağımsız olarak öyledir. Sözleşme yapıldıktan sonra borçlu, tüm zamanaşımı süreleri bakımından, henüz zamanaşımı süresi işlerken zamanaşımından feragat edebilir. Zamanaşımı süresi dolduktan sonra da tüm zamanaşımı süreleri bakımından feragat edilebilmesi mümkündür.⁴⁰ Böylece Federal Mahkeme bu kararla, her şeyden önce, tartışmalı olan zamanaşımı definden feragat anını aydınlatarak, kanun koyucunun sadece alacağın doğmasından önce yapılan (sözleşmenin yapıldığı andaki) feragati yasaklamak istediği tespitinde bulunmuştur.⁴¹ Yine bu kararla; geçerli bir feragatin yapılabilmesi bakımından OR Art. 141/1 hükmünde öngörülen zamansal sınırlamanın, sadece OR'un üçüncü bölümünde yer alan zamanaşımı süreleri (OR Art. 127, 128, 137/2 - TBK m. 146, 147, 156/2) bakımından değil, haksız fiilden (OR Art. 60, TBK m. 72), sebepsiz zenginleşmeden (OR Art. 67, TBK m. 82) ve özel borç ilişkileri kısmında düzenlenen bazı sözleşmelerden doğan alacaklar bakımından da geçerli olduğu benimsenmiş olmaktadır.⁴² OR Art. 141/1'deki önceden feragat yasağının tüm zamanaşımı süreleri için getirilmiş genel bir yasak olduğunu ka-

OR'un üçüncü bölümünde yer alan zamanaşımı sürelerine ilişkin bir sınırlamadan söz etmeyen OR Art. 141'in (TBK m. 160) lafzı, bunun tüm zamanaşımı süreleri için geçerli olduğuna işaret eder. Kaldı ki, önceden feragat bakımından zamanaşımı süreleri arasında böyle bir ayırım yapılmasının objektif bir dayanağı da bulunmamaktadır (Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 138. Aynı yönde bkz. Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 2).

⁴⁰ Söz konusu karar için bkz. BGE 132 III 226 (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 04.06.2022). Ayrıca bkz. Huguenin, s. 687, N. 2258. Federal Mahkeme'nin gerekçesinin - en azından tarihi yorum metodu bakımından - zayıf olduğuna, önce sonucun tespit edilmesi ve ikinci adımda buna uygun gerekçenin bulunması gerektiğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 140.

⁴¹ Berger, s. 493, N. 1476; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 140.

⁴² Eugen Bucher, "Verjährung: gute Schritte in guter Richtung - Bemerkungen aus Anlass von BGE 132 III 226-241 (4C.296/2005)", *Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (recht)*, 2006, s. 194; Müller, s. 291. Bu görüşte bkz. Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 11.

bul eden Yüksek Mahkeme'nin bu kararı doktrinde de çoğunluk tarafından desteklenmiştir⁴³.

TBK m. 160/1'de (OR Art. 141/1) öngörülen önceden feragat yasağı ile alacağın doğmasından önce veya sözleşmenin yapıldığı andaki feragatin engellenmek istendiğini vurgulayan Federal Mahkeme'nin söz konusu ilke kararı bizce de isabetlidir. Buna göre, borç ilişkisi (sözleşme) kurulmadan önce veya kurulduğu anda yapılan feragat sözleşmesi veya tek taraflı feragat beyanı geçerli olmaz.⁴⁴ Önceden feragat yasağı burada, borçlunun özel yararını korumaya yönelik bir düzenleme olarak belirir. Alacaklı ve borçlu arasındaki güç dengesizliği dikkate alındığında, zamanaşımından feragat imkânının, alacaklının borçluya karşı kullanabileceği gerçek bir baskı aracı haline gelmesi olasıdır.⁴⁵ Bu anlamda önceden feragat yasağı ile her şeyden önce borçlu, feragat

⁴³ Berger, s. 493, N. 1476; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 9; Koller, ZBJV, s. 697; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3374; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 138. Hukukumuzda bu görüşte bkz. Erdem, Zamanaşımı, s. 378 vd.; Erdem, İstanbul Şerhi, m. 160, N. 4; Akçay, s. 159; Kılıçoğlu, s. 1144. Ayrıca bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1585; Murat Sarıkaya, "İsviçre Borçlar Hukuku'nda Zamanaşımına İlişkin 1 Ocak 2020 Yürürlük Tarihli Değişiklikler ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri: Özellikle Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararlarda Düzenleme İhtiyacı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 2, Aralık 2020, s. 1213. Aksi yönde bkz. Paksoy, s. 81. Bu görüşe göre, zamanaşımından feragat ile zamanaşımı süresinin uzatılması, temelde zamanaşımının etkisinin ötelenmesi ortak amacını taşımakla benzer sonuçlar doğurur. Bu benzerlik nedeniyle TBK m. 160/1 sadece, TBK m. 148 kapsamına giren süreler için öngörülmüş olabilir. TBK m. 148 kapsamı dışındaki süreler serbestçe değiştirilebildiklerinden, bu süreler bakımından önceden feragat yasağı öngörülmesi anlamsız olacaktır (Paksoy, s. 80 vd.).

⁴⁴ Eren/Dönmez, s. 2695; Günay, s. 195; Çetiner/Furrer/Müller-Chen, N. 1722; Akçay, s. 159. Aynı görüşte bkz. Reisoğlu, s. 436; Paksoy, s. 86 vd. Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 10. HD, 03.06.2021, E. 2021/4770, K. 2021/7625; Yarg. 9. HD, 03.03.2021, E. 2021/1640, K. 2021/5481; Yarg. 9. HD, 12.11.2020, E. 2017/17957, K. 2020/15926; Yarg. 9. HD, 21.06.2019, E. 2016/3794, K. 2019/13938 (<https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 26.06.2022). Yine aynı yönde bkz. Yarg. HGK, 18.12.2002, E. 2002/15-1061, K. 2002/1070; Yarg. 15. HD, 27.06.1990, 1990/196-3102 (Bilgen, s. 174 vd.). Hatta bu görüşte olan bir yazara göre, önceden feragat yasağını öngören TBK m. 160 hükmü esasen, ruhu ortadan kaldığı için hiç uygulanmamalıdır. Ancak bir hükmün bu nedene dayanarak göz ardı edilebilmesi mümkün olmadığından, söz konusu hükmün mümkün olduğunca dar yorumlanması gerekir. Bu da önceden feragat yasağının, alacağın doğduğu an ve öncesinde yapılacak feragat beyanlarıyla sınırlandırılması ile olur (Paksoy, s. 89-90).

⁴⁵ Huguenin, s. 687, N. 2258; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 137; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 4. Yine, önceden feragat yasağı ile borçlunun, zamanaşımı kurumunun içinin boşaltılmasına karşı korunmak istendiğine ilişkin olarak bkz. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3379.

beyanında bulunması konusunda alacaklının yapabileceği baskıya karşı korunmuş olur.⁴⁶ Böylece borçlunun, yapacağı bir feragat beyanıyla zamanaşımı definde bulunma hakkını ve zamanaşımının sağladığı korumayı çok erken bir safhada kaybetmesi engellenmiş olmaktadır.⁴⁷ Başka bir ifadeyle, zamanaşımı süresinin uzamasına yol açan ve dolayısıyla borçlunun zamanaşımının korumasından yararlanmasını geciktiren feragatin, henüz sözleşme kurulurken veya daha öncesinde (alacak henüz doğmadan) yapılması yasaklanmaktadır.⁴⁸ İşte önceden feragat yasağının anlamı ve amacının; borçlunun zamanaşımı defini ileri sürme imkânı ile zamanaşımının sağladığı korumayı, alacaklının baskısı altında, henüz sözleşme kurulurken veya daha öncesinde kaybetmesini engellemek olduğu ortaya konduğunda, bu yasağın (TBK m. 160/1'in) sadece kanunun üçüncü bölümü ikinci ayırımında yer alan zamanaşımı süreleri bakımından değil, tüm zamanaşımı süreleri için geçerli bir yasak olduğu kolaylıkla anlaşılabilir. Borçluyu bu yönden koruma gereği, tüm zamanaşımı süreleri bakımından söz konusu olur. Aksinin kabulü ile, önceden feragat yasağına ilişkin TBK m. 160/1'in uygulama alanının sınırlandırılması, zamanaşımı kurumu ile korunmak istenen borçlunun hukuki durumunun yeniden zarar görmesine yol açar.⁴⁹

Önceden feragat yasağının amacı bu şekilde belirlenip, uygulama alanı alacağın doğumu anı ile bundan önceki dönemle sınırlandırıldığında, zamanaşımı süresi işlerken de feragat beyanında bulunulabileceği kendiliğinden anlaşılır. Bu yasakla korunmak iste-

⁴⁶ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 141.

⁴⁷ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 137; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 4. Bu yasağın, sadece bir feragat sözleşmesi şeklinde somutlaşan hukuki işlemleri değil, zamanaşımına başvurulmasını zorlaştıran diğer hukuki işlemleri de (borçlunun zamanaşımı define başvurusu halinde ceza koşulu ödeyeceğinin kararlaştırılmasında olduğu gibi) kapsamına aldığına ilişkin olarak bkz. Bertl, ZK OR, Art. 141, N. 60; Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 2.

⁴⁸ Ayrıca bkz. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3374. Doktrindeki yeni eğilimin de zamanaşımı hukukunda irade serbestisine sınırlama getirilmesinin temelinde, borçlunun bu konuda aşırı bir süreyle bağlanacağı sözleşmeler yapmasına engel olma düşüncesinin bulunduğu yönünde olduğunu belirtelim (Yasin Alperen Karaşahin, "19. Yüzyıl Müşterek Hukuk Doktrininden Günümüze Zamanaşımı Alanında İrade Serbestisi Hakkında Görüşler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, 69 (2), 2020, s. 532. Ayrıca bkz. aşağıda, dn. 56).

⁴⁹ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 138.

nen menfaat, sözleşme kurulurken veya daha önceki döneme ilişkin olup, zamaşıımı süresi işlerken böyle bir koruma gereksinimi bulunmaz.⁵⁰ Bu yorum biçiminin TBK m. 148 hükmüne aykırı düştüğünden de söz edilemez. TBK m. 148 ve m. 160/1, birbirinden farklı içerikte düzenlemelerdir. Her iki hüküm arasında sıkı veya içsel bir bağlantı bulunmaz.⁵¹ TBK m. 160 hükmü zamaşıımı definden feragate ilişkin olup, TBK m. 148 hükmünün bununla doğrudan ya da dolaylı olarak bağlantısı yoktur. Zamaşıımı definden feragat dogmatik olarak zamaşıımı süresinin uzaması anlamına gelmediğinden, TBK m. 148 hükmüne aykırılık oluşturmaz.⁵² Zamaşıımı definden feragatin bir sonucu olarak zamaşıımı süresinin - dolaylı olarak - uzayacak olması, bunun TBK m. 148 hükmü kapsamında değerlendirilmesini gerektirmez. Kaldı ki TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımındaki sürelerin uzaması da imkânsız değildir. Bu süreler de zamaşıımını durduran veya kesen bir sebeple uzayabilir.⁵³ Zamaşıımını durduran veya kesen sebeplerin gerçekleşmesi halinde zamaşıımı süresi uzamakla birlikte, bunun TBK m. 148'de öngörülen yasakla bir ilgisi bulunmaz. Zamaşıımından feragat halinde de buna benzer bir durum söz konusu olmaktadır.⁵⁴ Şu halde zamaşıımı süresinin TBK m. 160'a göre fiilen uzaması, TBK m. 148'den bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Zamaşıımından fe-

⁵⁰ Bu yönde bkz. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3380; Esra Kaşak/Muhammed Kiomers Ganbari, "İsviçre Borçlar ve Ticaret Hukukunda Zamaşıımı Revizyonu", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIV, S. 1, 2020, s. 116.

⁵¹ Wildhaber/Dede, *Berner Kommentar OR*, Art. 141, N. 12; Wildhaber/Dede, *Verzicht*, s. 139; Gauch, s. 537. Söz konusu hükümler arasında içsel bir bağlantı bulunduğu, dolayısıyla bunların birlikte yorumlanması gerektiğine ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz. Berti, *ZK OR*, Art. 141, N. 1; Killias/Wiget, *CHK OR*, Art. 141, N. 2.

⁵² Wildhaber/Dede, *Verzicht*, s. 139; Wildhaber/Dede, *Berner Kommentar OR*, Art. 141, N. 12. Aynı yönde bkz. Koller, *OR AT*, s. 1242, N. 71.16. Federal Mahkeme kararlarında bu sonucu açıkça tanıma cesaretini göstermiş olsaydı, bu konudaki tartışmanın engellenebileceğine, sulh görüşmelerini durma sebebi olarak öngören *OR Art. 134/1 b. 8* bakımından bu sonucu gerekçede açıkça belirten kanun koyunun bu anlamda daha cesur davrandığına ilişkin olarak ayrıca bkz. Müller, s. 294-295.

⁵³ Paksoy, s. 102.

⁵⁴ Ayrıca bkz. Wildhaber/Dede, *Berner Kommentar OR*, Art. 129, N. 24, 48. Aksi yönde bkz. Gauch, s. 537.

ragat halinde sürenin uzaması TBK m. 160'a göre geçerli ise, bu uzamanın TBK m. 148 hükmüne aykırı düştüğünden söz edilemez.^{55 56}

⁵⁵ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 51. Aynı yönde bkz. Koller, ZBJV, s. 702; Koller, OR AT, s. 1247, N. 71.30; Karaşahin, ZBJV, s. 743-744.

⁵⁶ Hatta hemen burada belirtelim ki İsviçre doktrininde, OR'un üçüncü bölümündeki (TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımındaki) zamanaşımı süreleri ile bunun dışındaki zamanaşımı süreleri arasında ayırım yapan, taraf iradesini katı bir biçimde sınırlandıran yürürlükteki OR Art. 129 (TBK m. 148) hükmünün zamana uymadığı yönünde eleştiriler yöneltilmektedir. Buna göre uygulama, tarafların zamanaşımı sürelerini değiştirme konusunda bir serbestiye ihtiyaç duyduklarını (özellikle zamanaşımından feragat etmek suretiyle zamanaşımı süresini uzatmaya yönelik yaygın uygulama dikkate alındığında) göstermektedir. Zira her somut durum birbirinin aynısı olmadığı gibi, tarafların korunma ihtiyacı da birbirinden farklılık arz edebilmektedir. Taraflar, zamanaşımı süresini ihtiyaçlarına uygun biçimde belirleme konusunda bir hareket serbestisine sahip olmalıdır. Bu anlamda, çeşitli uluslararası düzenlemelerde ve İsviçre hukukunda bu konuda yapılan kanun tasarısında olduğu gibi, zamanaşımı süreleri bakımından asgari ve azami sürelerle sınırlı bir değişiklik yapma prensibinin kabul edilmesinin yerinde olacağı belirtilmektedir. Taraflara sözleşme serbestisi imkânını tanıyan, ancak zayıf olan tarafı korumak amacıyla bu serbestiye gerekli sınırı koyan bir hüküm, zamanaşımı sürelerinin değiştirilebilirliğini kanunun sistematigine göre (OR'un üçüncü bölümündeki süreler ile bunun dışındaki zamanaşımı süreleri arasında ayırım yaparak) belirleyen OR Art. 129'a (TBK m. 148) göre hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından daha elverişlidir. Çünkü tarafların, zamanaşımı sürelerinin kanundaki yerine göre daha az veya daha çok korunma ihtiyacının olduğundan söz edilemez. Aksine bu yöndeki ihtiyaç, olsa olsa zamanaşımının dayanağı olan alacağın içeriğine göre ortaya çıkabilir (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 8. Aynı yönde olmak üzere, TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımında (OR'un üçüncü bölümünde) yer alan zamanaşımı sürelerinin değiştirilemeyeceğine ilişkin söz konusu yasağın daraltılması, bu anlamda belirlenecek alt ve üst sınırlar içerisinde tarafların zamanaşımı sürelerini değiştirebilmelerine izin verilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. Erdem, İstanbul Şerhi, m. 148, N. 14. Yine, irade serbestisi yasaklarının artık alacaklı ve borçlunun somut yararına aykırı düştüğü, bu anlamda TBK m. 148 hükmünün dar yorumlanması, sadece alacağı doğuran sözleşme aşamasında süreyi değiştirmeye yönelik anlaşmaların geçersiz olması gerektiği yönünde bkz. Paksoy, s. 102). Bu görüş, sürelerin değiştirilemeyeceğine ilişkin OR Art. 129 (TBK m. 148) hükmünün kamu yararı, bu anlamda hukuk güvenliği ile gerekçelendirilmesinin pek anlamlı olmadığını, zira bu hükmün uygulama alanının sadece OR'un üçüncü bölümündeki (TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımındaki) zamanaşımı süreleriyle sınırlı olduğunu belirtmektedir. Kanun koyucunun, OR'un üçüncü bölümünde öngörülenler dışındaki zamanaşımı süreleri bakımından hukuk güvenliğinin sağlanmasını korunmaya değer görmemesinin objektif bir temeli bulunmamaktadır. Buna göre zamanaşımı kurumunun, bu anlamda OR Art. 129'un (TBK m. 148) temel amacı borçlunun korunması olup, bundan bağımsız olarak kamu yararını sağlama amacı bulunmaz (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 13-14; Yasin Alperen Karaşahin, Parteiautonomie im Verjährungsrecht, Schulthess Verlag, Zürich, 2017, s. 101, N. 343 vd. Aynı yönde bkz. Killias/Wiget, CHK OR, Art. 129, N. 1; Paksoy, s. 54 vd.; Tok, s. 247. Genel olarak, zamanaşımının öngörülmesinin kamu düzeniyle ilgili olmadığı yönünde bkz. Erdem, İstanbul Şerhi, m. 146, N.

Kaldı ki, irade serbestisi ilkesine aykırı düşecek biçimde zamaşaşımı süresi dolmadan önce feragatin yasaklanması, ne alacaklının ne de borçlunun menfaatindedir. Aksine, bazı hallerde, özellikle taraflar arasında uzlaşma görüşmelerinin söz konusu olması halinde, zamaşaşımı süresi işlerken zamaşaşımından feragat, her iki tarafın da başvurmak isteyeceği bir hukuki imkân olacaktır. Hem alacaklının hem de borçlunun yararına olan bir hukuki imkâna başvurulmasının yasaklanması haklı bir temele dayanmaz.^{57 58} Bunun gibi, zamaşaşımı süresi işlerken

12. Aynı yönde olmak üzere, zamaşaşımının öncelikle bireysel menfaatlerle ilgili olduğu görüşünde bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1550. Bu konuda oldukça detaylı kaleme alınmış bir çalışma için bkz. Karaşahin, İrade Serbestisi, s. 501 vd.). OR Art. 129 (TBK m. 148) esas olarak, ölçsüz bir yükümlülük altına girilmesine karşı bir koruma sağlar (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 13-14; Killias/Wiget, CHK OR, Art. 129, N. 1; Karaşahin, Parteiautonomie, s. 103, N. 347; Berti, ZK OR, Art. 129, N. 2). TBK'nun üçüncü bölümünün ikinci ayırımında öngörülen zamaşaşımı sürelerinin değiştirilemeyeceği kuralını kamu düzeni düşüncesine dayandıran aksi yöndeki görüş için bkz. İnan/Yücel, s. 647; Günay, s. 112; Tutumlu, s. 338. Genel olarak zamaşaşımı definin gerekçelerinden birinin kamu düzeni olduğuna ilişkin olarak ayrıca bkz. Nedim Meriç, "Zamaşaşımı Def'ine İlişkin Bazı Medeni Yargılama Hukuku Meseleleri", Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 680 vd.

⁵⁷ Bu yönde bkz. Paksoy, s. 79 vd.; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 142.

⁵⁸ Hemen burada, 15 Haziran 2018 tarihli Kanun'la yapılan zamaşaşımı hukuku revizyonu ile İsviçre Borçlar Kanunu'na, uzlaşma (sulh) görüşmelerinin zamaşaşımını durduran bir sebep olarak eklendiğini belirtelim. Buna göre, taraflar yazılı olarak kararlaştırmış iseler sulh görüşmeleri, arabuluculuk veya başka bir mahkeme dışı uyumsuzluk çözüm yönteminin devamı süresince zamaşaşımı başlamaz, başlamış ise durur (OR Art. 134/1, b. 8). Gerekçeye göre bununla, zamaşaşımının gerçekleşmesini erteleme imkânı elde edilmiş olur. Yine gerekçeye göre, sürelerin değiştirilemeyeceğine ilişkin hüküm (OR Art. 129, TBK m. 148) burada uygulama alanı bulmaz. Hükümdeki sayım sınırlı olmayıp, resmi ve resmi olmayan mahkeme dışı çözüm yöntemlerinin hepsi hükmün kapsamına dâhildir (BBl 2014 235, 260, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/65/de>, Erişim Tarihi: 20.06.2022).

Taraflara, uzlaşma görüşmeleri süresince zamaşaşımını durduran bir anlaşma yapma imkânını tanıyan söz konusu hüküm karşısında, zamaşaşımından feragat sözleşmesinin işlevinin ne olduğu ve aynı amaca hizmet eden iki kurum arasında nasıl bir ilişki bulunduğu belirlenmesi gerekir. Zamaşaşımı hukukuna ilişkin revizyondan sonra, aşağıda da belirtileceği üzere zamaşaşımından feragatin en fazla on yıl için yapılabileceği kanun hükmü haline gelmiştir (OR Art. 141/1). İşte her iki kurum arasındaki en önemli fark burada ortaya çıkmaktadır. Zamaşaşımından feragat on yıllık bir süre ile sınırlandırılmışken, sulh görüşmeleri devamınca zamaşaşımının durmasına ilişkin anlaşma, taraflarca kural olarak süresiz bir biçimde (genel sınırlama hükmü olan TMK m. 23 çerçevesinde) yapılabilir. Bu sonuç karşısında, aralarında uzlaşma görüşmeleri bulunan taraflar OR Art. 141 kapsamında feragat sözleşmesi yapmak yerine, OR Art. 134/1, b. 8'e göre zamaşaşımını durduran bir sebep konusunda anlaşmayı tercih edeceklerdir. Bu durum, OR Art. 134/1, b. 8 hükmüne, zamaşaşımından feragat ilişkin hüküm karşısında bir ön-

yapılacak feragat beyanlarının geçersiz sayılması, hukuki uyuşmazlıkların da artmasına yol açar. Hukuki uyuşmazlıkların artması, uzun sürmesi ve mahkemelerin bu tür davalarla meşgul edilmesi ise kamu yararını zedeler.⁵⁹ İşte, genel olarak zamanaşımının dayanağı olarak gösterilen kamu düzeni ve kamu yararı burada, zamanaşımı süresi işlerken de zamanaşımından feragat edilebilmesine imkân tanınması bakımından gerçek bir dayanak noktası oluşturur.⁶⁰

Belirtelim ki, İsviçre Borçlar Kanunu'nun zamanaşımı hükümlerinde yapılan (ve 01.01.2020 tarihinde yürürlüğe giren) değişiklikler-

celik ve üstünlük sağlar (Bu konuda bkz. Müller, s. 294). Ayrıca zamanaşımından feragatin etkisinin ne olduğunun (zamanaşımı hukukundaki revizyondan sonra dahi) kanunda açıklıkla öngörülmemiş olması karşısında taraflar, zamanaşımını durduran bir sebep olarak öngörülen OR Art. 134/1 b. 8'e başvurmayı daha risksiz bir yol olarak tercih edeceklerdir. Gerçekten kanun, zamanaşımından feragatin, feragat beyanında belirtilen süre için zamanaşımının durmasına mı yol açacağı, yoksa zamanaşımının işlemlerini durdurmaksızın, borçlunun söz konusu süre içerisinde zamanaşımı defini ileri sürmesine engel olmakla sınırlı bir etkiye mi sahip olduğu konusunda bir açıklık içermemektedir. Bu durumda uzlaşma görüşmelerinin tarafları, zamanaşımından feragat yerine, OR Art. 134/1, b. 8'e göre zamanaşımının durması konusunda sözleşme yapmaya yöneleceklerdir (Bu konuda bkz. Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 14 vd.).

Hukukumuzda da TBK m. 148 hükmü kapsamı dışındaki sürelerin taraflarca serbestçe değiştirilebiliyor olmasının, ek durma nedeninin de kararlaştırılabilmesine imkân tanıyacak biçimde yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. Buna göre taraflar, zamanaşımı süresinin değiştirilmesini bazı şartlara bağlayabilirler. Bu kapsamda taraflar, zamanaşımı süresinin uzlaşma görüşmeleri devamınca uzayacağını kararlaştırabilmelidirler. Böyle bir anlaşma, aynı zamanda ek bir durma nedeni öngörülmesi anlamına gelir (Paksoy, s. 107). Hukukumuzda tarafların ek bir durma sebebi kararlaştırabilmelerine imkân tanıyan bu yorum biçimi, özellikle uzlaşma görüşmeleri bakımından pratik ihtiyaçlara karşılık vereceğinden bizce de isabetlidir. Hatta bize göre ek durma sebebinin tüm zamanaşımı süreleri bakımından öngörülebilmesi gerekir. Böylece belirsiz ve karmaşık sonuçlar doğurabilen zamanaşımından feragat kurumuna alternatif bir hukuki imkânın yolu açılmış olur. İsviçre hukukunda olduğu gibi, uzlaşma görüşmeleri süresince zamanaşımının durmasının taraflarca kararlaştırılabileceğinin kanun hükmüne bağlanması ise önerilmeye değerdir (Bu konuda ayrıca bkz. Kaşak/Ganbari, s. 106).

⁵⁹

⁶⁰

Ayrıca bkz. yukarıda, dn. 56. TBK m. 160/1 hükmü, zamanaşımı süresi işlerken feragat edilemeyeceği şeklinde yorumlansa bile, bu sürede feragat beyanında bulunan borçlunun daha sonradan zamanaşımı defini ileri sürmesi, bu kez hakkın kötüye kullanılması yasağı ile karşılaşır. Ancak zamanaşımı süresi işlerken yapılan ve somut ihtiyacı karşılamaya yönelik feragat beyanlarının geçerli kılınabilmesini, ikincil nitelikteki hakkın kötüye kullanılması yasağı ile sağlamak yerine, hükmün, alacağın doğumunda veya öncesinde yapılacak feragat beyanlarının yasak olduğu şeklinde yorumlanması daha kalıcı ve sağlam bir çözüm olur (Bu görüş için bkz. Paksoy, s. 87-88).

den biri de zamanaşımından feragat anına ilişkin olmuştur. Değişik OR Art. 141/1'e göre borçlu, zamanaşımının başlangıcından itibaren ve her seferinde on yıl için olmak üzere zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat edebilir.⁶¹ ⁶² Şu halde yeni düzenlemeye göre zamanaşımı işlemeye başlamadan önce zamanaşımından feragat etmek yasak-

⁶¹ BBl 2014, 235 (<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/65/de>, Erişim Tarihi: 05.06.2022). Bir görüşe göre, zamanaşımı süresinin, süre işlemeye başlamadan önce uzatılabilmesi, TBK m. 160/1 (OR Art. 141/1) kapsamında tüm zamanaşımı süreleri bakımından geçersiz sayılmasına rağmen, zamanaşımı süresinin kısaltılması bakımından bu konuda bir boşluk bulunmakta olup, bu boşluğun TBK m. 160/1'e göre doldurulması gerekir. Borçlunun, zamanaşımı kurumunun içinin boşaltılmasına karşı korunmasına hizmet eden bu hüküm, TBK m. 148 (OR Art. 129) kapsamına giren zamanaşımı süreleri dışındaki sürelerin kısaltılmasında da esas alınabilir. Buna göre, alacaklıya da buna paralel bir koruma sağlanmalı ve alacağın ileri sürülebileceği sürenin kısaltılması ancak, zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı andan itibaren geçerli olmalıdır (Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3379. Aksi yönde bkz. Koller, ZBJV, s. 700). Yine aynı yönde olmak üzere, zamanın gereklerine uygun olmayan TBK m. 148'in (OR Art. 129) daha liberal bir düzenlemeye kavuşturulması gerektiğini belirten bir görüşe göre, zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesi, de lege ferenda ilk olarak alacağın doğumundan sonra (yani sözleşme hukuku bakımından sözleşme yapıldıktan sonra) geçerli olmalıdır. Bu, zamanaşımı süresinin uzatılması bakımından zaten TBK m. 160 (OR Art. 141) kapsamında tüm zamanaşımı süreleri yönünden geçerli kabul edilmektedir. Böylece borçlu, zamanaşımı süresinin düşüncesizce (veya aceleyle) uzatılmasına karşı korunmuş olur. Bu koruma ihtiyacı, zamanaşımı süresinin kısaltılması bakımından alacaklı için de aynı ölçüde söz konusudur. Bu nedenle zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesi, ilk olarak sözleşme yapıldıktan sonra kararlaştırılabilir ve bu, zamanaşımı süresinin OR'un üçüncü bölümünde (TBK'nun üçüncü bölümünün ikinci ayırımında) yer alıp almamasından bağımsız olarak, belirlenecek asgari ve azami sürelerle gerçekleşmelidir (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 10).

⁶² Söz konusu revizyonla OR Art. 141'de yapılan bir diğer değişikliğe göre, genel işlem koşulunda sadece kullanıcı (düzenleyen) zamanaşımı definden feragat edebilir (OR Art. 141/1bis). Karşı taraf (müşteri) ise genel işlem koşulu kapsamında zamanaşımından feragat edemez. Müşterinin feragati bireysel olmak zorundadır. Ancak böyle bir düzenlemenin yapılmasının pratik bir anlamının bulunmadığı belirtilmektedir. Zira yeni düzenleme gereği feragat zaten ilk olarak sözleşme yapılırken değil, zamanaşımının başlamasından (yani alacağın muaccel olmasından) itibaren geçerli olarak yapılabilir. Bu an, uygulamada çoğu zaman alacağın doğmasından, yani sözleşmenin yapılmasından sonra gerçekleşmektedir. Dolayısıyla müşterinin genel işlem koşulu kapsamında feragat etmesi zaten OR Art. 141/1 hükmü nedeniyle mümkün olmaz. Onun feragat beyanı her halde bireysel olmak zorundadır (Koller, ZBJV, s. 696; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 151; Krauskopf, s. 47; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 64 vd.; Müller, s. 292. Aynı yönde bkz. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3382a; Kaşak/Ganbari, s. 116-117).

tır.⁶³ Gerekçeye göre bu yeni ifadeyle kanun koyucu, önceden feragat yasağının alacağın doğmasından önce yapılmasına (sözleşmenin yapıldığı ana) ilişkin olduğunu benimseyen Federal Mahkeme'nin yukarıda belirtilen ilke kararını (BGE 132 III 226) kanun hükmüne bağlamak istemiştir.⁶⁴ Ancak doktrinde de belirtildiği üzere, OR Art. 141'in yeni lafzı, Federal Mahkeme'nin söz konusu ilke kararına ve uygulamasına uymamaktadır. Zira Federal Mahkeme, söz konusu kararda "alacağın doğmasından önce" feragatin yasak olduğundan söz ederken, yeni OR Art. 141, geçerli feragat anını belirlemek üzere "zamanaşımının başlangıcından itibaren" ifadesini tercih etmiştir.⁶⁵ Dolayısıyla kanunun yeni ifadesine göre feragat, alacağın muaccel olduğu andan itibaren (TBK m. 149/1, OR Art. 130/1) geçerli olarak yapılabilecektir.⁶⁶ Alacağın doğması ile muaccel olması ise aynı anlama gelmez. Alacağın derhal, doğumu anında muaccel olması, ancak aksine bir anlaşma yok ise söz konusu olur (TBK m. 90, OR Art. 75). Alacağın doğumu ve muacceliyeti aynı ana denk gelirse, Federal Mahkeme'nin benimsediği esas ile OR Art. 141'in yeni lafzı arasında bir farklılık doğmaz. Ancak uygulamada daha yaygın olan, alacağın doğumundan sonra muaccel olacağının kararlaştırılmasıdır.⁶⁷ Başka bir ifadeyle, sözleşmenin yapılması (ve alacağın doğumu) ile alacağın muaccel olması aynı anda gerçekleşiyor ise zamanaşımı bu anda işlemeye başlayacak ve OR Art. 141'in yeni ifadesine göre ancak bu halde sözleşmenin yapılmasından sonra feragat beyanında bulunulması geçerli olabilecektir. Ancak taraflar daha sonrası için bir muacceliyet anı kararlaştırmış veya alaca-

⁶³ Bu düzenlemeyi hukuk politikasına uymadığı gerekçesiyle eleştiren görüş için bkz. Karaşahin, ZBJV, s. 744 vd.

Hukukumuzda, zamanaşımı süresinin işlemiş olan kısımdan feragat edilebileceği görüşünde olan bazı yazarların, OR Art. 141'in revizyondan sonraki ifadesinde olduğu gibi, zamanaşımı işlemeye başlamadan önce feragat edilemeyeceğini belirttikleri görülmektedir (Tutumlu, s. 341). Yine, önceden, yani sözleşme yapılırken veya en azından muacceliyet tarihinde veya daha önce yapılacak feragatin geçersiz olduğuna, zamanaşımı süresi işlemeye başlamadan önce feragat edilemeyeceğine ilişkin görüş için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 1072.

⁶⁴ BBl 2014, 235, 261.

⁶⁵ Fellmann, HAVE, s. 153; Müller, s. 290; Krauskopf, s. 47; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 140. Ayrıca bkz. Huguenin, s. 688, N. 2260a.

⁶⁶ Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3374a; Müller, s. 290.

⁶⁷ Müller, s. 290. Buna karşılık zamanaşımının başlangıcının çoğu zaman sözleşmenin yapıldığı anda gerçekleşeceği yönünde bkz. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3374a.

ğın muacceliyeti bizzat kanun tarafından daha sonraki bir an olarak öngörölmüş (TBK m. 234, OR Art. 213) ise, borçlu sözleşmenin yapılmasından hemen sonra değil, ancak alacağın muaccel olacağı andan itibaren (TBK m. 149/1) feragat beyanında bulunabilecektir.⁶⁸

Söz konusu revizyonla değiştirilen OR Art. 141/1'in gerekçesine göre, zamaşıımından feragatin geçerliliğinin zamaşıımının başlangıcına bağlanması, borçlunun, feragat anında zamaşıımının ne zaman başladığını bilecek olması bakımından yerindedir.⁶⁹ Ancak bu gerekçe de doktrinde ikna edici ve yerinde bulunmamaktadır. Bu kapsamda borçlunun, zamaşıımının başlangıç anını, ona karşı sahip olunan alacağın doğum anına nazaran daha iyi bilebileceğinin kabul edilmesi şüpheli görölmektedir. Buna göre çoğu durumda borçlu, uzman olmayan, deneyimsiz biri olarak zamaşıımının başlangıç anını (yani alacağın muaccel olduğu anı) değil, alacağın doğum anını (sözleşmenin yapıldığı anı veya sözleşme dışı sorumlulukta zarar verici davranışın gerçekleştiği anı) daha iyi bilir.⁷⁰ Ayrıca zamaşıımının başlangıç anının belirlenmesi, çoğu durumda uzman kişiler için dahi karmaşık olabilmektedir.⁷¹ Bu durum özellikle, sözleşme dışı sorumlulukta nispi zamaşıımı sürelerinin belirlenmesi bakımından öyledir. Burada alacaklı (zarar gören) ve borçlu (tazminat borçlusu) kural olarak haksız fiil (kaza) tarihini, alacaklının zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenme anına göre (TBK m. 72/1, OR Art. 60/1) daha iyi bilir.⁷² Bu anlamda, zamaşıımından feragatin geçerliliğinin zamaşıımının başlangıcına

⁶⁸ Huguenin, s. 689, N. 2260. Feragatin ilk olarak hangi andan itibaren geçerli olarak yapılabileceğine ilişkin söz konusu değişiklik dışındaki diğer hususlarda, bu konuya ilişkin söz konusu yargı kararları uygulanmaya devam edecektir. Bu anlamda zamaşıımından feragat, sadece zamaşıımının başlangıcında değil, zamaşıımı süresinin işlemeye devam ettiği herhangi bir süre içerisinde de geçerli olarak yapılabilecektir. Keza yeni OR Art. 141, sadece OR'un üçüncü bölümündeki süreler için değil, tüm zamaşıımı süreleri için geçerli olmaya devam edecektir. Nitekim bu husus, söz konusu değişikliğe ilişkin kanun gerekçesinde açıkça belirtilmiştir (BBI 2014 235, 262. Bu konuda bkz. Huguenin, s. 689, N. 2260. Ayrıca bkz. Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 138).

⁶⁹ BBI 2014, 235, 262.

⁷⁰ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3380a; Krauskopf, s. 47; Müller, s. 290; Fellmann, ZBJV, s. 221-222; Fellmann, HAVE, s. 153; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 141.

⁷¹ Karaşahin, ZBJV, s. 745; Fellmann, HAVE, s. 153; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 141.

⁷² Müller, s. 290. Aynı yönde bkz. Karaşahin, ZBJV, s. 745. Ayrıca bkz. Fellmann, ZBJV, s. 221.

bağlanmasının hukuk güvenliğine (Federal Mahkeme'nin kararlarında zamanaşımının öngörülme amacı olarak vurguladığı) zarar vereceği belirtilmektedir.⁷³ Bunun yanı sıra, zamanaşımının başlangıcından itibaren feragat edilebileceğine ilişkin kanun ifadesinin nispi ve mutlak zamanaşımı sürelerinin söz konusu olduğu alacaklar bakımından (söz gelimi OR Art. 60/1, TBK m. 72/1) belirsizlik taşıdığı, bununla nispi (kısa) zamanaşımı süresinin mi, yoksa mutlak (uzun) zamanaşımı süresinin mi kastedildiğinin anlaşılacağı belirtilmektedir.⁷⁴ Bu halde zamanaşımının başlangıcı olarak mutlak zamanaşımı süresinin esas alınması gerektiğine vurgu yapılmaktadır.⁷⁵ Zira sorumluluk hukukunda mutlak zamanaşımı süresi objektif bir ana (zarar verici olaya) bağlı olup, subjektif kriterlere bağlı olan (öğrenme anı) nispi zamanaşımı süresine göre çok daha kolay tespit edilebilir. Böylece geçerli feragat anı daha güvenilir bir biçimde belirlenmiş olur.⁷⁶

Yukarıda belirtilen nedenlerle İsviçre doktrininde, İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 132 III 226 ilke kararıyla benimsenen çözüme sadık kalınması ve borçluya, alacağın doğumundan hemen sonra zamanaşımı definden feragat etme imkânının tanınması gerektiği belirtilmektedir.⁷⁷ Buna göre, her ne kadar yeni OR Art. 141/1 hükmü, feragat edilebilecek an olarak açıkça "zamanaşımının başlangıcı" nı esas almışsa da lafzın hükmün gerçek anlamını yansıtmadığına ilişkin inandırıcı gerekçelerin bulunması halinde bundan sapılması mümkündür. Bu anlamda geçerli feragat anının, amaçsal indirgeme (teleolojik redüksiyon) yoluyla bugüne kadarki yargı uygulamasına uygun

⁷³ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 24.

⁷⁴ Fellmann, ZBJV, s. 222; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 141; Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N. 3380a; Fellmann, HAVE, s. 153-154. Keza bu düzenleme karşısında, feragat beyanında bulunulduğu sırada tarafların zamanaşımının başlangıcı konusunda açıkça bir hataya düşmesi halinde ne şekilde hareket edileceğinin de cevapsız kaldığı belirtilmektedir. Buna göre söz konusu haller, alacaklının güven yararı gerektiriyor ise hakkın kötüye kullanılması yasağının denetimine tâbi tutulmalıdır (Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 141; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 28).

⁷⁵ Fellmann, ZBJV, s. 222; Fellmann, HAVE, s. 153-154. Bu yönde bkz. Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 27.

⁷⁶ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 27.

⁷⁷ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 141. Ayrıca bkz. Fellmann, ZBJV, s. 221-222; Fellmann, HAVE, s. 153. Karş. Koller, ZBJV, s. 695, 699. Zamanaşımından feragatin geçerliliğinin belirli bir ana bağlanmaması gerektiği görüşünde bkz. Karasahin, ZBJV, s. 746.

olarak yorumlanması ve bunun, alacağın doğmasından sonraki ana sabitlenmesi önerisinde bulunmaktadır.⁷⁸ Yine bu kapsamda, geçerli bir feragat beyanının alacağın doğumundan itibaren yapılacağı kabul edilmesinin, zamaşımanın borçluyu korumaya ilişkin amacına aykırı düşmeyeceği belirtilmektedir. Önceden feragat yasağının amacı, borçlunun alacaklının baskısına karşı korunmasını sağlamak olup, feragat anının alacağın doğumundan sonraki ana göre belirlenmesi, söz konusu korumayı sağlamada yeterli olur.⁷⁹ OR Art. 141'in (TBK m. 160/1) yeni lafzına yöneltilen söz konusu eleştiriler oldukça isabetli olup, hukukumuzda zamaşımı hükümlerinde yapılacak olası bir değişiklikte yol gösterici olacak niteliktedir. Önceden feragat yasağı ile hangi anın kastedildiği bir kanun hükmüyle açıklığa kavuşturulacak ise bu, alacağın doğduğu (sözleşmenin yapıldığı) an olarak belirlenmelidir.

III. ZAMANAŞIMINDAN FERAGATİN ETKİSİ

A. Genel Olarak

Borçlu, önceden feragat yasağını ihlal etmediği sürece zamaşımından her zaman feragat edebilir. Başka bir ifadeyle, sözleşme kurulmadan önce veya kurulduğu anda (alacak doğmadan önce) olmadıkça, gerek zamaşımı süresi dolduktan sonra gerek zamaşımı süresi işlerken (yukarıda açıklandığı üzere tartışmalı olmakla birlikte) zamaşımından feragat edilebilmesi mümkündür.⁸⁰ Ancak farklı dönem-

⁷⁸ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 26; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3380a. Ancak yargı uygulaması bu yönde şekillenene kadar borçluya, zamaşımından feragat beyanında bulunmadan önce zamaşımının işlemeye başladığı anı titizlikle kontrol etmesi uyarısında bulunmaktadır. Diğer taraftan alacaklıya da zamaşımı süresinin başlangıcı konusunda şüpheye düşmesi halinde, erken ve bu nedenle geçersiz bir feragati göze almak yerine, zamaşımını kesmesi veya OR Art. 134/1, b. 8 kapsamında durdurması önerilmektedir (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 27).

⁷⁹ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 25.

⁸⁰ Ayrıca bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1585-1586. İsviçre Borçlar Kanunu'nda ise zamaşımı hukukuna ilişkin revizyondan sonra zamaşımının başlamasından itibaren feragat edilebileceğinin öngörülmesi (OR Art. 141) ile zamaşımının gerçekleşmesinden önce feragat edilmesinin mümkün olduğu açıkça kabul edilmiştir (Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 142). Aynı yöndeki değişikliğin TBK m. 160 hükmünde de yapılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. İpek İşleten, s. 212.

İsviçre hukuku bakımından, zamaşımının başlangıcından itibaren her zaman

lerde yapılan bu feragatlerin etkisi birbirinden farklıdır. Bu nedenle konu, zamanaşımı süresi dolmasından önce yapılan feragat ile sonradan yapılan feragat birbirinden ayrılarak incelenecektir.

B. Zamanaşımı Süresi Dolmadan Önce (Zamanaşımı Süresi İşlerken) Yapılan Feragatin Etkisi

Zamanaşımı süresi dolmadan önce (işlerken) yapılan bir feragat beyanının nasıl bir etkiye sahip olacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu halde feragat, zamanaşımını kesen bir fiil gibi etkide bulunur. Buna göre, zamanaşımından feragat edildiği andan itibaren kesilen (başlangıçtaki) süre yeniden işlemeye başlar.⁸¹ Bu kapsamda ileri sürülen bir görüş, süreli ve süresiz feragat beyanını etkisi bakımından birbirinden ayırmaktadır. Buna göre süreli feragat beyanlarında öncelikle taraf iradeleri belirleyici olmalıdır. Zaman yönünden sınırlanmış olan böyle bir feragat beyanı (söz gelimi Aralık 2013'e kadar yapılan bir feragat), kendiliğinden zamanaşımını kesen bir fiil fonksiyonuna sahip olmaz. Bu halde feragat ile sadece zamanaşımı süresinin uzatılması da amaçlanmış olabilir. Ancak şüphe halinde buna, zamanaşımını kesen bir fiil nazarıyla bakılmalıdır. Buna karşılık, süresiz feragat beyanlarında baştan itibaren zamanaşımının kesildiğinden hareket edilmelidir. Dolayısıyla bu halde kanuni zamanaşımı süresi, kural olarak zamanaşımından feragat edildiği andan itibaren yeniden ve bütünüyle işlemeye başlar.⁸²

feragat edilebileceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 142; Müller, s. 291; Koller, ZBJV, s. 692.

⁸¹ Huguenin, s. 690, N. 2263; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1587a. Yine bu yönde olmak üzere, zamanaşımı süresi işlerken yapılan bir feragat beyanını, TBK m. 154/1, b. 1 (OR Art. 135/1, b. 1) anlamında borç ikrarı olarak değerlendiren ve zamanaşımını kesen bir sebep olarak ele alan görüş için bkz. Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Schulthess Verlag, Zürich, 1988, s. 448; Berger, s. 493, N. 1478. Böylece, bu görüşe göre zamanaşımı süresi yeniden işleyecek olmakla birlikte (OR Art. 137/1, TBK m. 156/1), tarafların feragati bir süreye bağlamaları (en fazla on yıl olmak üzere) da mümkündür (Berger, s. 493-494, N. 1478).

⁸² Huguenin, s. 690, N. 2263. Süre öngörülmeden yapılan feragatin işlemiş olan süre kadar zamanaşımının uzamasına yol açacağına, belirli bir süre öngörülerek (bir hafta, bir ay, kırk gün) yapılan feragatin ise zamanaşımının öngörülen süre kadar uzamasını sağlayacağına ilişkin olarak bkz. Erdem, Zamanaşımı, s. 386. Buna göre, belirli bir süre öngörülerek yapılan feragat, kural olarak zamanaşımını kesen bir neden olan ikrar anlamına gelmez. Yoksa belirli bir süre öngörülmesinin hiçbir anlamı kalmazdı.

Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre, feragat beyanına zamanaşımını kesen bir davranış etkisi yüklenemez.⁸³ Buna göre, taraflar genellikle zamanaşımını doğrudan doğruya (ve önceden) kesmekten kaçınmak isterler. Bunun yanı sıra, feragat beyanında belirtilen feragat süresine rağmen, yeni ve çoğu zaman daha uzun bir zamanaşımı süresinin işlemesi borçlu yönünden haksız bir durum yaratır. Bu görüşe göre, feragat beyanı kendiliğinden yalın bir usuli savunma aracı etkisine de sahip olamaz. Buna göre, zamanaşımı süresi dolmadan önce yapılan belli bir süreyle sınırlı feragat ile kural olarak - zamanaşımının kesilebileceği süreyi genişletme imkânı tanıyan - zamanaşımı süresinin uzatılması amaçlanır.⁸⁴ Nitekim İsviçre doktrindeki genel eğilime ve yargı uygulamasına göre, zamanaşımı süresi dolmadan önce yapılan feragat, kural olarak zamanaşımı süresinin uzaması ile aynı etkiye sahiptir.⁸⁵ ⁸⁶ Ancak bu sonucun mutlak bir biçimde benimsenmemesi gerektiği haklı olarak belirtilmektedir. Buna göre zamanaşımı gerçekleşmeden önce yapılan bir feragat beyanının etkisi kendiliğinden de-

Feragat anından itibaren yeni bir sürenin başlayacağı yönünde ayrıca bkz. Akçay, s. 160.

⁸³ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 144; Bu yönde bkz. Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N. 3384. Yine, salt zamanaşımından feragatin zamanaşımını kesen bir neden olmadığı, borçlunun bu yöndeki iradesini ortaya koyan başkaca unsurlar olmaksızın feragatin tek başına ikrar anlamını taşımayacağına ilişkin olarak bkz. Erdem, Zamanaşımı, s. 384. Aynı şekilde, zamanaşımından feragat edilmesinin ikrar niteliğinde olmadığı görüşünde bkz. Paksoy, s. 110 vd.

⁸⁴ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 145.

⁸⁵ Koller, OR AT, s. 1243, N. 71.17; Fellmann, ZBJV, s. 223; Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N. 3383; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 39; Koller, ZBJV, s. 693; Berger, s. 484, N. 1449; Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 3a; Müller, s. 293; Fellmann, HAVE, s. 157. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 99 II 185 E. 3a, BGE 132 III 226. Ayrıca bkz. BGER 4A_707/2012, 28.05.2013, E. 7.4.2 (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 09.06.2022).

⁸⁶ Bu halde, bir hak sona erdirilmediği için teknik anlamda bir feragatin söz konusu olmadığını belirten bir görüşe göre, içeriği ve hukuki sonuçları göz önünde bulundurulduğunda, böyle bir hukuki işlemin zamanaşımının durmasına veya kesilmesine yönelik bir sözleşme olarak nitelendirilmesi daha isabetli olurdu (Karaşahin, ZBJV, s. 737). Yine, zamanaşımı süresi işlerken yapılan feragati öncelenmiş feragat olarak nitelendiren bir görüşe göre, borçlu bu aşamada henüz defi hakkına sahip olmadığından bu, zamanaşımı defi kazanıldığı anda borçlunun tasarruf yetkisine sahip olması halinde ve zamanaşımı süresinin dolmasından sonra hüküm ifade eder. Borçlu bu halde zamanaşımı defi hakkını bir an kazanacak ve öncelenmiş feragati nedeniyle bu hakkı hemen kaybedecektir. Borçlu artık burada defi hakkını kullanamaz (Paksoy, s. 69. Zamanaşımı süresi dolmadan önce yapılan feragat ile müstakbel zamanaşımı definin kaybedileceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, s. 647).

ğil, öncelikle taraf iradelerinin yorumlanması yoluyla belirlenebilir.⁸⁷ Bu kapsamda, feragat beyanından tarafların sadece usuli bir savunma imkânından yararlanmak istedikleri şüpheye yer kalmayacak biçimde anlaşılıyor ise tarafların bu anlaşmalarını yok saymanın hiçbir gerekçesi bulunmaz. Söz gelimi taraflar, kanuni zamanaşımı süresinin dolmasından sonra zamanaşımının herhangi bir şekilde durmasının veya kesilmesinin söz konusu olmayacağına ilişkin bir ifadeye yer vermiş iseler böyle bir durumdan söz edilebilir.⁸⁸ Ancak şüphe halinde güven teorisi esas alınmalı ve alacaklı yararına olacak biçimde zamanaşımının uzadığından hareket edilmelidir. Açık olmayan bir hükmün, beyan sahibi için daha elverişsiz olan anlamına üstünlük tanınacağına ilişkin sözleşmesel yorum kuralı da bu görüşü destekler.⁸⁹

Şu halde zamanaşımı süresi işlerken zamanaşımından feragat edilmesi halinde zamanaşımı süresi, feragat edilen süre kadar uzamış olacaktır.⁹⁰ Bu halde taraf iradeleri aslında, tıpkı zamanaşımının durması veya kesilmesinde olduğu gibi, zamanaşımının belirli bir süre için geciktirilmesine yönelmiştir. Bu süre içerisinde zamanaşımı işlemeye devam edeceğinden, bunun durması veya kesilmesi de mümkündür.⁹¹

⁸⁷ Koller, OR AT, s. 1243, N. 71.17; Huguenin, s. 690, N. 2263; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 40; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 145.

⁸⁸ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 145. Aynı şekilde, söz gelimi borçlunun, "alacağın mayıs sonuna kadar mahkeme önünde talep edilmesinde halinde (alacak o anda zamanaşımına uğramış olsa bile) zamanaşımına başvurmayacağını" açıklamış olması halinde, sadece zamanaşımı defini ileri sürmekten feragatin söz konusu olduğundan yola çıkılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Koller, OR AT, s. 1243, N. 71.17; Koller, ZBJV, s. 693. Zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat, hukuki etkisi bakımından, zamanaşımına başvurma yetkisinden geçici olarak yoksun kalınmasından ibarettir (Koller, ZBJV, s. 694).

⁸⁹ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 145-146.

⁹⁰ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 50; Ayrıca bkz. Müller, s. 293. Bir görüşe göre zamanaşımından feragat, sadece zamanaşımının daha önceden işlemiş olan kısmı için etki doğurur (Koller, SJZ, s. 194 vd.). Buna karşılık, Federal Mahkeme'nin zamanaşımı süresi işlerken yapılacak olan feragatin, zamanaşımı süresinin uzaması yönünde etkide bulunacağına ilişkin ilke kararının (BGE 132 III 126) bu şekilde değerlendirilmesinin isabetli olmadığı belirtilmektedir. Buna göre, Federal Mahkeme söz konusu kararında, alacağın doğumundan itibaren zamanaşımından feragat edilebileceğini kabul ettiğinden, alacağın doğumu ile muacceliyeti arasındaki sürede de feragat edilebileceğini benimsemiş olmaktadır. Yüksek Mahkeme, feragatin etkisini zamanaşımı süresinin daha önce işlemiş olan kısmıyla sınırlandırmak istemiş olsaydı, muacceliyetten önce yapılan feragatin geçersiz olduğunu kabul etmesi gerekirdi (Müller, s. 293).

⁹¹ Karaşahin, ZBJV, s. 734. Ayrıca bkz. Fellmann, HAVE, s. 155; Erdem, Zamanaşımı, s. 386-387.

Ayrıca, borçlunun bu süre içerisinde yeniden feragat etmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.⁹² Ancak doktrin ve yargı uygulamasına göre zamaşıımından en fazla on yıl için feragat edilebileceğine dikkat edilmelidir. Söz konusu on yıllık tavan süre, zamaşıımı hukuku revizyonu ile İsviçre hukukunda kanun hükmü haline getirilmiştir (OR Art. 141/1).⁹³ Konu, aşağıda “zamaşıımından feragatin süresi” başlığı altında ele alınacaktır.

C. Zamaşıımı Süresi Dolduktan Sonra Yapılan Feragatin Etkisi

Zamaşıımı süresi işlerken olduğu kadar, bu sürenin dolmasından sonra da zamaşıımından feragat edilebilmesi mümkündür.⁹⁴ Bu sonuca, alacağın doğumu anında veya öncesinde feragat edilemeyeceği şeklinde anlamlandırdığımız önceden feragat yasağına ilişkin TBK m. 160/1 hükmünden de ulaşılabilir.⁹⁵ Hatta teknik anlamda feragat, zamaşıımı süresi dolduktan sonra yapılan feragattir.⁹⁶ Bu halde tüm zamaşıımı süreleri bakımından feragat edilebileceğinde bir tereddüt bulunmaz.⁹⁷ Ancak hemen belirtelim ki, zamaşıımı süresi dolduktan sonra feragat edilmesi ile (en azından açık bir irade beyanıyla) uygulamada nadiren karşılaşılır. Zira zamaşıımı gerçekleştikten sonra borçlu zaten defî hakkını ileri sürmekten vazgeçmekte serbesttir.⁹⁸ Zama-

⁹² Erdem, Zamaşıımı, s. 386-387.

⁹³ bkz. aşağıda, IV’teki açıklamalar.

⁹⁴ Fellmann, HAVE, s. 162; Berger, s. 496, N. 1485; Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 5a; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3375; Koller, SJZ, s. 197; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1072; Erdem, Zamaşıımı, s. 386; Eren/Dönmez, s. 2695; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1586.

⁹⁵ Bu halde doğmuş olan bir defî hakkından feragat edilmektedir (Eren/Dönmez, s. 2695). Bu yöndeki Yargıtay kararları bkz. Yarg. 10. HD, 03.06.2021, E. 2021/4770, 2021/7625; Yarg. 9. HD, 03.03.2021, E. 2021/1640, K. 2021/5481; Yarg. 9. HD, 12.11.2020, E. 2017/17957, K. 2020/15926; Yarg. 9. HD, 21.06.2019, E. 2016/3794, K. 2019/13938 (<https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 26.06.2022). Ayrıca bkz. Yarg. HGK, 23.02.2000, 2000/15-71, 116 (Bilgen, s. 182 vd.).

⁹⁶ TBK m. 160’ın (OR Art. 141) mefhumu muhalifinden bu sonuca ulaşılabilirliğine ilişkin olarak bkz. Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 5a; Erdem, Zamaşıımı, s. 386.

⁹⁷ Karaşahin, ZBJV, s. 737.

⁹⁸ Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3376; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 41.

⁹⁹ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 41; Berger, s. 496, N. 1485. Ayrıca bkz. Karaşahin, ZBJV, s. 737.

¹⁰⁰ İsviçre uygulamasında borçlu çoğu zaman, alacağın feragat anında henüz zamaşıımına uğramamış olması kaydıyla feragat beyanında bulunmaktadır. Buna göre

naşımı süresi dolduktan sonra borçlu istiyorsa borcunu ödeyebilecek, bunu istemiyor ise zaten zamanaşımından feragat etmeyecektir. Bu anlamda zamanaşımı süresinin dolmasından sonra yapılan feragatin işlevinin, borcun ikrar edilmesinde olduğu gibi, borçlunun örtülü feragat olarak nitelendirilebilecek bazı davranışlarının söz konusu olduğu hallerle sınırlı olduğu belirtilmektedir.⁹⁹

Zamanaşımı gerçekleştiikten sonra yapılan feragatin nasıl bir etki yarattığı, zamanaşımı işlerken yapılan feragatte olduğu gibi doktrinde farklı değerlendirmelere konu olmuştur. Tartışma özellikle, böyle bir feragat ile yeni bir borcun mu doğduğu, yoksa eski borç varlığını devam ettirmekle birlikte, zamanaşımının gerçekleşmesi nedeniyle dava edilemez hâle gelen alacağın yeniden dava edilebilir mi kılınmış olduğu etrafında şekillenmiştir. Bir görüşe göre, böyle bir feragat halinde alacaklı, alacağını mahkemeden talep etme ve gerektiğinde borçlunun iradesine aykırı olarak cebri icraya başvurma imkânını yeniden elde eder. Buna karşılıklı zamanaşımına uğramış bir alacaktan feragat, yeni bir alacağın doğmasına neden olmaz.¹⁰⁰ Zira alacak zamanaşımına uğramakla sona ermez, doğal (eksik) borç haline dönüşür. Bu halde

zamanaşımı gerçekleşmiş ise feragat beyanı bir etki doğurmayacaktır. Ancak böyle bir kayıt öngörölmüş olmasa bile, şüphe halinde zaten, feragatin bu anda henüz zamanaşımına uğramamış olan alacaklar bakımından geçerli olacağı belirtilmektedir. Gerçekte (aksi yönde bir kanıt olmadıkça), borçlunun zamanaşımına uğramış bir alacağı feragat beyanında bulunarak yeniden mahkeme önünde ileri sürülebilir kılmak istemesi pek olası değildir (Müller, s. 291). Uygulamada öngörölen böyle bir kaydın, alacaklının güveninin korunması bakımından sorun yaratmayacağı belirtilmektedir. Zira borçlu bununla, alacaklının zamanaşımı süresi içerisinde zamanaşımını kesen veya durduran fiilleri gerçekleştirmesini engellemez. Zamanaşımının kesilmesi, zaten gerçekleşmiş olan zamanaşımı bakımından değil, ancak işleyen zamanaşımı için söz konusu olabilir (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 81).

⁹⁹ Paksoy, s. 61, 68-69. Borçlunun, zamanaşımı süresinin dolmasından sonra borcunu ikrar etmesinin, zamanaşımından örtülü olarak feragat edildiği anlamını taşıyacağı görüşünde ayrıca bkz. Reisoğlu, s. 436. Yine, zamanaşımı süresi dolduktan sonra borçlunun borcu ikrar etmesi veya güvence vermesine ilişkin fiillerinin, bu halde zamanaşımının kesilmesi söz konusu olmayacağından, örtülü irade beyanıyla feragat sayılacağına ilişkin olarak bkz. Oğuzman/Öz, s. 647. Aynı yönde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1056. Yargıtay da bu görüşten hareket ederek karar vermektedir. Buna ilişkin kararlar için bkz. yukarıda, Giriş, dn. 9. Kanaatimizce bu şekilde mutlak bir sonucun benimsenmesi isabetli değildir. Bu halde, zamanaşımı süresi dolduktan sonra borcu tanıyan borçlunun irade beyanının yorumlanması ile bir sonuca ulaşılması gerekir.

¹⁰⁰ Müller, s. 291; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 146; Fellmann, HAVE, s.162. Bu görüşte ayrıca bkz. Koller, OR AT, s. 1242, N. 71.13.

alacağın varlığı sona ermediğinden, “yeni” bir alacağın doğduğundan söz edilemez.¹⁰¹ Bu kapsamda bir görüş, zamaşıımından feragatin yeni bir alacak yaratmayacağını belirtmekle birlikte, zamaşıımı bakımından mevcut alacağın, tıpkı yeniden doğan bir alacak gibi değerlendirilmesi gerektiğini benimsemektedir. Buna göre, söz konusu alacak daha kısa bir zamaşıımına tâbi olsa bile, feragatle birlikte TBK m. 146 (OR Art. 127) hükmüne göre yeni bir on yıllık zamaşıımı süresi işlemeye başlar. Böylece zamaşıımı definden feragat, TBK m. 156/2’de (OR Art. 137/2) ngrlen, borcun bir senetle ikrar edilmesi veya hâkim kararına bağlanması fiilleri ile aynı anlama sahiptir.¹⁰² Buna karşıılık, yine zamaşıımı gerçekleştikten sonra yapılan feragatin yeni bir alacak doğurmayacağını benimseyen bir başka görüş, borçlunun zamaşıımı definden feragatine, TBK m. 156/2 (OR Art. 137/2) anlamında bir borç ikrarı ile aynı hukuki sonucun bağlanması halinde çok ileri gidilmiş olacağını belirtmektedir.¹⁰³ Buna göre, borçlunun bu aşamada feragat etmesinin anlam ve kapsamı, alacaklıya, alacağını dava veya başka bir yolla talep edebilme ve zamaşıımı define başvurulup başvurulamayacağını düşünmeden davanın içeriğine odaklanmasını sağlama imknni tanımaktan öteye geçmez.¹⁰⁴ Bu nedenle, alacağın zamaşıımına uğramasından sonraki feragat, sadece - eksik borç haline gelen - alacağın yeniden dava edilebilir olmasını sağlar.¹⁰⁵

¹⁰¹ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 44; Müller, s. 291.

¹⁰² Koller, OR AT, s. 1242, N. 71.13. Ayrıca bkz. Müller, s. 291. Yine bu yönde olmak üzere, gerçekleşmiş olan zamaşıımından feragatin, zamaşıımına uğramış, ancak yeniden ileri sürülebilir hâle gelen alacak için zamaşıımının yeniden başlamasına yol açacağına ilişkin olarak bkz. Berger, s. 496, N. 1487; Bucher, OR AT, s. 448. Bu nedenle borçluya, her halükârda feragat beyanını bir süreyle sınırlandırması (TBK m. 146’daki on yıllık olağan kanuni süreyi aşmayacak biçimde) nerisinde bulunulmaktadır (Berger, s. 496, N. 1487).

¹⁰³ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 44. Hatta İsviçre uygulamasında genellikle taraf iradelerinin, bir borç ikrarının yaratacağı hukuki sonucun aksine yönelmiş olduğu belirtilmektedir. Zira uygulamada çoğu zaman, “bu feragat ikrar anlamına gelmez” kaydıyla feragat edilmektedir (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 44).

¹⁰⁴ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 146.

¹⁰⁵ Fellmann, HAVE, s. 162; Berger, s. 496, N. 1486; Koller SJZ, s. 196; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 146; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3383. Bu halde zamaşıımının feragat beyanında belirtilen süre kadar yeniden gündeme geleceğine, bir süre belirtilmemiş ise feragatin, söz konusu alacağın tâbi olduğu zamaşıımı süresinin yeniden işlemesine yol açacağına ilişkin olarak bkz. Erdem, Zamaşıımı, s. 386.

Ayrıca feragat ile alacağın zamanaşımına uğramayan bir borç haline getirilmesi söz konusu olamaz. Burada sadece defiyi ileri sürme hakkından vazgeçilir.¹⁰⁶

Zamanaşımı süresi işlerken yapılan feragatten farklı olarak, zamanaşımının gerçekleşmesinden sonra feragat edilmesine, zamanaşımı süresini uzatan bir etki tanınmaz. Zira bu etki ancak, zamanaşımı süresinin işlemeye devam ettiği dönem için geçerli olabilir. Oysa bu halde zamanaşımı süresi artık sona ermiştir. Bu halde de zamanaşımı süresinin devam ettiğinin kabulü, zamanaşımı süresi dolduktan sonra da alacaklının süreyi kesip durdurabilmesine yol açar. Hâlbuki zamanaşımının kesilmesi, zamanaşımının gerçekleşmesi halinde değil, ancak işleyen zamanaşımı bakımından söz konusu olabilir.¹⁰⁷

Yargılama sırasında borçlu, zamanaşımına uğramış alacağa ilişkin defi hakkını ileri sürüp sürmeme konusunda serbesttir. Bu anlamda borçlunun, yargılama sırasında zamanaşımı defini ileri sürmeyi ihmal etmesi veya ileri sürmekten kaçınması, zamanaşımından feragat niteliğinde olmayıp, TBK m. 160 hükmünün uygulama alanına girmez. Yargılama sırasında borçlunun yalın olarak zamanaşımı defini ileri sürmekten kaçınması her halde geçerlidir. Burada, hâkimin zamanaşımını resen göz önünde bulunduramayacağına ilişkin TBK m. 161 hükmü uygulama alanı bulur.¹⁰⁸ Bu nedenle, yargılama sırasında

¹⁰⁶ Eren/Dönmez, s. 2696; Kılıçoğlu, s. 1145.

¹⁰⁷ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 45. Bu yönde bkz. BGE 122 III 10, E. 7 (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 10.06.2022). Bu nedenle Federal Mahkeme'nin, zamanaşımının gerçekleşmesinden önce veya sonra verilmiş olup olmamasından bağımsız olarak, feragat beyanının, zamanaşımı süresinin sözleşmeyle uzatılmasında olduğu gibi bir etkiye sahip olacağına ilişkin kararı (BGE 99 II 185) isabetli bulunmamaktadır (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 45. Ayrıca bkz. Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 1a). Buna karşılık, Federal Mahkeme'nin söz konusu kararıyla aynı yönde olmak üzere, gerek zamanaşımı gerçekleşmeden önce gerek gerçekleştikten sonra yapılan feragat beyanlarında, tüm feragat süresi boyunca zamanaşımının kesilmesinin veya durmasının mümkün olduğu görüşünde bkz. Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3383. Yine bu kapsamda, İsviçre uygulamasında genellikle feragat beyanında bulunulduğu anda zamanaşımı henüz gerçekleşmemiş ise feragatin geçerli olacağı kaydına yer verildiğinden, borçlunun, zamanaşımı gerçekleştikten sonra zamanaşımı süresinin uzatılmasını amaçlamasının bu uygulamaya yabancı olduğuna vurgu yapılmaktadır (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 45. Söz konusu uygulama hakkında ayrıca bkz. Fellmann, HAVE, s. 144; Müller, s. 288).

¹⁰⁸ Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 139. Aynı yönde bkz. Müller, s. 292; Gauch/Schlu-

zamanaşımı definin ileri sürülmemesi halinde geçerli bir feragatin varlığı için gerekli koşullar aranmaz.¹⁰⁹ Aynı şekilde, borçlu zamaşımını bilmeden borcunu ifa etmiş, tanımış veya güvence altına almış ise, defi hakkını feragat nedeniyle değil, edimi ifadan kaçınmaya ilişkin son fırsatı kaçırdığı için kaybeder. Zamaşımına uğramış olan alacak eksik borç olarak ifa edilebilir olmaya devam ettiğinden, zamaşımı bilinmeden yapılan ifa veya tanıma ya da verilen güvence geri alınamaz.¹¹⁰

IV. ZAMANAŞIMINDAN FERAGATİN SÜRESİ

TBK, borçlunun hangi süre için feragat edebileceği konusunu düzenlemiş değildir. Feragatin süresinin öncelikle taraf iradesi esas alınarak belirleneceği açıktır. Bu anlamda feragat, taraflarca belirlenen süre için (söz gelimi mayıs sonuna kadar, bir hafta veya bir yıl için) geçerli olur.¹¹¹ Bu kapsamda borçlunun, zamaşımından belirli bir süre için veya bir süre belirlemeksizin feragat edebilmesi mümkündür.¹¹² Öyle olmakla birlikte doktrinde isabetle, sınırsız bir feragat beyanında bulunamayacağı, feragat edilebilecek sürenin sınırlandırılması gerektiği

ep/Schmid/Emmenegger, N. 3385; Berger, s. 496-497, N. 1488. Yargıtay ise, açılmış olan bir davada zamaşımı define bulunulmamasıyla da feragatin gerçekleşeceğini kabul etmektedir (Yarg. 10. HD, 03.06.2021, E. 2021/4770, 2021/7625; Yarg. 9. HD, 03.03.2021, E. 2021/1640, K. 2021/5481; Yarg. 9. HD, 21.06.2019, E. 2016/3794, K. 2019/13938; Yarg. 9. HD, 12.11.2020, E. 2017/17957, K. 2020/15926; (<https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 26.06.2022). Aynı kararlara göre feragat, defi hakkının geri alınmasıyla da yapılabilir (Aynı görüşte bkz. Günay, s. 195).

Bu kapsamda belirtelim ki, alacak zamaşımına uğramakla sona ermeyip varlığını devam ettirdiği için borçlu, bir defa ileri sürdüğü zamaşımı defini her zaman, süreli ya da süresiz olarak geri alabilir. Bu halde alacak, geri alma anından itibaren mahkeme önünde yeniden ileri sürülebilir. Defi hakkının, tâbi olunan zamaşımı süresinden daha kısa bir süre için geri alınması halinde alacak, bu sürenin dolmasına kadar mahkeme önünde ileri sürülebilir. Definin süresiz olarak geri alınması halinde ise, sürenin kesilmesinde olduğu gibi tâbi olunan zamaşımı süresiyle aynı sürenin işlemeye başlayacağı belirtilmektedir (Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 5a. Ayrıca bkz. Berti, ZK OR, Art. 141, N. 59).

¹⁰⁹ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 13. Aynı yönde bkz. Müller, s. 292.

¹¹⁰ Berger, s. 496-497, N. 1488.

¹¹¹ Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3382; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 48; Killias/Wiget, CHK OR, Art. 141, N. 7. Feragatin süresi esas olarak borçlunun iradesine göre belirlenecek olmakla birlikte, tek taraflı feragat beyanının kapsamı, güven prensibi temelinde alacaklının bu beyana vereceği anlama göre belirlenir (Erdem, Zamaşımı, s. 385).

¹¹² Müller, s. 291; Erdem, Zamaşımı, s. 385. Ayrıca bkz. Karaşahin, ZBJV, s. 735.

düşüncesinden hareket edilmektedir. Aksi halde alacaklının, borçludan edimin ifasını herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın isteyebilmesinin yolu açılmış olurdu.¹¹³ Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi yukarıda belirtilen ilke kararında, zamanaşımından feragat ile zamanaşımı süresinin, OR Art. 127'ye (TBK m. 146) göre en fazla on yıl için uzayabileceği tespitinde bulunmuştur.¹¹⁴ Bu karara göre, somut durumda geçerli olan zamanaşımı süresinden bağımsız olarak, on yıldan daha fazla bir süre için zamanaşımından feragat edilemez.¹¹⁵ Feragat edilen sürenin TBK m. 146'da öngörülen on yıllık genel zamanaşımı süresinden uzun olamayacağı, doktrindeki genel kabulü yansıtmaktadır.¹¹⁶ İsviçre kanun koyucusu, 15 Haziran 2018 tarihli kanunla yapılan zamanaşımı hukuku revizyonu ile Federal Mahkeme kararlarında ve doktrinde benimsenen görüşü takip ederek söz konusu on yıllık süre sınırını kanun hükmü haline getirmiştir. Gerçekten OR Art. 141/1'in değiştirilen ifadesine göre borçlu, her defasında en fazla on yıl için zamanaşımından feragat edebilir.^{117 118}

¹¹³ Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 3a; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 47.

¹¹⁴ BGE 132 III 226 (Buna ilişkin olarak bkz. Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 148, Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 47. Ayrıca bkz. Fellmann, HAVE, s. 149). Bu yöndeki diğer Federal Mahkeme kararları için bkz. BGER 9C_855/2010, 8.2.2011, E. 3.5.2 (<https://www.servat.unibe.ch>, Erişim Tarihi: 11.06.2022). BGER 9C_104/2007, 20.8.2007, E. 8.2.1; BGER 4A_707/2012, 28.5.2013, E. 7.4.2 (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 11.06.2022).

¹¹⁵ Huguenin, s. 689, N. 2261.

¹¹⁶ Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 3a; Huguenin, s. 689, N. 2261; Killias/Wiget, CHK OR, Art. 141, N. 7; Erdem, Zamanaşımı, s. 385; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 1072; Paksoy, s. 91; Çetiner/Furrer/Müller-Chen, N. 1722; Kaşak/Ganbari, s. 116. Bu yönde bkz. Kılıçoğlu, s. 1145; Nomer, s. 467, N. 212.18. Ayrıca bkz. İpek İşleten, s. 210 vd.

¹¹⁷ Ayrıca bkz. Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 148; Huguenin, s. 689, N. 2261; Fellmann, ZBJV, s. 222.

¹¹⁸ Belirtelim ki, İsviçre Federal Mahkemesi'ne ve doktrindeki baskın görüşe göre, OR'un üçüncü bölümü (TBK'nın üçüncü bölümünün ikinci ayırımı) dışındaki süreler bakımından da uzama süresi OR Art. 127'de (TBK m. 146) öngörülen on yıllık süreyi aşamaz (Koller, OR AT, s. 1247, N. 71.31; Schwenger, s. 539, N. 84.12; Däppen, BSK OR, Art. 129, N. 3; Koller, ZBJV, s. 699; Huguenin, s. 687, N. 2256; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 1071; Oğuzman/Öz, s. 628; Eren/Dönmez, s. 2647; Reisoğlu, s. 436; Erdem, Zamanaşımı, s. 374; Tutumlu, s. 341; Özkaya, s. 198. Aynı yönde bkz. Paksoy, s. 99. Bu yöndeki Federal Mahkeme kararları için bkz. BGE 99 II 185, BGER 4A_221/2010, 12.01.2012, E. 3, <https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 03.06.2022). Buna karşılık bir başka görüşe göre zamanaşımı süresinin on yıllık süreyi aşması mümkündür. Bu görüş, burada de lege ferenda bir üst süre öngörülmesi gerektiğini kabul etmekle birlikte, açık bir kanuni dayanak bulun-

İsviçre hukukunda kanun hükmüyle, hukukumuzda ise doktrinde benimsenen on yıllık azami feragat süresi, zamanaşımına uğramayan bir alacak yaratılmamasını güvence altına alarak hukuk güvenliğinin sağlanmasına katkıda bulunur. İrade serbestisinin bu şekilde sınırlandırılması ile borçlunun zamanaşımından aşırı bir süre için feragat etmesi engellenmiş olur. Böylece söz konusu süre sınırlaması her şeyden önce, borçluyu kapsamını bilemeyeceği aşırı bir yükümlülüğe karşı korur.¹¹⁹ On yıldan fazla bir süre için veya süresiz olarak yapılan bir feragat beyanı, içeriği değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kuralı gereği (TBK m. 27/2, OR Art. 20/2) on yıl için geçerli kabul edilir.¹²⁰

Zamanaşımından feragat bakımından kabul edilen on yıllık azami süre, sadece ilgili feragat beyanı için söz konusu olup, borçlunun daha sonra başka bir feragat beyanında bulunmasını engellemez. Borçlu, daha sonra aynı alacak için - yine en fazla on yıl süreyle - başka bir feragat beyanında da bulunabilir. Başka bir ifadeyle zamanaşımından feragat, en fazla on yıllık periyotlarla bir veya birden fazla kez yinelebilir.¹²¹ Böylece borçlu, ilk feragat beyanının etkisini her seferinde en

madığından, bunun de lege lata şüpheli görüldüğünü belirtmektedir. Buna göre, süre uzatımının uygun bir biçimde sınırlandırılması de lege lata sadece, irade serbestisini sınırlandıran genel kurallara, bu anlamda kişilik hakkının aşırı bir bağlılığa karşı korunmasına ilişkin TMK m. 23/2'ye (ZGB Art. 27/2) göre mümkündür (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 129, N. 85 vd. Yine, söz konusu on yıllık sınırlamanın ikna edici olmadığı, TBK m. 146' da (OR Art. 127) öngörülen olağan zamanaşımı süresinin de sonradan yapılacak bir feragat ile uzatılabileceği, bu nedenle buradaki tek sınırlamanın TMK m. 23 (ZGB Art. 27) kapsamında olabileceğine ilişkin aynı yöndeki görüş için bkz. Berger, s. 485, N. 1451).

¹¹⁹ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 49.

¹²⁰ Huguenin, s. 689, N. 2261; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3382-3383; Müller, s. 292; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 149; Fellmann, HAVE, s. 162; Erdem, Zamanaşımı, s. 385; Paksoy, s. 91; Kaşak/Ganbari, s. 114. Ayrıca bkz. BBl 2014, 235, 262. Böyle bir feragatin istisnai hallerde TBK m. 27/2, c. 2 gereği bütünüyle geçersiz sayılması da mümkündür (Erdem, Zamanaşımı, s. 385-386).

Zamanaşımı hukukuna ilişkin söz konusu revizyondan önce verdiği bir kararda İsviçre Federal Mahkemesi, süresiz feragatin akibetini kısmi hükümsüzlük (OR Art. 20/2) kapsamında değerlendirmeyip, bu halde bir boşluğun olduğundan hareket etmiştir. Buna göre, bu boşluğun doldurulmasında hâkim ilk olarak yedek hukuk kurallarından yararlanacağından, somut durumda söz konusu olan boşluk OR Art. 127'ye (TBK m. 146) dayanılarak doldurulmalıdır. Dolayısıyla zamanaşımından on yıl için feragat edilebilir (BGer 9C_855/2010, 8.2.2010. Karar için bkz. Fellmann, HAVE, s. 162; Müller, s. 292, dn. 36. Bu kararla aynı yönde bkz. Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 48).

¹²¹ Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 3382; Huguenin, s. 689, N. 2261; Fell-

fazla on yıl için uzatabilir. Hukukumuzda fiili zamanaşımı süresi sınırlandırılmış olmadığından, feragatin etkisinin bu şekilde uzatılabilmesi hukuka uygundur. Nitekim alacaklı da zamanaşımını kesen sınırsız sayıda fiille (TBK m. 154/1, b. 2, OR 135/1, b. 2) zamanaşımı süresini istediği kadar uzatabilmektedir.¹²²

Zamanaşımından feragat edilebilecek üst sürenin on yıl olarak kabul edilmesi, alacağın tâbi olduğu zamanaşımı süresinin daha kısa olması halinde, TBK m. 148’de öngörülen sürelerin değiştirilemeyeceğine ilişkin kurala aykırı bir durumun doğup doğmayacağı konusunda bir tereddüt yaratabilir. Nitekim doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, zamanaşımı süresi TBK m. 148’e göre değiştirilebilir nitelikte değil ise, feragat en fazla söz konusu zamanaşımı süresi için kararlaştırılabilir. Buna göre, söz gelimi TBK m. 147’ye (OR Art. 128) göre beş yıllık zamanaşımı süresi söz konusu ise, zamanaşımından feragat ile zamanaşımının gerçekleşmesi en fazla beş yıl için geciktirilebilir. Zira aksi halde zamanaşımı beş yıldan on yıla uzatılmış olurdu ki bu, kapsamına giren sürelerin değiştirilemeyeceğini öngören TBK m. 148 (OR Art. 129) hükmüne aykırı düşerdi.¹²³ Buna karşılık bir diğer görüşe göre TBK m. 148 (OR Art. 129), kanunda öngörülmüş olması halinde, değiştirilemeyen zamanaşımı sürelerinin alacağın doğumundan sonra uzayabileceğine ilişkin yoruma engel değildir. Bu anlamda TBK m. 156/2 açıkça, borcun bir senetle ikrar edilmiş olması hâlinde yeni sürenin, tâbi olunan zamanaşımı süresinin daha kısa olup olmamasından bağımsız olarak her zaman on yıl olacağını öngörmektedir. TBK m. 148, TBK m. 156/2’nin uygulanmasına engel değildir. Burada söz konusu olan hukuki durum da bundan farklı değildir. Sürenin fiilen uzaması TBK m. 160’a göre geçerli ise, TBK m. 148 hükmü zamanaşımından feragate engel oluşturmaz.¹²⁴ Yine bu

mann, ZBJV, s. 222; Krauskopf, s. 47; Fellmann, HAVE, s. 154; Müller, s. 292; Paksoy, s. 91-92; Sarıkaya, s. 1213. Ayrıca bkz. BBl 2014, 235, 262.

¹²² Müller, s. 292; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 49.

¹²³ Kardeşin, ZBJV, s. 748. Ayrıca bkz. Koller, ZBJV, s. 702.

¹²⁴ Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 51. Yine bu kapsamda, revizyonla değiştirilen OR Art. 141’in lafzının da ilk görüş aleyhine olduğu belirtilmektedir. Zira OR Art. 141, değiştirilebilen ve değiştirilemeyen zamanaşımı süreleri bakımından herhangi bir ayırım yapmamaktadır. Dolayısıyla hükümde öngörülen on yıllık üst süre, tüm zamanaşımı süreleri için geçerlidir (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 51).

V. ZAMANAŞIMINDAN FERAGATİN ŞEKLİ

TBK m. 160, zamanaşımından feragat bakımından bir şekil şartı öngörmemektedir. Bu nedenle, borçlar hukukunda geçerli şekil serbestisi ilkesi feragat beyanı bakımından da geçerlidir. Doktrinde de asıl sözleşme şekle tâbi olsa dahi, zamanaşımından feragat beyanı bakımından herhangi bir şekil zorunluluğunun bulunmadığı görüşü hâkimdir.¹²⁹ Buna göre, örtülü bir irade beyanıyla¹³⁰ veya kanaat verici davranış yoluyla¹³¹ dahi zamanaşımından feragat edilebilmesi mümkündür.¹³² Öyle olmakla birlikte doktrinde, feragat beyanının örtülü

¹²⁹ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1587b; Kocayusufpaşaoğlu, s. 50; Erdem, Zamanaşımı, s. 384; Paksoy, s. 60; Özkaya, s. 199; Akçay, s. 159-160.

¹³⁰ Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 5; Killias/Wiget, CHK OR, Art. 141, N. 8; Koller, OR AT, s. 1244, N. 71.21; Reisoğlu, s. 436; Tutumlu, s. 342; Paksoy, s. 59; İnan/Yücel, s. 647; Bilgen, s. 173. Borçlunun, zamanaşımına uğramış olduğunu bildiği bir borcu ikrar etmesi halinde zamanaşımı definden örtülü olarak feragat etmiş sayılacağına ilişkin olarak bkz. Paksoy, s. 61; Reisoğlu, s. 436. Bu yönde bkz. Yarg. HGK, 18.12.2002, E. 2002/15-1061, K. 2002/1070 (Bilgen, s. 176 vd.).

¹³¹ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N. 1587b; Erdem, Zamanaşımı, s. 384.

¹³² Belirtelim ki, zamanaşımından feragatin bir sözleşmeyi gerektirip gerektirmediği, bu anlamda tek taraflı, varması gerekli bir beyanla da yapılar yapılamayacağı doktrinde tartışmalıdır. İsviçre doktrinindeki baskın görüş, feragatin ancak alacaklı ve borçlu arasında yapılacak bir sözleşmeyle mümkün olabileceğini savunmaktadır (Koller, ZBJV, s. 695; Fellmann, HAVE, s. 159; Koller, OR AT, s. 1244, N. 71.19; Müller, s. 289. Bunun isimsiz bir sözleşme olduğu yönünde bkz. Müller, s. 289; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 62). Bu görüş kapsamında, zamanaşımından feragat alacaklıya sadece bir yarar sağladığından, onun borçlunun feragate ilişkin önerisini susarak geçirmesinin TBK m. 6 (OR Art. 6) gereği kabul anlamını taşıyacağı belirtilmektedir. Başka bir ifadeyle, borçlu kendiliğinden bir feragat beyanında bulunmuş olsa bile bu, alacaklının açık kabulü gerekmediğinden feragat sözleşmesi olarak geçerli olur (Müller, s. 290; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 63; Koller, OR AT, s. 1244, N. 71.20). Yine bu kapsamda doktrinde, bu konudaki tartışmanın pratik bir öneminin bulunmadığı, zira zamanaşımından feragatin zaten çoğu zaman bir sözleşmeyle gerçekleşeceği belirtilmektedir (Koller, ZBJV, s. 695). Gerçekte borçlu, alacaklıdan gelen öneriye davet biçimindeki bir talep üzerine hareket eder. Yoksa kendiliğinden bir feragat beyanında bulunmaz (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 63; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 150. Ayrıca bkz. Fellmann, HAVE, s. 159; Koller, OR AT, s. 1244, N. 71.20; Paksoy, s. 14). Alacaklının öneriye davet biçimindeki talebi üzerine borçlu feragat etmeyi önerir. Alacaklının da bu öneriyi kabul etmesi üzerine zamanaşımından feragat anlaşması gerçekleşmiş olur (Müller, s. 290).

Bizim de isabetli bulduğumuz bir diğer görüşe göre zamanaşımından feragat, bir sözleşmeyle yapılabileceği gibi, borçlunun tek taraflı, varması gerekli irade beyanıyla da yapılabilmelidir (Kocayusufpaşaoğlu, s. 50; Erdem, Zamanaşımı, s. 385; İnan/Yücel, s. 647; Paksoy, s. 59; Günay, s. 195). Bu yönde bkz. BGE 99 II 185, E. 2b (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi: 25.06.2022). Yarg. 10. HD, 03.06.2021, E. 2021/4770, 2021/7625; Yarg. 9. HD, 03.03.2021, E. 2021/1640, K. 2021/5481

olarak gerçekleştiğinin kabulü sıkı koşullara bağlanmakta, borçlunun bu yöndeki iradesinin açık olması gerektiği belirtilmektedir. Söz geli mi böyle bir feragat, güvence verilmesi halinde söz konusu olabilir.¹³³

01.01.2020 tarihinde yürürlüğe giren kanun değişikliğinden önce İsviçre hukukundaki baskın görüş de kanun özel bir şekil öngörmediği için, feragat beyanının herhangi bir şekle tâbi olmadığı yönündeydi.¹³⁴ Söz konusu revizyonla birlikte, zamanaşımından feragatin yazılı şekilde yapılması zorunluluğu getirilmiştir.¹³⁵ Bununla adi yazılı şekil kastedilmekte olup,¹³⁶ OR Art. 13 (TBK m. 14) gereği borç altına giren kişilerin imzasının bulunması gerekir. Dolayısıyla feragat beyanı, kural olarak feragat eden borçlu veya onun temsilcisi tarafından el yazısıyla

(<https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 27.06.2022). Yarg. HGK, 23.2.2000, E. 2000/15-71, K. 2000/116 (Günay, s. 196 vd.). Feragatin çoğu durumda alacaklı ve borçlunun anlaşması üzerine gerçekleşecek olması, özellikle borçlunun, feragat karşılığında alacaklıdan bir karşı edim istediği hallerde sözleşme niteliğinin bir zorunluluk taşıması (Müller, s. 289; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 62) bu sonucu değiştirmez. Yine, burada bir sözleşmenin varlığından hareket edilmesi halinde, sözleşme hukukunda geçerli yorum kurallarının (bu kapsamda güven prensibinin) uygulanmasına da imkân tanınmış olacağına ilişkin düşünce (Fellmann, HAVE, s. 159; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 62), zamanaşımından feragatin mutlaka bir sözleşmeyi gerektirdiği görüşünün benimsenmesini gerektirmez. Zira güven prensibi, yöneltilmesi gerekli tüm irade beyanları bakımından uygulama alanı bulabilecek bir ilkedir (Kocayusufpaşaoğlu, s. 132 vd.). Dolayısıyla zamanaşımından feragatin tek taraflı bir beyanla (bu beyanın yöneltilmesi gerektiği açıktır) yapılması halinde de bu iradenin yorumlanmasında güven prensibi uygulama alanı bulabilir (Ayrıca bkz. Paksoy, s. 59. Feragat beyanının güven prensibine göre yorumlanacağı yönünde ayrıca bkz. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 3383). Borçlunun, zamanaşımı gerçekleşmeden önce sadece sözleşmeyle, zamanaşımı gerçekleştikten sonra ise tek taraflı bir hukuki işlemle de zamanaşımından feragat edebileceği yönündeki görüş için bkz. Kardeşahin, ZBJV, s. 739.

¹³³ Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 5. Kısmi ödeme bakımından yapılan değerlendirmeye aynı görüşte bkz. Koller, OR AT, s. 1244, N. 71.21. Ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, s. 647.

¹³⁴ Huguenin, s. 691, N. 2265; Däppen, BSK OR, Art. 141, N. 5; Koller, OR AT, s. 1244, N. 71.21.

¹³⁵ Söz konusu şekil zorunluluğunun, borçlunun yargılama sırasında sırf zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat etmesine engel olmadığı, önceden olduğu gibi herhangi bir şekle bağlı olmadan, sadece pasif kalmak suretiyle böyle bir feragatin yapılmasının mümkün olduğu, hâkimin yeni düzende de zamanaşımını kendiliğinden göz önünde bulunduramayacağına ilişkin olarak bkz. Müller, s. 292.

¹³⁶ Zamanaşımından feragate ilişkin alacağın doğumu özel bir şekli gerektirse de (resmi şekil gibi) adi yazılı şekil yeterlidir (Müller, s. 292; Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 56. Ayrıca bkz. Kardeşahin, ZBJV, s. 750).

imzalanmalıdır (OR Art. 14, TBK m. 15).¹³⁷ Kanunun feragat beyanına ilişkin bir yazılı şekil zorunluluğu öngörmesi, başta hukuk güvenliğini sağlaması, ispat kolaylığı sunması ve borçluyu aceleyle bir feragat beyanında bulunmaya karşı koruması bakımından haklı görülebilirse de hükmün amacına uygun olmayan bazı sonuçların doğmasına yol açabilir. Nitekim İsviçre hukukunda böyle bir yazılı şekil zorunluluğunun öngörülmesi, doktrinde bazı yönlerden eleştiriye maruz kalmıştır. Bunların başında, feragat beyanının kanuni şekle uygun olarak yapılmadığı hallerin çoğunda, şekle aykırılık iddiasında bulunulmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağı ve hâkimin her defasında hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını incelemek zorunda kalacak olması gelmektedir. Bu haklı eleştirinin yanı sıra, herhangi bir şekil zorunluluğu olmaksızın borcu tanımakla zamanaşımını kolayca kesebilen borçlunun, şekil zorunluluğuna uymadan feragat beyanında bulunamaması tutarsız bulunmaktadır. Kaldı ki söz konusu şekil zorunluluğunun, İsviçre Federal Mahkemesi'nin feragatin örtülü irade beyanıyla da yapılabileceğine ilişkin güncel kararlarıyla da uyumlu olmadığına dikkat çekilmektedir. Söz konusu nedenlerle, feragat beyanının geçersizliği sonucunu doğuran böyle bir şekil zorunluluğunun öngörülmesinin anlam ve amacı şüpheli bulunmaktadır.¹³⁸ Bu nedenle doktrinde, özellikle hukuki işlemin sadece ispat amacına hizmet ettiği hallerde, şekle aykırılığın mutlaka hukuki işlemin geçersizliğine yol açmayacağına kabul edilmesinin bu konuda bir çözüm sunabileceği belirtilmektedir. Buna göre buradaki sorun esasen, yazılı şeklin bulunmamasının gerçekte hukuk güvenliğine mi, yoksa sadece böyle bir feragatin ispatı olanağına mı aykırı olduğuna ilişkin bir yorum sorunu olarak ele alınmalıdır.¹³⁹

Zamanaşımından feragatin yazılı şekle tâbi kılınmasına yöneltelen söz konusu eleştiriler bizce de yerinde ve haklı eleştirilerdir. Böyle bir

¹³⁷ Fellmann, ZBJV, s. 222-23; Müller, s. 292; Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N. 3382a; Koller, ZBJV, s. 696; Fellmann, HAVE, s. 154; Wildhaber/Dede, Verzicht, s. 149-150. Feragatin, yazılı beyanın alacaklıya ulaşmasıyla etkisini doğuracağına ilişkin olarak bkz. Koller, ZBJV, s. 696.

¹³⁸ Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı'nda, zamanaşımından feragat bakımından yazılı şekil koşulu öngörmekten vazgeçilmiştir. Alman hukukunda da feragat beyanı bir şekle tâbi olmayıp, örtülü olarak dahi yapılabilmektedir (Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 60).

¹³⁹ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Wildhaber/Dede, Berner Kommentar OR, Art. 141, N. 58 vd. Bu yönde bkz. Karaşahin, ZBJV, s. 750-751.

şekil zorunluluğu öngörölmesi, bununla korunmak istenen menfaatin ötesine geçerek hükmün amacıyla bağdaşmayan sonuçlara yol açabilir. Feragat beyanının örtülü irade beyanıyla dahi yapılabileceğine ilişkin yerleşik doktriner görüşün ve uygulamanın terk edilmesi bu nedenle isabetli değıldir. Bu anlamda, zamaşıımından feragat bakımından şekil serbestisinin geçerli olduğu hukukumuzdaki durum, zamaşıımı hukuku revizyonuyla yazılı şekil zorunluluğunu benimseyen İsviçre hukukundaki duruma nazaran daha isabetlidir. Zamaşıımından feragat bakımından öngörülebilecek olası bir şekil koşulu, ispat şeklinin ötesine geçmemelidir.

SONUÇ

İsviçre hukukundan farklı olarak hukukumuzda zamaşıımından feragatin, daha çok zamaşıımı süresinin dolmasından sonra gündeme gelebilecek bir kurum olarak ele alındığı görölmektedir. Hâlbuki zamaşıımı süresinin işlediği dönemde zamaşıımından feragat edilmesi, zamaşıımı süresinin kesilmesiyle ulaşılmak istenen amacı, üstelik bu yolun yaratabileceği sakıncalarla karşılaşmaksızın sağlayabilen alternatif bir hukuki imkân sunabilir. Böylece, zamaşıımı süresi kesilmeksizin bu sürenin - kararlaştırılan süre kadar - uzamasına imkân veren zamaşıımından feragat, özellikle aralarında uzlaşma görüşmeleri bulunan tarafların tercih edebileceği bir yöntem olarak belirir. Ülkemizde, bu gibi hallerde zamaşıımından feragat imkânına başvurulması yönünde yerleşik bir uygulamanın olmaması, hukukumuzda zamaşıımı süresi dolmadan önce zamaşıımından feragat edilemeyeceği düşüncesinin daha etkili olmasına bağlanabilir. Doktrinde, bu düşüncenin temelinde yatan nedenin, zamaşıımına ilişkin hükümlerin kamu düzeniyle ilişkilendirilmesi olduğu kabul edilmektedir. Hâlbuki son dönemde, zamaşıımına ilişkin hükümlerin, bu anlamda zamaşıımından feragatin doğrudan doğruya kamu düzeni veya yararı ile temellendirilemeyeceği, bu hükümlerin öncelikli olarak borçlunun hukuki yararını korumaya yönelik hükümler olduğu görüşünün ağırlık kazandığı görölmektedir. Böylece, zamaşıımına ilişkin hükümlerin esasında kamu yararına hizmet eden hükümler olmadığı tespit edildiğinde, bu alanda taraf iradelerini sınırlandıran hükümler de sorgulanmaya muhtaç hale gelmektedir. Olumlu yönde olduğunu düşündüğümüz bu yeni eğilim esas alındığında, zamaşıımı alanın-

da taraf iradesini sınırlandıran hükümlerin mümkün olduğunca dar yorumlanması gerekmektedir. Bu anlamda, her şeyden önce TBK m. 160/1 hükmünün (önceden feragat yasağının), sadece alacağın doğduğu anı veya öncesini kapsamına alacak şekilde dar yorumlanması ve zamanaşımı süresi dolmadan önce (henüz işlerken) de zamanaşımından feragat edilebilmesine imkân tanınması gerekir. Kanunun zamanaşımına ilişkin hükümleri, tarafların güncel ihtiyaçlarına cevap verecek ve zamanaşımından feragati işlevsel kılacak biçimde yorumlanmalıdır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akçay Ergin, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 2, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Becker Hermann, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183, Stämpfli Verlag, Bern, 1945.
- Berger Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2018.
- Berti Stephen V., ZK-Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,
- Das Erlöschen der Obligationen, Art. 127-142 OR, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, 2002.
- Bilgen Mahmut, Özel Hukukta Zamanaşımı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil ohne Delikt-recht, Schulthess Verlag, Zürich, 1988. (OR AT)
- Çetiner Bilgehan/Furrer Andreas/Müller-Chen Markus, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Çukadar Neslihan, Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Däppen Robert K., Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015.
- Erdem Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010. (Zamanaşımı)
- Erdem Mehmet, İstanbul Şerhi - Türk Borçlar Kanunu, C. 2, 3 (Madde 83-206), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019. (İstanbul Şerhi)
- Eren Fikret/Dönmez Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. III (m. 83-206), Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Gauch Peter/Schlupep Walter R./Schmid Jörg/Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Schulthess Verlag, Zürich, 2020.

- Guhl Theo/Koller Alfred/Schnyder Anton K./Druey Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, 2000.
- Günay Erhan, Alacaklarda Zamaşıımı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Huguenin Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, 2019.
- İnan Ali Naim/Yücel Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Karaşahin Yasin Alperen, Parteiautonomie im Verjährungsrecht, Schulthess Verlag, Zürich, 2017. (Parteiautonomie)
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- Killias Laurent/Wiget Matthias, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Kocayusufoşaoglu Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem - Sözleşme, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2017. (OR AT)
- Krauskopf Frédéric, "Neues Verjährungsrecht: Merkpunkte für das Bauen", Schweizerische Baurechtstagung 2019, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg, 2019.
- Nomer Halık N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- Özkaya Eraslan, Özel Hukukumuzda Zamaşıımı ve Hak Düşürücü Süreler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Paksoy Meliha Sermin, Zamaşıımından Feragat (TBK 160), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Reisoğlu Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 2016.
- Şenyüz Doğan, Borçlar Hukuku (Genel ve Özel Hükümler), 8. baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2016.
- Tekinay Selâhattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Hâluk/Altıp Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Tercier Pierre/Pichonnaz Pascal/Develioğlu H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Tutumlu Mehmet Akif, Türk Borçlar Hukukunda Zamaşıımı ve Uygulaması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Wildhaber Isabelle/Dede Sevda, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen - Verjährung Art. 127-142 OR, Stämpfli Verlag, Bern, 2021. (Berner Kommentar)

Makaleler

- Bucher Eugen, "Verjährung: gute Schritte in guter Richtung - Bemerkungen aus Anlass von BGE 132 III 226-241 (4C.296/2005)", *Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (recht)*, 2006. (gute Schritte) (s. 186-197)
- Fellmann Walter, "Das neue Verjährungsrecht", *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, 156/2020. (ZBJV) (s. 201-226)
- Fellmann Walter, "Die Verjährung Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht", HAVE, Zürich, 2018. (HAVE) (s. 141-165)
- Gauch Peter, "Verjährungsverzicht: Ein Entscheid des Bundesgerichts (BGE 132 III 226) und was davon zu halten ist", *Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ)*, 102/2006. (s. 533-540)
- İpek İşleten Mehtap, "Zamanaşımından Feragat", Türk Medeni Hukuk Reformunun 95. Yılı
- Sempozyumu (4 Ekim 2021), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Karaşahin Yasin Alperen, "Verjährungsverzicht und Vereinbarungen über die Dauer von Verjährungsfristen nach der Revision des Verjährungsrechts", *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, 155/2019. (ZBJV) (s. 731-756)
- Karaşahin Yasin Alperen, "19. Yüzyıl Müsterek Hukuk Doktrininden Günümüze Zamanaşımı Alanında İrade Serbestisi Hakkında Görüşler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, 69 (2), 2020. (İrade Serbestisi) (s. 501-540)
- Kaşak Esra/Ganbari Muhammed Kiomers, "İsviçre Borçlar ve Ticaret Hukukunda Zamanaşımı Revizyonu", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIV, S. 1, 2020. (s. 93-126)
- Koller Alfred, "Verjährungsverzicht und Verjährungsverlängerung", *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, 157, 2021. (ZBJV) (s. 691-704)
- Koller Alfred, "Dispositives und zwingendes Verjährungsrecht - Zur Tragweite von Art. 129 und 141 Abs. 1 OR", *Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ)*, 103/2007. (SJZ) (s. 193-197)
- Meriç Nedim, "Zamanaşımı Def'ine İlişkin Bazı Medeni Yargılama Hukuku Meseleleri", Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009. (s. 679-704)
- Müller Christoph, "Verjährungsverzicht: 13 praxisrelevante Fragen unter dem neuen Recht", *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, 2020 (s. 288-295)
- Sarıkaya Murat, "İsviçre Borçlar Hukuku'nda Zamanaşımına İlişkin 1 Ocak 2020 Yürürlük Tarihi Değişiklikler ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri: Özellikle Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararlarda Düzenleme İhtiyacı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 2, Aralık 2020. (s. 1203-1219) Tok Ozan, "Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 21, S. 1, 2015. (s. 239-260)
- Wildhaber Isabelle/Dede Sevda, "Verzicht auf die Verjährungseinrede", Das neue

Verjahrungsrecht, Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern, Walter Fellmann (Hrsg.),
Stampfli Verlag, Bern, 2019. (Verzicht) (s. 135-155)

İnternet Kaynakları

<https://www.fedlex.admin.ch>.

<https://www.bger.ch>.

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

<https://www.servat.unibe.ch>.

İSVİÇRE VE AMERİKAN HUKUKUYLA KARŞILAŞTIRMALI OLARAK YOLDA VE EĞİTİMDE GEÇEN SÜRELERİN ÇALIŞMA SÜRESİYLE İLİŞKİSİ

THE RELATIONSHIP BETWEEN TRAVEL TIME, TIME SPENT IN
TRAINING PROGRAMS AND WORKING TIME: A COMPARATIVE
ANALYSIS OF TURKISH, SWISS AND AMERICAN LAW

Artür KARADEMİR*

Özet: 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca işçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilme-ri halinde yolda geçen süreler günlük çalışma süresinden sayılır. İş Kanunu'nun bu süreleri günlük çalışma süresiyle sınırlandırmış olması nedeniyle işçinin ertesi gün başka bir şehirde olmak üzere seyahat ettiği durumlarda, yolda geçirilen sürelerin niteliğine ilişkin öğretide fikir birliği bulunmamaktadır. Bu çalışmada, işçinin ertesi gün iş görmek üzere yola çıktığı hallerde geçen sürelerin de çalışma süresine dâhil olması gerektiği savunulmuştur. İş Kanunu'nda, bu çalışmada ele alındığı biçimiyle yolda geçen sürelerle ilişkin açık bir hükmün bulunmaması ve yolda geçen sürelerin niteliği hususunda tartışmaların bulunması nedeniyle konuya ilişkin bağımlılık unsurundan hareket eden öneriler sunulmaya çalışılmıştır. Bu yapılırken, İsviçre ve Amerikan hukukundaki düzenlemelerden yararlanılmıştır. Aynı şekilde, işçinin üretime dayalı bir çalışma yapmaksızın eğitimde geçirdiği sürelerin niteliğine ilişkin de kanunda açık bir düzenlemenin bulunmadığı nazara alınarak, yolda geçen sürelerle ilişkin yapılan değerlendirmelerde olduğu gibi, İsviçre ve Amerikan hukukunda benimsenen ilkelere yol gösterici olabileceği ve neticede meselenin yine bağımlılık unsuru perspektifinden düşünülmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Çalışma Süresi, Ertesi Güne Sarkan İş Seyahatinde Geçen Süreler, Üretime Dayanmayan Çalışmalarda Geçen Süreler, Bağımlılık Unsuru

Abstract: According to the Labor Code No. 4857, in cases where the employees are sent to perform their duties at places other than the original workplace, the travel time spent by the them

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Esenyurt Üniversitesi İşletme ve Yönetim Bilimleri Fakültesi İngilizce İşletme Bölümü, arturkarademir@esenyurt.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2933-4106, Makalenin Gönderim Tarihi: 11.04.2022, Kabul Tarihi: 22.08.2022

are regarded as working time. However, since the Labor Code limits these time periods to daily assignments, there is a scholarly debate with respect to whether the time spent while traveling to another city to perform those duties that start the next day shall fall under the concept of working time. In this study, it is argued that the aforementioned time should also be included in the working time. Specifically, considering that there is no clear provision regarding the nature of such times in the Labor Code and that the issue is contentious, solution proposals based on the legal subordination have been presented by referring to the Swiss and American Law. In the same way, in this study, considering that there is no clear and all-encompassing provision in the Labor Code regarding the nature of the time spent by the employees in lectures and training programs without conducting any productive work, it is claimed that the principles adopted in Swiss and American Law, as in the evaluations of the time spent while traveling, can be guiding for Turkish Law. Ultimately, it is contended in this study that the issue should be approached from the perspective of legal subordination when elaborating on whether the time spent in lectures and training programs shall fall within the scope of the concept of working time.

Keywords: Working Time, Travel away from Home Community, Non-Productive Hours of Work, Legal Subordination

GİRİŞ

Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü'nün (OECD) verilerine göre Türkiye OECD ülkeleri arasında en yüksek haftalık ortalama çalışma süresine sahip ülkelerden birisidir.¹ Nitekim Türk iş hukuku uygulamasında da çalışma süresi işçilerin en fazla talepte bulunduğu konular arasında yer almaktadır.² Sonuçta, bir çalışmanın fazla çalışma ücretine konu edilebilmesi, öncelikle o sürenin çalışma süresinden sayılmasına bağlıdır.³ Belirtelim ki, çalışma süresi sadece fazla çalışma ücreti açısından değil, işçinin ruhsal ve bedensel bütünlüğünün korunması açısından da kanun koyucunun müdahalesine konu edilmiş

¹ Bkz. https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=AVE_HRS, erişim tarihi: 30.03.2022.

² Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 1205; Ali Cengiz Köseoğlu, "10. Yılında 4857 sayılı İş Kanunu'nun İşin Düzenlenmesi Yönünden Genel Bir Değerlendirmesi", 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu Sempozyumu, 26-27 Nisan 2013, ed. Ali Cengiz Köseoğlu, İstanbul, 2016, s. 309.

³ Ali Cengiz Köseoğlu, "Eğitim Amaçlı Düzenlenen Toplantıların Fazla Çalışma Olarak Kabul Edilmemesi, Fazla Çalışma Süresinin Hesaplanması", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 13, 2009, s. 118.

ve bu kavram emredici düzenlemelerle desteklenmiştir.⁴ Buna karşılık, çalışma süresi kavramının önemine rağmen 4857 sayılı İş Kanunu'nun⁵ çalışma süresini düzenleyen hükümleri bu kavramı tanımlamadığı gibi uygulamada ortaya çıkabilecek bazı ihtimallere cevap vermekten de uzak kalmıştır. İşte, işçinin ertesi gün iş görmek üzere seyahat ettiği durumlarda yolda geçen süreler ile üretime dayalı bir çalışmaya dayanmayan eğitimde geçen sürelerin çalışma süresiyle ilişkisi de bu ihtimaller arasındadır.

İş Kanunu'nun 66. maddesi uyarınca işçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler günlük çalışma süresinden sayılmıştır. Öte yandan İş Kanunu'nda işçinin ertesi gün başka bir şehirde olmak üzere seyahat ettiği durumlarda, yolda geçirilen sürelerin çalışma süresiyle ilişkisine dair açık bir hükme rastlanmamaktadır. Benzer şekilde, her ne kadar İş Kanunu'nun 66. maddesinde işçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler günlük çalışma süresinden sayılmışsa da İş Kanunu'nda eğitimde geçirilen sürelerle dair herhangi bir hükme yer verilmemiştir.

Yukarıda belirtilen hususlar Türk hukukunun aksine İsviçre hukuku ile Amerikan hukukunda açık düzenlemelere konu edilmiştir. Şu durumda ve özellikle çalışma süresi kavramının üç hukuk sisteminde de paralel esaslara dayandığı dikkate alınarak, İsviçre ve Amerikan hukukundaki esaslar ile Türk hukuku karşılaştırılarak ertesi güne sarkan seyahat süreleri ile üretime dayalı bir çalışmaya dayanmayan eğitimde geçen sürelerin çalışma süresinden sayılabiliş sayılabileceğinin incelenmesinde fayda vardır.

⁴ Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 21. bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021; s. 799; Nurşen Caniklioğlu, "4857 sayılı Kanuna Göre Çalışma Süreleri ve Bunun İş Günlerine Bölünmesi", *Toprak İşveren Dergisi*, S. 66, 2005, s. 1; Ali Cengiz Köseoğlu/Sibel Kabul, "4857 sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXII, S. 2, s. 233; Köseoğlu, *İşin Düzenlenmesi*, s. 309; Muhittin Astarlı, *İş Hukukunda Çalışma Süreleri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 51-55; Feyzullah Uslu, "İş Hukuku ve İş Süreleri", *Adalet Dergisi*, Yıl 55, S. 3-4, 1964, s. 267.

⁵ RG 25134, 10.06.2003 T.

I. İSVİÇRE HUKUKU AÇISINDAN YOLDA VE EĞİTİMDE GEÇEN SÜRELERİN ÇALIŞMA SÜRESİYLE İLİŞKİSİ

A. Çalışma Süresi Kavramı

İsviçre iş hukukunda çalışma sürelerini düzenleyen Endüstri, Zanaat ve Ticarete Çalışmaya Dair Federal Kanun'un⁶ ("İsviçre İş Kanunu") 3. bölümü "çalışma ve dinlenme süresi" başlığını taşımaktadır. Bu bölümde sırasıyla, haftalık en çok çalışma saatleri (m. 9), gündüz ve akşam çalışmaları (m. 10), telafi çalışmaları (m. 11), fazla çalışmalar (m. 12-13), dinlenme süreleri (m. 15-15a, 21-22), gece çalışmaları (m. 16-17e), Pazar günü yapılan çalışmalar (m. 18-20), genel tatil ve dini bayramlar (m. 20a), postalar halinde çalışmalar (m. 24-25) ile çocuk işçilerin çalışma sürelerine (m. 29-31) ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. İsviçre İş Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca, yukarıda sayılan düzenlemeler, aynı Kanun'un 2. ila 4. maddeleri arasında sayılan istisnalar dışında tüm kamu ve özel sektör işyerlerine uygulanır.⁷

İsviçre İş Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan hususlara benzer meseleleri düzenlemekle birlikte, yine 4857 sayılı İş Kanunu'nda olduğu gibi "çalışma süresi" kavramını tanımlamamıştır.⁸ Aynı şekilde, her iki kanunda da işçinin mesleki gelişimine katkı sağlayacak kurs, seminer, oryantasyon veya benzer isimler alabilecek eğitimlerde geçirilen sürelerin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağına yönelik bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Öte yandan, Türk iş hukuku rejiminden farklı olarak, İsviçre iş hukuku rejiminde, burada ele alındığı biçimiyle işçinin eğitimde geçirdiği sürelerin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağına ilişkin mesele İsviçre İş Kanunu Hakkında 1 Numaralı Yönetmelik'te⁹ çözüme kavuşturulmuştur.

⁶ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) (Vom 18. März 1964), AS 1966 57.

⁷ Öte yandan İsviçre İş Kanunu'nun 27. maddesine dayanan İsviçre İş Kanunu Hakkında 2 Numaralı Yönetmelik ile özellikle çalışma süreleri açısından, bazı işyerleri için çok sayıda istisna düzenlenmiştir.

⁸ İsviçre hukuku açısından bkz. Roland Müller, Was ist Arbeitszeit?, ZBJV, Heft Nr. 7-8, 2017, s. 456; Adrian von Kaenel, in: Geiser Thomas/von Kaenel Adrian/Wyler Rémy (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, Stämpfli Verlag, Bern 2005, Art. 9 N 5; Roger Rudolph/Adrian von Kaenel, "Aktuelle Fragen zur Arbeitszeit", AJP 2012 S. 197, s. 197.

⁹ Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) AS 2000 1581.

Yönetmelik'in "çalışma süresi kavramı" başlığını taşıyan 13. maddesi uyarınca, İsviçre İş Kanunu bağlamında "çalışma süresi", işçinin iş gücünü işverenin emrine tahsis ettiği zamanı ifade etmektedir (Yön. m.13/1). İşverenin otoritesi altında bulunulan zaman zarfının çalışma süresinden sayılması için işçinin fiilen iş görmesine gerek bulunmamaktadır.¹⁰ Dahası, çalışma süresi kavramı yalnızca sabit bir işyerinin dikkate alındığı mekânsal sınırlara hasredilemeyeceği gibi işverene ait araç gerecin kullanıldığı süreyle de sınırlandırılmamaktadır. Zira çalışma süresi, işçinin işyerinde veya işyeri dışında işverenin ihtiyaçları doğrultusunda hareket etmeye hazır olduğu ve kendi zamanı üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği bir zaman zarfına işaret etmektedir.¹¹ Örneğin işçinin iş seyahati yaptığı sırada elektronik postalarını kontrol etmek, okumak ve hatta bunlara cevap vermek zorunda olması halinde, seyahat süresinin çalışma süresinden sayılacağına şüphe duyulmamalıdır.¹² Ayrıca, İsviçre İş Kanunu'nun 15. maddesinin 2. fıkrası özel bir düzenleme öngörmektedir. Buna göre işçi, kendi zamanı üzerinde sınırlı biçimde tasarrufta bulunabileceği bir süreye sahip olsa da başka bir anlatımla, işçinin iş dışında başka bir şey yapabilme izin ve imkânı olsa bile, şayet görev yerini terk edemiyorsa, bu dinlenme süresi de çalışma süresinden sayılmaktadır.¹³

B. Yolda Geçen Sürelerin Çalışma Süresiyle İlişkisi

İsviçre İş Kanunu Hakkında 1 Numaralı Yönetmelik hükümleri uyarınca işten eve geliş ve evden işe gidişte geçen süreler kural olarak çalışma süresinden sayılmamaktadır (Yön. m. 13/1). Öte yandan, işçinin işini sabit olarak ifa ettiği bir işyeri varsa¹⁴ veya işin yapılacağı yer sözleşmede kararlaştırılmışsa,¹⁵ yurtiçinde olmak üzere, işçinin işe işyerinde başlaması yerine işin başka bir yerde gördürülmesi halinde, evden mutlak işyerine gidişlerde geçen yolculuk süresi ile işçinin

¹⁰ von Kaenel, Art. 9 N 5; Rudolph/von Kaenel, Aktuelle Fragen, s. 198.

¹¹ Rudolph/von Kaenel, Aktuelle Fragen, s. 198; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, in: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Schulthess Verlag, 7. Aufl., 2012, Art. 321, N 9.

¹² Thomas Geiser, "Kapitel 16 Arbeitsgesetz / II.-VII.", in: Portmann Wolfgang/von Kaenel Adrian (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Schulthess Verlag, 2018, s. 655.

¹³ Geiser, s.655.

¹⁴ Müller, Arbeitszeit, s. 470; von Kaenel, Art. 9 N 14.

¹⁵ Roger Rudolph/Adrian von Kaenel, "Fokus Arbeitsrecht: Aktuelle Fragen zur Arbeitszeit", TREX 2014 S. 166, s. 166

işyeri dışında başka bir yerde iş görmek üzere yolda geçirdiği süreler kıyaslanmalıdır. Bu halde, mutata işyerine gidişlere nazaran daha uzun süren seyahatin meydana getirdiği zaman farkı çalışma süresinden sayılmaktadır (Yön. m. 13/2).

Müşterinin bulunduğu yer neresi ise (sabit) işyerinin de orası sayılacağı sözleşmeyle kararlaştırılmaz. Zira böyle bir sözleşmesel kayıt, sabit bir işyerinin bulunması halinde uygulanma kabiliyetini haiz olan ve işçinin evden işyerine gidişlerinde geçen sürelerin çalışma süresinden sayılmayacağını, fakat diğer hallerde aradaki farkın dikkate alınmak zorunda olduğunu düzenleyen yönetmelik hükmünün hukuka aykırı biçimde dolanılması anlamına gelmektedir.¹⁶ Buna karşılık işçinin sabit bir işyeri yoksa müşterilere gidiş süresi daima çalışma süresinden sayılmaktadır.¹⁷

Yurtdışına yapılan iş seyahatlerinin çalışma süresi üzerindeki etkisi ise Yönetmelik'in 13. maddesinin 3^{bis}. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, İsviçre topraklarında geçirilen ve Yönetmelik'in 13. maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği biçimdeki gidiş ve dönüş süreleri çalışma süresinden sayılır (Yön. m. 13/3^{bis}). Başka bir ifadeyle, İsviçre topraklarında olmak üzere,¹⁸ yurtdışına gidiş veya yurtdışından gelişlerde geçirilen süreler ile mutata işyerine gidişlerde geçirilen süre arasındaki farkın çalışma süresine dâhil olduğu kabul edilecektir.¹⁹

Anlaşılabileceği üzere, çalışma süresinin hesabında gerek yurtiçinde gerekse yurtdışına yapılan iş seyahatlerinde salt evden çıkış ve eve dönüş saatlerine göre bir değerlendirme yapılmamakta; evden çıkış veya eve dönüş süreleri ile seyahatlerde geçen süreler arasındaki zaman farkı çalışma süresine dâhil edilmektedir. Buna karşılık, anılan Yönet-

¹⁶ Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 21. August 2007, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2007 Nr. 25, JAR 2008, S. 520, s. 536.

¹⁷ Roland Müller, "Kapitel 3 Arbeit im Konzern / III.-V.", in: Portmann Wolfgang/von Kaenel Adrian (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Schultess Verlag, 2018, s. 68.

¹⁸ İsviçre İş Kanunu'nun yurtdışında uygulanma kabiliyeti olmadığından yurtdışında geçirilen sürelerin çalışma süresi üzerindeki etkisi hakkında (sınır komşusu ülkeler hariç) Yön. m. 13/3^{bis} hükmünün uygulanmayacağı, bu durumda her somut olaya göre değerlendirme yapılacağı ve bu konuda öncelikle sözleşme hükümlerine başvurulmasının gerektiği hususunda bkz. Müller, Arbeitszeit, s. 471; Müller, Arbeit, s. 68.

¹⁹ SECO, Wegleitung zur Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz, Mai 2014, 113-2.

melik, İsviçre İş Kanunu'nun 15a maddesi gereğince işçiye bir sonraki iş gününe kadar sağlanması gereken günlük kesintisiz 11 saatlik dinlenme süresinin işçinin eve döndüğü andan itibaren başlayacağını hüküm altına almaktadır (Yön. m. 13/3-3^{bis}).

C. Eğitimde Geçen Sürelerin Çalışma Süresiyle İlişkisi

İsviçre İş Kanunu Hakkında 1 Numaralı Yönetmelik'in 13. maddesinin son fıkrasında, işçinin işverenin talimatıyla mesleki gelişim eğitimine ("*Weiterbildung*") katılması halinde eğitimde geçen sürelerin çalışma süresinden sayılacağı düzenlenmiştir (Yön. m.13/4). Bu düzenlemenin mefhum-u muhalifinden çıkan sonuç, (kanunen zorunlu kılınan eğitimler saklı kalmak kaydıyla) işverenin talimatına dayanmayan mesleki gelişim eğitiminde geçen sürelerin çalışma süresinden sayılmayacağıdır.²⁰

İşçilerin eğitimde geçirdikleri sürelerin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağı meselesi irdelenirken Sürekli Eğitim Kanunu'nun²¹ ("*WeBiG*") da zikredilmesi gerekmektedir. Gerçekten, anılan kanunun "amaç ve konu" başlığını taşıyan 1. maddesi uyarınca, bu kanun vasıtasıyla İsviçre'deki yaşam boyu öğrenmenin güçlendirilmesi amaçlanmaktadır. "Sürekli eğitim" resmi eğitim dışındaki sistematik eğitimleri ifade etmektedir (WeBiG m. 3). Eğitim, Araştırma ve İnovasyon Bakanlığının açıklamasına göre "sürekli eğitim" kavramı, müfredatı devlet tarafından belirlenmemiş ve gerek zorunlu ilköğretim aşamasında gerekse lise veya mesleki yahut akademik unvana yönelen eğitim-öğretimde gerçekleştirilmeyen eğitimlere işaret etmektedir. Zira anılan bakanlığa göre, yaşam boyu eğitim sadece hayatın belli bir dönemine hasredilmemelidir. Çeşitli kurslar veya seminerler²² "sürekli eğitim" in tipik örnekleri arasında yer almakla, Sürekli Eğitim Kanunu'nun amacı, bu eğitimlerde belirli bir kalite güvencesinin ve şeffaflığın yakalanması, ticaret hayatında fırsat eşitliğinin sağlanması ve işçiler arasındaki rekabeti bozucu durumlardan kaçınmanın müm-

²⁰ Anina Kuoni, *Arbeitsrecht*, Schulthess Verlag, 2020, s. 32.

²¹ Bundesgesetz über die Weiterbildung, (Vom 20. Juni 2014), AS 2016 689.

²² Uyum veya oryantasyon eğitiminin de "sürekli eğitim" kavramı kapsamında kabul edildiğine ilişkin Fadri Brunold, *Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht*, Stämpfli Verlag, Bern 2014, s. 68-69.

kün kılınmasıdır.²³ Sürekli Eğitim Kanunu'nun 4. maddesine göre de bu kanun ile bireylerin eğitimlerini ilerletme girişimlerini desteklemek (WeBiG m. 4/1-a), herkesin sürekli eğitime katılmasını sağlayan koşulları oluşturmak (WeBiG m. 4/1-b), vasıf itibariyle dezavantajlı konumdaki işçilerin işgücü piyasasında tercih edilebilirliğini arttırmak (WeBiG m. 4/1-c) amaçlanmaktadır.

Sürekli Eğitim Kanunu'nun 5. maddesine göre her bireyin kendi sürekli geliştirmesi gerekmektedir (WeBiG m.5/1). İş ilişkilerinde ise işverenin işçinin sürekli eğitime sevk olmasından yana bir tutum sergilemesi beklenmektedir (WeBiG m. 5/2). Görüleceği üzere, İsviçre İş Kanunu Hakkında 1 Numaralı Yönetmelik'in 13. maddesinde öngörülen ve işçinin eğitime katılması halinde bunun çalışma süresinden sayılacağı yönündeki düzenleme ile İsviçre'deki yaşam boyu (sürekli) eğitim düzenlemeleri birbirini destekler niteliktedir.

D. Eğitime Katılmasının İşçiden Beklenebilirliği

İşçinin seminer, kurs veya oryantasyon gibi eğitimlere ("*Weiterbildung*") katılmak zorunda olup olmadığı incelenirken her halde ve öncelikle iş ilişkisinin işçinin eğitime katılmasını zorunlu kılıp kılmadığı sorusunu cevaplandırmak gerekmektedir. İş sözleşmesiyle işçiye eğitime katılma borcunun yüklenmesi halinde, işçinin eğitime katılmasının sözleşmesel bir borcun ifasını teşkil edeceğine şüphe yoktur. Bu halde, taraflar işçinin eğitimde geçirdiği sürelerin ücrete hak kazandırmayacağını kararlaştıramazlar.²⁴

Sözleşmede işçinin eğitime katılma zorunluluğunun açıkça düzenlenmemiş olması ise İsviçre öğretisinde, işverenin yönetim hakkı, işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu ve sadakat borcu kapsamında değerlendirilmiştir. Buna göre, işyerinde gerçekleştirilecek mesleki gelişim eğitimleri işverenin yönetim hakkı kapsamında kabul edilmektedir.²⁵ Nitekim işçinin sözleşme ile üstlendiği işi bizzat ifa etmesi gerektiğini düzenleyen İsviçre Borçlar Kanunu'nun 321.

²³ https://www.sbf.admin.ch/dam/sbf/de/dokumente/haeufig_gestelltefragen-faqzumweiterbildungsgesetz.pdf.download.pdf/haeufig_gestelltefragenfaqzumweiterbildungsgesetz.pdf, erişim tarihi: 30.03.2022.

²⁴ Thomas Geiser, "Weiterbildung und Arbeitsrecht", recht, S. 118, 2011, s. 122.

²⁵ Brunold, s. 75; Geiser, Weiterbildung, s. 126.

maddesinde yer bulan “üstlenilen iş” kavramı, sözleşmede açıkça kararlaştırılan işle mutaden ilişkilendirilebilen veya ilgili işçiyle aynı pozisyonda çalışan başka işçilerin gördüğü alışlagelmiş işlerin de yerine getirilmesi zorunluluğunu beraberinde getirmektedir.²⁶

İş sözleşmesinde işçinin eğitime katılma zorunluluğunun açıkça düzenlenmemiş olması halinde, fakat bu sefer işyeri dışındaki eğitimlere katılıma ilişkin talimat verilmesi durumunda, bu talimatın işçinin sadakat borcu kapsamında meşrulaştırılmasının mümkün olduğu savunulmaktadır.²⁷ Buna karşılık, eğitimin işyerinde veya işyerinin dışında gerçekleştirilecek olmasına bakılmaksızın, işçinin katılmasının talep edildiği eğitimin çalışma süreleri dışında gerçekleştirilecek olması halinde ise fazla çalışma rejimine ilişkin ilkelerin uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir.²⁸

II. AMERİKAN HUKUKU AÇISINDAN YOLDA VE EĞİTİMDE GEÇEN SÜRELERİN ÇALIŞMA SÜRESİYLE İLİŞKİSİ

A. Çalışma Süresi Kavramı

1. Fair Labor Standards Act²⁹ Açısından

Amerika Birleşik Devletleri'nin eski başkanı Franklin Roosevelt, Kongre'ye verdiği 3.1.1938 tarihli mesajında, asgari ücret ve azami çalışma saatlerinin federal düzlemde kanunlaştırılması ihtiyacını vurgulamıştır. Roosevelt'e göre: “bu ülkenin halkı, ezici bir çoğunlukla, ücretlerin altına inemeyeceği bir taban ve çalışma saatlerinin aşılması için de bir tavan konulmasından yanadır.”³⁰ Roosevelt, Kongre'ye verdiği mesajında, “insan gücü kaynağının korunması için maksimum çalışma saatlerine, asgari ücrete, çocuk işçiliği denemeye kötülüğe ve örgütlü olmayan işgücünün suistimal edilmesine” müdahale edilmesi

²⁶ Manfred Rehbinder/Jean-Fritz Stöckli, Berner Kommentar, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Stämpfli Verlag, Bern 2010, Art. 321, s. 116; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321, N 7.

²⁷ Brunold, s. 75; Geiser, Weiterbildung, s. 126.

²⁸ Brunold, s. 75; Geiser, Weiterbildung, s. 126.

²⁹ 29 U.S.C. §201 et seq.

³⁰ David P. Twomey, Labor & Employment Law, Southwestern Cengage Learning, Inc., 15th edition, 2013, s. 677.

gerektiğini ifade etmiştir.³¹ Böylelikle, Roosevelt'in konuşmasından altı ay sonra; 25.6.1938 tarihinde, asgari ücreti, en çok çalışma saatlerini, çocuk işçiliğini ve eşit işe eşit ücret meselelerini düzenleyen Fair Labor Standards Act ("FLSA") kanunlaştırılmıştır. 1938 yılında kanunlaşan ve bugüne değin pek çok değişikliğe uğramış olan FLSA, çalışma koşullarını federal düzlemde düzenleyen başka kanunların da temelini oluşturmuştur.³²

İstisnaları mevcut olmakla birlikte haftalık azami çalışma süresini 40 saat olarak belirleyen FLSA, "çalışma süresi" kavramına ilişkin kapsayıcı bir tanım getirmemektedir. Buna karşılık, FLSA §203 ile sadece "§206 ve §207 bağlamında çalışılan sürenin tespitinde kıyafet değiştirme ve temizlenme süresinin dışlanacağı" düzenlemesiyle yetinilmiştir.

"Çalışma" kavramı ile Türk hukuku açısından "çalışma süresi"ne denk geldiği ifade edilebilecek "çalışma haftası" kavramları, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi kararlarıyla şekillenmiştir. Yüksek mahkeme, FLSA'nın uygulanabilmesi için öncelikle kavramsal bir açıklama getirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda, yüksek mahkeme "çalışma" kavramını, "zahmetli olsun veya olmasın, işveren tarafından yönetilen veya talep edilen ve zorunlu olarak işverenin ya da işin yararına gerçekleştirilen fiziksel yahut zihinsel çaba" olarak tanımlamıştır.³³ Bu karardan iki yıl sonra, aynı mahkeme, FLSA bağlamında yasal çalışma haftasını, "işçinin işverene ait sahada bulunmasının gerekli olduğu, görevi başında veya tayin edildiği işyerinde geçirdiği zamanın tümü" biçiminde tanımlamıştır.³⁴ Yasal çalışma haftasının tanımlandığı bu karara konu olayda, davacı fiilen çalıştığı görev yerine giriş yapmadan önce kart basmaktadır. İşyerinden çıkışta da kart basma uygulaması mevcuttur. İşçinin kart bastığı yer ile görev yeri arasında 2 ila 12 dakikalık yürüyüş mesafesi bulunmaktadır. Davacı, bu sürenin de çalışma süresine dâhil edilerek ücretlendirilmesi gerektiği kanaatindedir. Bu olayda yüksek mahkeme, uyumsuzluğun sadece saniyeler veya birkaç dakikayı konu edindiği hallerde, bu tür

³¹ Patrick J. Cihon/James Ottavio Castagnera, *Employment and Labor Law*, Southwestern Cengage Learning, Inc., 2011, s. 684.

³² Cihon/Castagnera, s. 684.

³³ *Tennessee Coal, Iron & R.Co. v. Muscoda Local No 123*, 321 U.S. 590, 598 (1944).

³⁴ *Anderson v. Mt. Clemons Pottery Co.*, 328 U.S. 680, 690-691 (1946).

kısa sürelerin dışlanabileceğini kabul etmekle birlikte, somut olayda “yasal çalışma haftası”nın tanımından hareket etmiş ve işyeri içinde gerçekleştirilen görev alanına yürüyüş süresinin ücretlendirilebilir çalışma süresine dâhil olduğunu kaydetmiştir. Yüksek mahkemeye göre, aksine teamül veya sözleşme bulunsa dahi aynı sonuca ulaşılmalıdır. Devamla, yüksek mahkeme, görev alanına yapılan böyle bir yürüyüşün gerçekleştirilmemesi halinde işverenin menfaatinin gerçekleştirilemeyeceğini, işçinin işverene ait sahada yaptığı yürüyüşün işin gerçekleştirilebilmesi için işverence zorunlu kılınmış kabul edileceğini veya işin gereklerinden kaynaklandığını; bu açıdan işçilerin evden işyerine gidişlerine ilişkin rejimden farklı düşünülmesi gerektiğini kaydetmiştir.³⁵

2. Portal-to-Portal Pay Act³⁶ Açısından

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin çalışma süresi kavramını geniş yorumlaması, kısa süre içinde FLSA'dan kaynaklanan 1.500 davanın açılmasına yol açmış; işyerinde olmakla birlikte, fiilen göreve başlanmasından önce geçirilen süre (“*preshift*”) ile sonrasında geçirilen sürenin (“*postshift*”) ücretsel karşılığı 6 milyar Amerikan Doları'na bulmuştur. Hal böyle olunca, Amerikan Kongresi bu duruma hızlı cevap vermiştir.³⁷ Kongre, FLSA'nın yargı tarafından teamüllere ve işçi ile işveren arasındaki sözleşmelere aykırı biçimde yorumlandığı eleştirisinde bulunmuştur. Kongre'ye göre FLSA'nın bu şekilde yorumlanmasına “izin verilmesi”, “beklenmeyen sorumluluklara, işverenin ekonomik mahvına ve endüstride belirsizliklere yol açacaktır.”³⁸ Kongre tarafından “aciliyet” olarak değerlendirilen bu durum FLSA'da değişiklik yapan Portal-to-Portal Pay Act ile karşılanmaya çalışılmıştır.³⁹ Portal-to-Portal Pay Act §254 (a) uyarınca, hiçbir işveren, işçinin asıl işini gördüğü görev yerine seyahat ettiği süre nedeniyle veya asıl işin öncesinde veya sonrasında gerçekleştirilen aktivitelerden ötürü ücret ödemekle yükümlü değildir.

³⁵ Karşı oy yazısı uyarınca 5-10 dakikalık bir süre için işverene fazla çalışma ücreti ödettilmemesi gerekmektedir.

³⁶ 29 U. S. C. §251 et seq.

³⁷ Integrity Staffing Solutions, Inc. v. Busk, 574 U.S. 27 (2014).

³⁸ 29 U. S. C. §251.

³⁹ 29 U.S.C. §§ 251-262.

Maryland Bölge Mahkemesi 2015 yılında verdiği kararında FLSA ile Portal-to-Portal Pay Act arasındaki ilişkiye açıklık getirmiştir. Karar uyarınca, daha önce FLSA uyarınca ücretlendirilmesi gereken süreler Portal-to-Portal Pay Act §254 (a) ile ücretlendirilebilir olmaktan çıkartılmıştır.⁴⁰ Karara konu olayda, davalı işveren nakliye ve depolama hizmeti veren bir şirkettir. Davacı işçiler ise nakledilecek malları saatlik ücret karşılığında kamyonu yükleme-boşaltma görevini yürütmektedirler. Davacı işçilerin nakliye alanına götürülmesi için davalı tarafından servis aracı tahsis edilmiştir. Servisi kullanmak isteyen davacılar, davalı tarafından belirlenen işverene ait depoya giderek orada servis beklemek zorundadırlar. Davacılar, servisi bekledikleri sırada geçirdikleri sürenin FLSA'ya aykırı olarak ücretlendirilmediği kanaatinde dirler. Ayrıca, servisin işçileri nakliye alanına yarım saat önce ulaştırmasından ötürü, işçiler, şirketin nakliye kamyonunun gelmesini bekledikleri yarım saatlik sürenin de haksız olarak ücretlendirilmediğini iddia etmektedirler. Aynı iddia, maaş çeklerini alabilmeleri için servis tarafından bırakıldıkları ilk depoya dönüş süreleri için de ileri sürülmektedir.

Maryland Bölge Mahkemesi Portal-to-Portal Pay Act §254 (a) hükümünden hareketle, işçilerin nakliye alanına gitmek için servisi bekledikleri süreye ilişkin ücret taleplerini kabul etmemiştir.⁴¹ Aynı şekilde, mahkemeye göre araç işverence tahsis edilmiş olsa bile, nakliye alanına giderken geçirilen süreler de §254 (a)(1) uyarınca FLSA kapsamında ücretlendirilebilir sürelerden değildir.⁴² Yine, işçilerin iş bitiminde ilkin bekledikleri depoya dönerek maaş çeklerini almak için geçirdikleri süreler de çalışma süresine dâhil edilmemiştir. Mahkeme, bu sürenin "asıl işin sonrasında gerçekleştirilen aktivite" olduğunu kaydetmiştir.⁴³ Öte yandan, işçilerin nakliye sahasında nakliye için araç-gereç taşıyan kamyonu bekledikleri süreler ise ücretlendirilmesi gereken çalışma süresinden sayılmıştır.⁴⁴

Maryland Bölge Mahkemesi'nin vardığı sonuçlarda temel aldığı dayanak noktası "asıl iş" kavramıdır. Başka bir anlatımla, FLSA ve

⁴⁰ Jones v. Hoffberger Moving Services LLC, 92 F. Supp. 3d 405, 409 (2015).

⁴¹ Jones v. Hoffberger Moving Services LLC, 92 F. Supp. 3d 405, 411 (2015).

⁴² Jones v. Hoffberger Moving Services LLC, 92 F. Supp. 3d 405, 413 (2015).

⁴³ Jones v. Hoffberger Moving Services LLC, 92 F. Supp. 3d 405, 414 (2015).

⁴⁴ Jones v. Hoffberger Moving Services LLC, 92 F. Supp. 3d 405, 414 (2015).

Portal-to-Portal Pay Act kapsamında ücretlendirilebilir çalışma süresinin tayini, “asıl iş”in ne olduğunun tespit edilmesine bağlıdır. Zira Portal-to-Portal Pay Act §254 (a) uyarınca “asıl iş”e gidişte geçen süreler ve “asıl iş” öncesinde veya sonrasında yapılan aktivitelerde geçen süreler yasal olarak ücretlendirilmeyebilecektir.

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, Portal-to-Portal Pay Act bağlamında “asıl iş”i, işin yapılması için vazgeçilmez olan ve bir bütünün parçasını teşkil eden tüm aktiviteler” biçiminde tanımlamaktadır.⁴⁵ Örneğin, yüksek mahkemenin bir kararında akü üretiminde çalışan işçilerin yıkanması ve kıyafetlerini değiştirmesi için harcadıkları süre çalışma süresinden sayılmıştır.⁴⁶ Üretimde kullanılan materyalin insan sağlığına zararlı olduğu vurgulanan kararda, yıkanma ve kıyafet değiştirme aktivitelerinin asıl işin yapılabilmesi için zorunlu olduğuna hükmedilmiştir. Benzer şekilde, et paketleme işinde çalışan işçilerin paketleme işine başlamadan önce bıçaklarını bileyledikleri süre de çalışma süresinden sayılmıştır.⁴⁷ Zira Yüksek Mahkeme’ye göre, bileylenmemiş bıçaklar işyerinde yapılan işi yavaşlatacağı veya kazalara neden olabileceği gibi, etin görünüşünü veya kalitesini de etkileyebilecektir. Bu nedenle işin bütününün bir bileşenini teşkil eden bileyleme süresi de çalışma süresinden sayılmalıdır.

“Asıl iş için vazgeçilmez olma ve bütünün parçasını teşkil etme” ölçütü yukarıda verilen Maryland Bölge Mahkemesi tarafından da kullanılmıştır. Gerçekten, anılan mahkemeye göre işçilerin depo alanında nakliye sahasına taşınmaları için servisi bekledikleri süre çalışma süresinden sayılmamalıdır. Zira işçiler tarafından servis kullanılmasa bile nakliye işinin gerçekleştirilmesine hanel gelmeyecektir. Bu açıdan, esas işin yapılmasına hanel gelmeksizin ortadan kaldırılabilen aktivitelerde geçen süre “vazgeçilmez” olmadığından Portal-to-Portal Pay Act §254 (a) uyarınca ücretlendirilmesi gereken çalışma süresinden sayılmayacaktır.⁴⁸

⁴⁵ Integrity Staffing Solutions, Inc. v. Busk, 574 U.S. 27 (2014).

⁴⁶ Steiner v. Mitchell, 350 U. S. 247, 252-253 (1956).

⁴⁷ Mitchell v. King Packing Co., 350 U. S. 260, 263 (1956).

⁴⁸ Jones v. Hoffberger Moving Services LLC, 92 F. Supp. 3d 405, 411 (2015).

3. Code of Federal Regulations⁴⁹ Açısından

1930'lu yıllarda Amerikan federal idaresinin⁵⁰ aldığı kararların veya yayımladığı yönetmeliklerin toplum tarafından takibi ve hangi kuralın değiştirildiğinin veya yürürlükten kaldırıldığının tespiti oldukça güçleşince, 1935 yılında Kongre tarafından Federal Sicil Kanunu⁵¹ kabul edilmiştir.⁵² Bu kanun uyarınca federal idare tarafından alınan bütün karar ve çıkartılan yönetmeliklerin federal sicilde yayımlanması gerekmiş, ilk defa 1938 yılında, 1936'dan 1938'e kadar idare tarafından ihdas edilen tüm düzenlemeler Code of Federal Regulations ("CFR") adı verilen bir metinde derlenmiştir.⁵³

Her sene güncellenen ve idare tarafından ihdas edilen kuralların tamamı ile kanunların idare tarafından nasıl uygulanacağını gösteren CFR, toplumun idare tarafından bilgilendirilmesi amacını taşımaktadır.⁵⁴ Aynı zamanda CFR, gerek Amerikan yargı organlarının, gerekse Amerikan Çalışma Bakanlığı'nun uygulamasında referans alınmaktadır.⁵⁵

Toplam 50 kitaptan oluşan CFR'nin 29. kitabı çalışma ilişkilerine ayrılmıştır. Bu kitapta, çalışma süresi kavramına ilişkin gerek FLSA, gerekse Portal-to-Portal Pay Act'ten daha ayrıntılı ve kapsamlı düzenlemeler mevcuttur. Buna göre, Çalışma Bakanlığı'na bağlı tüm birim ve personeller, FLSA kapsamına giren konularda yürüttükleri incelemeleri, soruşturmaları ve tesis edecekleri idari işlemleri CFR hükümleri doğrultusunda gerçekleştireceklerdir (29 CFR § 775.0).

CFR uyarınca "çalışma saatleri" tespit edilmeksizin işçiye yapılacak ödemelerin tespiti mümkün değildir (29 CFR § 785.1). Oysa FLSA

⁴⁹ Güncel metin için bkz. <https://www.ecfr.gov/>, erişim tarihi: 30.03.2022.

⁵⁰ Administrative Procedure Act §551 uyarınca "idare" kavramı, kural olarak "Amerika Birleşik Devletleri hükümeti otoritelerinden her biri"ni ifade etmektedir. Kongre ve yargı organları gibi idare kavramına dâhil olmayan istisnaların da aynı maddede sayıldığını belirtmekle yetinelim.

⁵¹ 44 U.S.C. §1501 et seq.

⁵² Rick McKinney, "Hot Topic: A Research Guide to the Federal Register and the Code of Federal Regulations", *Law Library Lights*, Vol. 46, No. 1, Fall, 2002, s. 10.

⁵³ McKinney, s. 10.

⁵⁴ McKinney, s. 15.

⁵⁵ Bkz. Jones v. Hoffberger Moving Services LLC, 92 F. Supp. 3d 405, 412 (2015); Miller v. Citizens Financial Group, Inc., Civil Action No. 1:17-cv-12352-IT (D. Mass. Feb. 5, 2020); WHD Opinion Letter, FLSA 2020-15, US Department of Labor, 03.11.2020; WHD Opinion Letter, FLSA 2018-18, US Department of Labor, 12.04.2018; WHD Opinion Letter, FLSA 2006-5, 03.03.2006.

bu konuda sadece “kısmi bir tanım” getirmekle yetinmektedir (29 CFR § 785.6). Çalışma süresi kavramı, bazı yüksek mahkeme kararları tarafından “zahmetli olsun veya olmasın, işveren tarafından yönetilen veya talep edilen ve zorunlu olarak işverenin ya da işin yararına gerçekleştirilen fiziksel yahut zihinsel çaba” olarak tanımlanmış, diğer bazı kararlar uyarınca “çaba”ya da gerek olmadığı vurgulanmıştır. Buna göre, işçinin belli bir işi ifa etmesi için işe alınmış olabileceği gibi, burada istenilen sadece işe hazır olunması da olabilir. Bu açıdan hiçbir iş yapmaksızın geçirilen süreler de çalışma süresinden sayılabılır. Nitekim bir diğer yüksek mahkeme kararına göre de çalışma süresi işçinin işverene ait sahada bulunmasının gerekli olduğu, görevi başında veya tayin edildiği işyerinde geçirdiği zamanın tümüdür (29 CFR § 785.7).⁵⁶ İşveren tarafından açıkça talep edilmeyen, fakat işçi tarafından yapılmasına izin verilen veya işçinin maruz kaldığı işlerin ifası da çalışma süresine dâhildir. Örneğin, işçinin günlük çalışma süresinin dışında çalışmaya devam etmesi halinde, işveren bu durumu biliyorsa veya bilebilecek durumda ise bu süre de çalışma süresi sayılacaktır (29 CFR § 785.11). Aynı kural evden veya uzaktan çalışmalar için de geçerlidir (29 CFR § 785.12). Şayet işçinin normal çalışma süresi dışında iş görmesi istenmiyorsa, işverenin yönetim hakkını kullanarak bunu sağlaması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, işverenin bu çalışmaya itiraz etmeyip bu çalışmadan menfaat sağladıktan sonra bu sürelerin ücretlendirilmeyeceğini savunması mümkün değildir. Normal çalışma saatleri dışında çalışma yapılmaması gerektiğinin ilan edilmesi tek başına yeterli değildir. İşverenin bu kararını fiilen uygulayabilecek gücü vardır ve bu çalışmayı engellemeye yönelik her türlü çabayı sarf etmesi gerekmektedir (29 CFR § 785.13).

B. Yolda Geçen Sürelerin Çalışma Süresiyle İlişkisi

1. Gün İçindeki Seyahatlerde Geçen Süreler Açısından

CFR uyarınca işten eve geliş ve evden işe gidişte geçen süreler çalışma süresinden sayılmamaktadır (29 CFR § 785.34). İşçinin sabit bir işyerinin bulunması veya bulunmaması sonuca etkili değildir (29 CFR

⁵⁶ Ayrıca bkz. 29 CFR § 778.318. Anılan madde uyarınca bazı iş sözleşmeleri ile sadece etkin bir çalışmaya dayanan sürelerin ücretlendirileceği, bekleme süresinin veya seyahatte geçen sürelerin ücretlendirilmeyeceği kararlaştırılmakta ise de bu anlaşmalar geçersizdir.

§ 785.35). Buna karşılık, bu kuralın istisnaları olabilir. Örneğin, işçinin günlük görevini tamamladıktan sonra acil bir iş için müşteriye gitmek zorunda kalması halinde, müşteriye giderken yolda geçen sürenin tamamı çalışma süresinden sayılır (29 CFR § 785.36).

“Acil görevlendirmelerde evden işe yolculuk” başlığını taşıyan 29 CFR § 785.36 maddesinde varılan sonuç, olağan durumlarda fakat işçinin başka bir şehre gönderildiği “günlük” görevlendirmeler için de kabul edilmektedir. Buna göre, sabit bir işyerinde çalışan bir işçiye başka bir şehirde fakat gün içinde ifa edilmek üzere bir görev verildiğinde, işçinin evden işe gittiği veya işten eve döndüğü süreler, klasik bir “ev-iş arası yolda geçen süre” kategorisinde değerlendirilmemeli; “acil görevlendirmelerde evden işe yolculuk” rejiminde olduğu gibi gün içerisinde şehirlerarası seyahatte geçen süreler çalışma süresine dahil olarak değerlendirilmelidir. Örneğin, “sabah 9:00’den akşam 17:00’a kadar düzenli çalışma saatleri olan ve Washington DC’de çalışan bir işçiye, sabah 08:00’da Washington’dan ayrılması ve işi New York’ta görmesi talimatı verilebilir. Bu görev öğleden sonra 15:00’da tamamlanır ve çalışan Washington’a akşam 19:00’da döner. [...] İşverenin yararına ve olağandışı bir görevin gereklerini karşılamak için gerçekleştirilen bu seyahat “asıl iş”in ayrılmaz bir parçası olarak nitelendirilecektir. [...] Bu durum tüm seyahat süresinin çalışma süresinden sayıldığı acil görevlendirmelere (29 CFR § 785.36) benzemektedir. Bununla birlikte, [şehir dışı görevlendirmelerde yolda geçen] bütün sürenin mutlaka [çalışma süresi olarak] sayılması gerekmez. Zira işçiye şehir dışı görevi verilmeseydi de işçi olağan işyerine gidecekti. Dolayısıyla işçinin evi ile tren istasyonu arasındaki seyahatinin [klasik bir] “ev iş arası yolculuk” kategorisinde olduğu kabul edilerek, toplam çalışma süresinden düşülebilir. Ayrıca, elbette ara dinlenmesi de çalışma süresinden düşülebilecektir” (29 CFR § 785.37).

2. Ertesi Güne Sarkan Seyahatlerde Geçen Süreler Açısından

CFR uyarınca işçinin kendisine verilen görevi gün içinde değil de, ertesi gün ifa etmeye başlamak üzere seyahat ettiği durumlarda, bu seyahatin sadece günlük normal çalışma süresine denk gelen kısmı çalışma süresinden sayılmaktadır. Buna göre, bir işçinin günlük normal çalışma süresi 09:00 ila 17:00 saatleri arasında ise, yolculukta geçen sürenin sadece 09:00 ila 17:00 saatleri arasına denk gelen kısmı dikka-

te alınacaktır. Bu kural, sadece iş günlerine özgü değildir. Seyahatin çalışılmayan günlere rastlaması halinde de günlük normal çalışma süresine denk gelen süreler çalışma süresinden sayılacaktır. Yukarıdaki örnek üzerinden açıklama yapmak gerekirse, hafta sonu çalışılmayan bir işyerinde, işçinin Cuma günü ifa ettiği işten eve dönme süresi Cumartesi gününe sarkmış ise, sadece Cumartesi günü 09:00 ila 17:00 saatleri arasında geçirilen süreler çalışma süresinden sayılacaktır. (29 CFR § 785.39 et seq.).

C. Eğitimde Geçen Sürelerin Çalışma Süresiyle İlişkisi

1. Code of Federal Regulations Açısından

CFR, yolda geçen sürelerin yanı sıra, eğitimde geçen sürelerin de çalışma süresiyle ilişkisine dair açık düzenlemeler öngörmüştür. Gerçekten, CFR uyarınca kurs, toplantı, eğitim programları veya benzeri aktivitelerde geçen süreler çalışma süresinden sayılmayabilir. Öte yandan, bu sürelerin çalışma süresinden dışlanabilmesi için kural olarak dört koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir.⁵⁷ Buna göre, (a) yukarıda belirtilen aktivitelerde geçen süreler, işçinin normal çalışma süresi dışında gerçekleştiriliyorsa, (b) bu aktivitelere katılımı gönüllülük esası varsa, (c) ilgili aktiviteler işçinin yürüttüğü işle doğrudan bağlantılı değilse, (d) işçi bu aktivitelere katıldığı sırada üstlendiği işi yürütemiyorsa eğitimde geçen süreler çalışma süresinden sayılmayabilir (29 CFR § 785.27).

Eğitim programlarına katılımı gönüllülük esasının mevcut olup olmadığı; dolayısıyla eğitimde geçen sürelerin çalışma süresinden dışlanabilip dışlanamayacağı, eğitime katılımın işçi tarafından reddedilmesi ihtimalinin iş ilişkisi üzerindeki etkisine göre değerlendirilmektedir. Nitekim CFR uyarınca, katılım işveren tarafından talep ediliyorsa, gönüllülükten bahsedilemez. İşçinin eğitime katılmayı reddetmesi halinde mevcut çalışma koşullarının veya iş ilişkisinin devamının olumsuz etkileneceğini anlaması veya bu düşünceye yönlendirilmesi halinde de katılımın gönüllü olduğundan bahsedilemez (29 CFR § 785.28).

⁵⁷ Öte yandan “özel durumlar” söz konusu olabilir. Nitekim 29 CFR § 785.31 uyarınca, özel durumların varlığı halinde işçinin eğitime normal çalışma süresi dışında ve isteğe bağlı olarak katılması halinde, bu eğitim işçinin işi ile doğrudan bağlantılı olsa bile çalışma süresinden sayılmayabilir.

Kurs, toplantı, eğitim programları veya benzeri aktiviteler ile işçinin üstlendiği iş arasındaki “doğrudan bağlantı” kavramı da bir sonraki maddede tanımlanmıştır. Buna göre, ilgili aktivite, çalışanın başka bir iş için veya yeni yahut ek bir beceri için eğitilmesinden farklı olarak, üstlendiği işi daha etkin bir şekilde yapmasını sağlamak için tasarlanmışsa, doğrudan çalışanın işi ile ilgilidir (29 CFR § 785.29).

CFR, eğitimde geçen sürenin dışlanabilmesi için yukarıda belirtilen dört koşulun bir arada gerçekleşmesi gerektiğini düzenlemekle birlikte (29 CFR § 785.27), devamında işçinin işi ile doğrudan bağlantı mevcut olsa bile, eğitimde geçen sürelerin çalışma süresinden sayılabileceği iki istisnai halin varlığından bahsetmiştir.⁵⁸ Bunlardan ilki, çalışma saatleri dışında, işçinin kendi inisiyatifiyle okulda ders görmesi halinde, bu eğitim işçinin üstlendiği iş ile doğrudan bağlantılı olsa bile derslerde geçen süreler çalışma süresinden sayılmayacağı kuralıdır (29 CFR § 785.30). İkinci istisnai hal ise özel durumların varlığıdır. CFR, özel durumların varlığına örnek olarak, işçinin yararına olmak üzere, niteliği itibariyle bağımsız eğitim kurumlarınca verilen hizmetin niteliğine denk bir eğitim programının işveren tarafından tesis edilmesi gösterilmektedir. İşveren tarafından işçinin yararına tesis edilen bu program işçinin işi ile “doğrudan bağlantılı” olsa bile, bu programda geçirilen süreler çalışma süresinden dışlanabilecektir (29 CFR § 785.31). Örneğin, Çalışma Bakanlığının çalışma sürelerine ilişkin 2006 yılında verdiği bir görüş yazısında, restoran işletmesinde çalışan ve İngilizce bilmeyen işçilere “merhaba”, “affedersiniz”, “rica ederim”, “süpürge” gibi kelimelerin ve deyişlerin öğretilebilmesi için oluşturulan İngilizce ders programının, devlet üniversitelerinin İngilizce dil eğitimi programına benzediği; bu açıdan dil eğitiminde geçen sürenin (yukarıda sayılan diğer koşulların sağlanmasıyla birlikte⁵⁹) 29 CFR § 785.31 kapsamında çalışma süresinden dışlanabileceği kaydedilmiştir.⁶⁰

2. Yargı Uygulaması Açısından

Her ne kadar CFR ile eğitimde geçen sürelerin hangi hallerde çalışma süresinden dışlanabileceği açıkça düzenlenmiş ise de bu hu-

⁵⁸ WHD Opinion Letter, FLSA 2020-15, US Department of Labor, 03.11.2020, s. 2.

⁵⁹ Bkz. Miller v. Citizens Financial Group, Inc., Civil Action No. 1:17-cv-12352-IT (D. Mass. Feb. 5, 2020), s. 8.

⁶⁰ WHD Opinion Letter, FLSA 2006-5, US Department of Labor, 03.03.2006, s. 1-2.

susta Amerikan yargı uygulamasının CFR'den farklı bir yönde seyrettiğini belirtmek yanlış olmayacaktır. Nitekim Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin 1. Dairesi, 1970 yılında verdiği *Ballou v. General Electric Co.*⁶¹ kararında eğitimin iş ilişkisinin sürekliliği için taraflarca önkoşul ("*precondition*") olarak kabul edildiği bir ihtimalde, bu önkoşulun yerine getirilmesi için harcanan eğitim süresinin ücretlendirilmeyebileceğine hükmetmiştir. Karara konu olayda, davacıdan işyeri sahasında bağımsız bir kuruluş tarafından verilen görev içi eğitim derslerine katılması istenmiştir. Derslere katılım zorunluluğu taraflar arasında yapılan sözleşmede kararlaştırılmış olup, derslerde ilerleme göstermeyenlerin sözleşmeleri feshedilecektir. Dersler, davacının öğrenmesi gereken fiili görevlerle doğrudan bağlantılı olmayıp; daha ziyade teorik bilgilere ve davacının geliştirmesi gereken becerilere ilişkin akademik verilere dayanmaktadır. Yüksek mahkeme, kişinin doğrudan işverenin yararına olmaktan ziyade kendi gelişimi için gösterdiği çabanın, üretime dayalı bir çalışma ("*productive work*") teşkil etmediğini, bu sebeple bu tür bir eğitimde geçirilen sürenin ücretlendirilmeyebileceğine hükmetmiştir.

Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin 1. Dairesi, 2002 yılında verdiği *Bienkowski v. Northeastern Univ.*⁶² kararında da *Ballou v. General Electric Co.* kararında ortaya konulan ilkeleri takip ederek, 29 CFR § 785.27'den farklı sonuçlara ulaşmıştır. Bu karara konu olayda davacı Northeastern Üniversitesi'nde çalışan bir güvenlik görevlisidir. Davalı işveren, davacıyı deneme amaçlı istihdam etmiştir. Şayet davacı kararlaştırılan süre içinde kendisinden beklenen sertifikasyona sahip olamaz ise iş sözleşmesi sona erdirilecektir. Somut olayda davacı, acil tıp teknisyeni sertifikası alabilmek için normal çalışma süresi dışında eğitim almasına rağmen, bu süre işveren tarafından ücretlendirilmemiştir. Yüksek mahkeme, *Ballou v. General Electric Co.* kararına atıfla, bir kimsenin öğrenci olarak değil; "çalışan" olarak geçirdiği süre için ücret alması gerektiğini, işverenin çalışanını eğitimin tamamlanmasından önce işe almaya karar vermesinin, öğrenci gibi geçirilen sürenin ücretlendirilmesine neden olmayacağını vurgulamıştır. Devamla, işçinin işveren için üretime dayalı bir çalışma yapmadığı sürelerin ücretlendirilmeyebileceğine karar verilmiş ve sadece *Ballou v. General*

⁶¹ *Ballou v. General Electric Co.*, 393 F.2d 398 (1st Cir. 1968).

⁶² *Bienkowski v. Northeastern Univ.*, 285 F.3d 138 (1st Cir. 2002).

Electric Co. kararının emsal alınmasıyla yetinilmediği ifade edilmiştir. Yüksek mahkeme vardığı sonucun Portal-to-Portal Act ile uyumlu olduğunu da eklemiştir. Yüksek mahkemeye göre acil tıp teknisyenliği eğitimi güvenlik görevlisi olarak üstlenilen “asıl iş”in vazgeçilmez bir parçası veya bileşeni değildir.

Yukarıda özetlenen emsal kararlara karşılık, Massachusetts Bölge Mahkemesi 2020 yılında ilginç bir karara imza atmıştır.⁶³ Karara konu olayda, davacılar lisanslı bankacılık (“*licensed banker*”) pozisyonunda görev almaktadırlar. Bu pozisyon, hem ilgili lisanslara sahip olan çalışanları, hem de henüz lisans alamamış olan çalışanları kapsamaktadır. İlgili pozisyonda görev alan lisanssız çalışanlar yatırım tavsiyesi verebilmekte ancak lisanslı bankacılık işlemlerini direkt olarak gerçekleştirememektedirler. Taraflar, lisanslı bankacılık için gereken lisansların belirlenen süre içinde işçi tarafından alınmaması halinde iş sözleşmesinin feshedileceği veya işçinin bir alt pozisyona nakledileceği yönünde anlaşmışlardır (“*precondition*”). Lisans alınabilmesi için gereken eğitim materyali işveren tarafından sağlanmaktadır. İşveren, davacı işçilerin işyerinin çalışma saatleri dışında çalışmalarını beklemiş fakat normal çalışma süresini aşan eğitim süresini ücretlendirmemiştir. Eğitimde geçen sürelerin ücretlendirilmesi talebine karşılık, bölge mahkemesi, önce “Çalışma Bakanlığı testi”ni (“*DOL test*”) uygulamış, daha sonra ise Amerikan Temyiz Mahkemesi’nin 1. Daire kararlarını irdelemiştir.

Massachusetts Bölge Mahkemesi, somut olayda, eğitimde geçen sürelerin hangi koşullarda ücretlendirilmeyebileceğini düzenleyen 29 CFR § 785.27’de belirtilen koşulların yerine getirilmemiş olduğunu vurgulamıştır. Zira ilgili eğitimde “gönüllülük” esasından bahsedilememektedir. Nitekim işçinin eğitime katılmaması halinde iş ilişkisi açısından olumsuz sonuçların doğacağı anlaşılmaktadır (29 CFR § 785.28). Aynı şekilde, lisans eğitimi davacının başka bir iş için veya yeni yahut ek bir beceri için eğitilmesinden farklı olarak, üstlendiği işi daha etkin bir şekilde yapmasını sağlamak için tasarlanmış olduğundan, doğrudan davacının işi ile ilgilidir (29 CFR § 785.29). Neticeten, eğitimde geçen süreyi ücretlendirmeyen davalı işverenin içinde bulunduğu hukuki durum CFR hükümlerine uyarlık arz etmemektedir.

⁶³ Miller v. Citizens Financial Group, Inc., Civil Action No. 1:17-cv-12352-IT (D. Mass. Feb. 5, 2020).

Massachusetts Bölge Mahkemesi'nin yukarıda özetlenen kararını ilginç kılan husus ise, mahkemenin bir adım daha giderek Amerikan Temyiz Mahkemesi kararlarını irdelemesi ve farklı kanaatte olmasına rağmen 1. Daire'nin emsal kararlarıyla bağlı olduğunu belirterek davacı işçilerin talebini kabul etmemesi olmuştur. *Bienkowski v. Northeastern Univ.* ile *Ballou v. General Electric Co.* kararlarına karşı adeta "karşı oy" niteliğinde sayılabilecek Massachusetts Bölge Mahkemesi'ne göre, Temyiz Mahkemesi'nin 1. Dairesi'nin eğitim süresince işverenin yararına "üretim dayalı çalışma" ("*productive work*") olmadığı kanaati bir varsayımdır. İşverenin elindeki seçenekleri ortaya koyarak bu varsayımın geçerli olup olmadığı anlaşılabilir. Buna göre işverenin önünde üç seçenek vardır: (1) şayet bir pozisyon için lisans gerekli ise işveren bu lisansı daha önce almış kişileri istihdam edebilir. Bu ihtimalde eğitime ihtiyaç duyulmamaktadır; (2) işveren işçileri lisans dayatması olmaksızın istihdam edebilir ve eğitime katılıp lisans alırlar ise terfi edecekleri yönünde teklifte bulunabilir. Bu halde eğitime katılım gönüllülük esasına dayanacağından ve ayrıca işçiye yeni bir beceri kazandıracağından CFR uyarınca eğitimde geçen süre için ödeme yapılmasına da gerek yoktur; (3) işveren lisanssız işçileri istihdam edip lisans almaları için eğitime katılmalarını dayatabilir ve alamamaları halinde ise iş sözleşmesini feshedebilir. Somut olayda işveren, kendisinin yararına "üretim dayalı çalışma" yapılabilmesi için ilk iki seçeneği tercih edebilecek iken doğrudan doğruya son seçeneği tercih etmiştir. Diğer imkânlara rağmen işveren tarafından tercih edilen; demek ki işveren yararına olan son seçenek FLSA ve CFR kapsamında ücretlendirilmesi gereken bir seçenektir. Öte yandan Bölge Mahkemesi, Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin "emsal kararlarıyla bağlı olduğu"nu belirterek, "*Bienkowski ve Ballou'nun* ışığında" işveren lehine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

III. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN YOLDA VE EĞİTİMDE GEÇEN SÜRELERİN ÇALIŞMA SÜRESİYLE İLİŞKİSİ

A. Çalışma Süresi Kavramı

4857 sayılı İş Kanunu çalışma süresini tanımlamamış; genel olarak haftalık en çok çalışma saatlerini düzenlemekle yetinmiştir.⁶⁴ Buna

⁶⁴ Süzek, s. 799; Caniklioğlu, Çalışma Süresi, s. 2; Köseoğlu, s. 118.

göre, genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırk beş saattir (m. 63/1). Buna karşılık çalışma süresi, İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin⁶⁵ 3. maddesinde, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süre olarak tanımlanmıştır. Belirtmek gerekir ki, çalışma süresi fiilen çalışılan süreyle sınırlı değildir. Nitekim aynı maddenin devamında İş Kanunu'nun 66. maddesinde sayılan fiili çalışmaya dayanmayan sürelerin de çalışma süresinden sayılacağı düzenlenmiştir. Şu durumda, çalışma süresi işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği fiili çalışma süresi ile İş Kanunu'nun 66. maddesinde sayılan farazi çalışma sürelerinin toplamından oluşmaktadır.⁶⁶

Fiili çalışma süresi, işçinin iş sözleşmesiyle üstlendiği işi fiilen yerine getirdiği süredir.⁶⁷ İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 3. maddesi uyarınca 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesinde düzenlenen ara dinlenmeleri çalışma süresinden sayılmamaktadır. Aynı şekilde, öğretilde, işe başlamadan önce soyunma ve giyinme sürelerinin de fiili çalışma süresinden sayılmayacağı ifade edilmiştir.⁶⁸

Farazi çalışma süresi ise İş Kanunu'nun 66. maddesinde sınırlı sayıda sayılan⁶⁹ ve fiilen çalışılmasa dahi günlük çalışma süresinden sayılacağı belirtilen sürelerdir. Şu hâlde, bu süreler çalışma süresinin fiili çalışma yapılmayan kısmını ifade etmektedir.⁷⁰ Fiili çalışma olmasa dahi İş Kanunu'nun bazı süreleri çalışılmış gibi değerlendirmesinin ardında yatan düşünce, işçinin iş görme edimini işverenin emrine tah-

⁶⁵ RG 25425, 06.04.2004 T.

⁶⁶ Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan/Esra Başkan, İş Hukuku, 10. bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 267; Caniklioğlu, Çalışma Süresi, s. 2; Köseoğlu, İşin Düzenlenmesi, s. 317.

⁶⁷ Serkan Odaman, Esneklik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 7.

⁶⁸ Bu görüşte bkz. Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 9. bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 156; Ömer Ekmekçi/Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 399; Köseoğlu, s. 119; Köseoğlu, İşin Düzenlenmesi, s. 317; İbrahim Subaşı, "İş Hukukunda Çalışma Süreleri", A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 1207. Ayrıca bkz. Astarlı, s. 49. Yazar, kanaatimizde de haklı olarak, şayet işçinin kıyafet değiştirmesi veya yıkanması iş görme borcunun bir parçasını teşkil ediyorsa, bu halde geçen sürenin çalışma süresinden sayılacağını ifade etmektedir.

⁶⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1225; Ekmekçi/Yiğit, s. 393; Odaman, s. 5; Baki Oğuz Mülâyim, Gece Çalışması, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2016, s. 147.

⁷⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1208; Odaman, s. 8.

sis etmiş olması; diğer bir ifadeyle işverenin işçi üzerindeki otoritesinin bu sürelerde de devam ediyor olmasıdır.⁷¹

Öğretide de fiili ve farazi çalışma süreleri dikkate alınarak çalışma süresi kavramına ilişkin birbiriyle paralel açıklamalarda bulunmaktadır. Gerçekten, çalışma süresi “işçinin iş sözleşmesi uyarınca yükümlü bulunduğu işi ifa için işverenin emrine girdiği andan çıktığı ana kadar devam eden süre”,⁷² “işverenin emir ve direktifleri altında çalışılan zaman parçası”,⁷³ “işçinin kendini işverenin emrine hazır tutmak zorunda olduğu süre”,⁷⁴ “işçinin hayatından işveren lehine ayırdığı zaman”⁷⁵ biçiminde tanımlanmıştır. Bu açıklamalardan hareketle, çalışma süresinin tayininde esas olan unsurun işverenin buyruğu altında çalışma olgusu olduğu anlaşılmaktadır. Öyle ki, işverenin otoritesi altında bulunan sürenin çalışma süresinden sayılabilmesi için işyeri sınırları içerisinde geçirilmesine de gerek yoktur.⁷⁶ Nitekim İş Kanunu’nun 66. maddesi uyarınca işçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler ile işçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler de günlük çalışma süresinden sayılmaktadır.

B. Yolda Geçen Sürelerin Çalışma Süresiyle İlişkisi

1. Genel Olarak

İş Kanunu’nun 66. maddesi uyarınca işçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler “günlük” çalışma süresinden sayılmaktadır. Buna karşılık, kanun “günlük” çalışma süresi kavramını tanımlamamıştır. Gerçekten, 4857 sayılı İş Kanunu rejiminde çalışma süresi belirlenirken genel olarak haftalık süreler esas alınmış olmakla, çalışma süresi de-

⁷¹ Köseoğlu, s. 119.

⁷² Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku-Ferdi İş İlişkileri I, 5. bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 618; Köseoğlu, s. 119; Köseoğlu, İşin Düzenlenmesi, s. 317.

⁷³ Subaşı, s. 318.

⁷⁴ E. Tuncay Senyen-Kaplan, Bireysel İş Hukuku, 11. bası, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020, s. 369.

⁷⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1205.

⁷⁶ Narmanlıoğlu, s. 618; Köseoğlu, s. 122.

nildiğinde “haftalık çalışma süresi” anlaşılmaktadır.⁷⁷ Bununla birlikte öğretide, günlük çalışma süresinin, haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine bölünmesi suretiyle bulunduğu ifade edilmiştir.⁷⁸ Haftalık çalışma süresinin günlere eşit olarak veya tarafların anlaşmasıyla farklı şekilde dağıtılması mümkündür (İş K. m. 63/2).

İş Kanunu’nun 66. maddesinde sayılan farazi çalışma sürelerinin “günlük” çalışma süresinden sayılacağına ilişkin düzenleme karşısında, öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, iş seyahatlerinde geçen sürelerin günlük çalışma süresiyle bağlantılı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.⁷⁹ Başka bir anlatımla, bu süreler günlük çalışma süresi içerisindeki göndermeleri kapsamaktadır.⁸⁰ Bu görüşe göre, işçinin “günlük normal çalışması içerisinde” işverence sabit işyeri dışında bir iş yapmak için görevlendirilmesi durumunda, yolda geçen süre çalışma süresinden sayılacaktır. Öte yandan “normal iş süresi” tamamlandıktan sonra; örneğin ertesi gün Ankara’da olmak üzere otobüsle İstanbul’dan hareket edilmesi halinde yolda geçen süreler çalışma süresinden sayılmayacaktır.⁸¹ Zira bir çalışmanın farazi çalışma süresi olarak değerlendirilebilmesi için o günkü günlük çalışma süreleri içerisinde ifa edilmesi gerekmektedir. Oysa yukarıdaki örnekte “işçi içinde bulunulan iş gününe ait günlük çalışmasını bitirmiş olup bir sonraki iş günü gerçekleştireceği çalışma için başka bir yere gitmekte yani seyahat etmektedir.”⁸² İşçinin iş görme borcunu ertesi gün ifa etmek üzere gerçekleştirdiği iş seyahatinde geçen sürelerin çalışma süresinden sayılmayacağı sonucuna ulaşan bir diğer görüşe göre de işçinin işini her zaman sabit bir işyerinde görmesi gerekmiyorsa; başka bir anlatımla iş sözleşmesi uyarınca işverenin işçiyi başka bir yere gönderme yetkisi varsa, yukarıdaki örnekte geçen sürelerin çalışma süresinden sayılması mümkün değildir.⁸³

⁷⁷ Köseoğlu, İşin Düzenlenmesi, s. 318.

⁷⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1223; Astarlı, s. 126.

⁷⁹ Süzek, s. 805.

⁸⁰ Tunçomağ/Centel, s. 159.

⁸¹ Süzek, s. 805-806; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1227; Odaman, s. 22; Mülayim, s. 147.

⁸² Astarlı, s. 143.

⁸³ Narmanlıoğlu, s. 624, dn. 50.

Öğretide ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise İş Kanunu'nun "işçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi suretiyle asıl işini görmeksizin geçirdiği sürelerin günlük çalışma sürelerinden sayılacağı hükmünü koymuş olması ve bunu herhangi bir şekilde kısıtlamaması karşısında, günlük çalışma sürelerini aşan yolda geçen bazı sürelerin çalışılmış gibi göz önünde bulundurulup değerlendirilmesi gerekli görülebilecektir."⁸⁴ Benzer şekilde, bazı yazarlar da günlük çalışma süresi içerisindeki görevlendirmelerin yanı sıra, İstanbul-Ankara örneğinde olduğu gibi yolda geçen sürelerin çalışma süresinden sayılması gerektiğini öne sürmüşlerdir.⁸⁵ Bu görüşe karşılık, öğretilerdeki bir diğer yazara göre, ertesi gün iş görmek üzere seyahat edilen zamanların çalışma süresinden sayılmasına ilişkin bu yaklaşım, çok "ileri gitmektedir."⁸⁶ Oysa yukarıdaki örnekte işçi "günlük" çalışmasını bitirmiş; ertesi gün çalışmak üzere seyahat etmektedir. Bu durumda işverene düşen sadece seyahat masraflarının ödenmesidir. Yoksa işçinin uyku, dinlenme, yemek ve diğer surette geçirdiği zamanın çalışma süresinden sayılmasına imkân yoktur.⁸⁷

Diğer bir görüşe göre yolda geçen sürelerin çalışma süresiyle ilişkisi ayırım yapılarak incelenmelidir. Şayet işçi kendi aracıyla; başka bir ifadeyle, aracı bizzat kullanması nedeniyle kendi zamanı üzerinde serbestçe tasarruf edemediği biçimde şehir dışındaki bir işi görmesi için görevlendirilmişse, yolda geçen sürenin çalışma süresinden sayılması gerekir.⁸⁸ Öte yandan, örneğin otobüs yolculuğunda olduğu gibi, işçinin zamanını uyuyarak veya kitap okuyarak geçirebileceği dikkate alındığında otobüste geçen sürenin çalışma süresinden sayılmaması

⁸⁴ Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 34. bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 782; Subaşı, s. 343.

⁸⁵ Nurşen Caniklioğlu, "Soru-Cevap", 10. Yılında 4857 sayılı İş Kanunu Sempozyumu, 26-27 Nisan 2013, ed. Ali Cengiz Köseoğlu, İstanbul, 2016, s. 395; Levent Akın, "Soru-Cevap", 10. Yılında 4857 sayılı İş Kanunu Sempozyumu, 26-27 Nisan 2013, ed. Ali Cengiz Köseoğlu, İstanbul, 2016, s. 401-402.

⁸⁶ Münir Ekonomi, İş Hukuku - Ferdi İş Hukuku, C.1, Teknik Üniversite Matbaası, İstanbul, 1976, s. 231.

⁸⁷ Ekonomi, s. 232.

⁸⁸ Sezgi Öktem Songu, "Türk İş Hukukunda Çalışma Süresinin Düzenlenmesi", yayımlanmamış doktora tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007, s. 146.

gerekmektedir.⁸⁹ Buna karşılık, işçinin işveren yararına katlandığı bu külfet yine de ücretlendirilmelidir. Bu görüş uyarınca, durumun gereklerine göre ücret karşılığı yapılabilecek bir işin görülmesi halinde ücret örtülü olarak kararlaştırılmış sayılmalıdır.⁹⁰

2. Ertesi Güne Sarkan Seyahatlerde Geçen Sürelerin Değerlendirilmesi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, işçinin ertesi gün iş görmek üzere işveren tarafından başka bir görev yerine gönderilmesi halinde yolda geçen sürelerin çalışma süresiyle ilişkisine dair açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. Olması gereken hukuk açısından gerçekleştirilmesinde yarar gördüğümüz bu değişiklik, fikir ayrılıklarının ve emeğin istismar edilmesi tehlikesinin önlenmesi açısından yararlı olacaktır. Bu açıdan, gerçekleştirilmesini önerdiğimiz yasal değişiklik öncelikle, İsviçre hukukunda olduğu gibi,⁹¹ işçinin seyahat etmek üzere toplu taşıma aracına ulaşmak için harcadığı süre, sabit işyerine ulaşmak için harcadığı süreden fazla ise, aradaki zaman farkının çalışma süresinden sayılacağına yönelik olmalıdır. Akabinde, ilgili yasal değişikliğin, ertesi güne sarkan seyahatlerde geçen sürenin sadece günlük normal çalışma süresine denk düşen kısmının dikkate alınmak zorunda olmadığını, dinlenme sürelerinin indirilmesinden sonra elde edilen tüm sürenin çalışma süresinden sayılacağını vurgulaması gerekmektedir.

Öte yandan, yukarıda zikredilen yasal değişiklik önerisinin gerçekleştirilmemesi halinde dahi, işçinin fiilen ertesi gün iş görmek üzere yola çıktığı seyahatlerde geçirdiği sürelerin çalışma süresinden sayılmayacağı sonucuna ulaşılmamalıdır. Ertesi güne sarkan seyahatlerde geçen sürelerin sadece günlük normal çalışma süresine denk düşen kısmının çalışma süresinden sayılması gerektiğine ilişkin kabul, Amerikan hukukunda 29 CFR § 785.39 et seq ile açıkça kabul edilmiş olmasına rağmen, Türk hukukunda bu sonuca dair bariz bir ifade bulunmamaktadır. Bu açıdan, İş Kanunu'nun 66. maddesinde yer alan "günlük" çalışma süresi ifadesinin, ertesi gün gerçekleştirilecek faaliyetler için harcanan seyahat süresini dışladığı düşüncesine katılmamaktayız.

⁸⁹ Öktem Songu, s. 147.

⁹⁰ Öktem Songu, s. 148.

⁹¹ Bkz. İsviçre İş Kanunu Hakkında 1 Numaralı Yönetmelik m. 13/2.

İşçinin fiilen iş görmeye ertesi gün başlayabilmesi için gece yaptığı yolculuklarda geçen sürelerin de çalışma süresinden sayılması gerektiği görüşüne İş Kanunu'nun 66. maddesi ile 63/2 fıkrasının 1. cümlesinin bir arada okunması suretiyle ulaşılabileceği kanaatindeyiz. Zira "günlük normal çalışma" kavramının İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş bir tanımı bulunmamaktadır. Bilakis, İş Kanunu'nun 63/2 fıkrasının 1. cümlesi uyarınca tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresinin işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılması mümkündür.⁹² Aynı şekilde, günlük çalışma süresinin mutlaka gündüz saatlerine dağıtılması veya işin gündüz saatlerinde başlaması da mecburi değildir.⁹³

İş Kanunu rejiminde çalışma süresine esas teşkil eden düşünce, işverenin buyruğu altında geçirilen sürenin ücretlendirilmesidir. Hatta yolda geçen süreler (İş K. m. 66/1-d) benzer şekilde, işçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler de çalışma süresinden sayılmaktadır (İş K. m. 61/1-c). Şu durumda, işverenin talimatına istinaden gece yola çıkmak zorunda kalan ve sabah çıkacak işi yolda beklemek suretiyle meşgul edilen işçi (İş K. m. 61/1-d) ile işveren arasında örtülü bir anlaşma gerçekleşmektedir (İş K. m. 63/2 c.1).⁹⁴ Bu anlaşma, günlük çalışma süresinin ilgili gün için, örneğin mutat işe başlama saati olan 09:00'da değil, işçinin seyahat etmeye başladığı saat olan gece 24:00'da başlayacağına ve doğal olarak ilgili gündeki çalışmanın diğer günlere nazaran daha uzun sürebileceğine ilişkindir.

⁹² Bu uygulamanın sadece denkleştirme yapılan hallere özgü olmadığı yönünde bkz. Astarlı, s. 131.

⁹³ Aksine bir kararlaştırma veya yedek hukuk kuralının bulunmadığı durumlarda işin başlama ve bitiş saatleri ile ara dinlenmelerinin zamanını tayin yetkisinin işverenin yönetim hakkına dayandığına ilişkin bkz. Subaşı, s. 320; Odaman, s. 16; Astarlı, s. 135.

⁹⁴ Anlaşmanın şekli için bkz. Subaşı, s. 324; Odaman, s. 20. Ayrıca bkz. Nurşen Caniklioğlu, "4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri", III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları), *Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası*, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, s. 154; Caniklioğlu, *Çalışma Süresi*, s. 5. Caniklioğlu'na göre, açık bir kararlaştırma olmaması halinde, tarafların kanundaki süre ve düzenleme üzerinden anlaşmaları sonucu çıkabileceği gibi, işçinin çalışmaya başlaması ile o işyerindeki yerleşik düzeni kabul ettiği, tarafların bu konuda anlaşmaları sonucuna da varılabilir. Bu durumda işçi ile işverenin o işyerindeki çalışma düzeni konusunda anlaşmış sayılmaları daha isabetli olacaktır.

Bir sonraki adım ise dinlenme sürelerinin tespitidir. Nitekim öğretilerde katıldığımız bir görüşe göre de İş Kanunu'nun 66/1-d bendini günlük çalışma süresi içerisindeki görevlendirmelerle ilişkilendirmek gerekirse de bu düşünce mutlak bir kabule dayanmamaktadır. Aksine, bu düşünce işçinin "bir miktar dinlenme olanağına sahip olması ihtimali için doğrudur."⁹⁵ Gerçekten, aksinin kabulü, mutaden 09:00-19:00 saatleri arasında çalışan bir işçinin müşterinin acil bir ihtiyacı için işverenin talimatıyla saat 23:00'da müşteriyi ziyaret ettiği sırada geçen sürelerin de çalışma süresinden sayılmaması sonucunu doğuracaktır. Oysa örneğin "günlük çalışma süresini tamamladıktan sonra yolda kalan bir aracın tamiri için servise çıkan işçinin yolda geçirdiği süre iş süresinden sayılmak gerekir."⁹⁶ Şu durumda, normal çalışma süresi dışında olup da (23:00'da yapılan) acil görevlendirmelerde geçen sürelerin çalışma süresinden sayılması, oysa ertesi güne sarkan fakat yine örnekte olduğu gibi normal çalışma süresi dışında olan (24:00'da yapılan) görevlendirmeler açısından yolda geçen sürelerin "kategorik olarak" reddedilmesi kendi içerisinde çelişkili bir durumdur.

Fiili çalışmaya ertesi gün başlanacağı hallerdeki çalışma süresinin başlangıcının bir önceki güne çekilmesinde günlük azami çalışma sürelerine riayet edilebilip edilemeyeceği meselesinin ise kademeli ara dinlenmesi süreleriyle veya "uzun ara dinlenmeli çalışma" rejimiyle çözümlenmesi mümkündür.⁹⁷ Bununla birlikte, yolda geçen sürenin eklenmesiyle birlikte elde edilen toplam haftalık çalışma süresinin, haftalık normal çalışma süresini, gece çalışmalarında 7,5 saati veya günlük 11 saati aşmış olduğunun ekonomik riski işverenin üzerindedir.

⁹⁵ Ekmekçi/Yiğit, s. 395.

⁹⁶ Ekmekçi/Yiğit, s. 396. Aynı yönde bkz. Astarlı, s. 144. Yazara göre, işçi bu durumda "içinde bulunulan iş gününün devamı niteliğinde olacak şekilde ve işverenin emir ve talimatları doğrultusunda" iş görmektedir.

⁹⁷ Kademeli ara dinlenmesi açısından Yargıtay uygulaması için bkz. Gaye Baycık, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 305-306; Artür Karademir/Hakan Ekinci, İşçilik Alacakları, 2. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 70-71. "Uzun ara dinlenmeli çalışma" veya diğer bir ifadeyle "antraktlı" çalışmalarda ara dinlenmesi süreleri için bkz. Sevil Doğan, "İş Hukukunda İşçinin Ara Dinlenmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 2, 2020, s. 1197-1199.

C. Eğitimde Geçen Sürelerin Çalışma Süresiyle İlişkisi

1. Genel Olarak

İsviçre ve Amerikan hukukunda işçinin eğitim toplantısı, kurs, seminer veya benzer isimler alabilecek eğitimlerde geçirdiği sürelerin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağına ilişkin açık düzenlemeler ihdas edilmiştir. Türk hukukunda ise, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in⁹⁸ 6. maddesinde iş sağlığı ve güvenliğine yönelik verilen eğitimlerde geçen sürelerin çalışma süresinden sayılacağı düzenlenmiştir. Aynı şekilde, Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in⁹⁹ 7. maddesi uyarınca, işverenin vermesi gereken eğitimlerde geçen süreler ve işverenin işçiyi işyeri dışında gönderdiği kurslar ve toplantılarda geçen süreler ile yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından düzenlenen mesleki eğitim programlarında geçen süreler çalışma süresinden sayılmıştır. Yine, İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik'in¹⁰⁰ 10/2 maddesi uyarınca, tam süreli iş sözleşmesi ile görevlendirilen işyeri hekimlerinin çalıştıkları işyeri ile ilgili mesleki gelişmelerini sağlamaya yönelik eğitim, seminer ve panel gibi organizasyonlara katılmaları durumunda, bu organizasyonlarda geçen sürelerin bir yıl içerisinde toplam 5 iş günü kadarı çalışma süresinden sayılır.

Yukarıda zikredilen yasal düzenlemeler kendi alanları dâhilinde uygulanma kabiliyetini haiz olan özel düzenlemeler olup 4857 sayılı İş Kanunu'nda eğitimde geçen sürelerle ilişkin genel ve kapsayıcı bir hüküm öngörülmemiştir. Buna karşılık, işveren tarafından organize edilen eğitimlerin günlük normal çalışma süresi içerisinde verilmesi halinde, bu sürelerin çalışma süresinden sayılacağı kuşkusuzdur.¹⁰¹ Öte yandan, aynı sonuca günlük normal çalışma süresi dışında gerçekleştirilen eğitimlerde geçen süreler için aynı kolaylıkla ulaşılamamaktadır.

⁹⁸ RG 28648, 15.05.2013 T.

⁹⁹ RG 25425, 06.04.2004 T.

¹⁰⁰ RG 28713, 20.07.2013 T.

¹⁰¹ Ekmekçi/Yiğit, s. 400. İşçiyi işyerinde "ekran eğitimi" verilmesi nedeniyle haftalık normal çalışma süresinin aşıldığı bir olayda fazla çalışma ücreti talebinin kabul edilmesi gerektiğine ilişkin ayrıca bkz. Bursa BAM 3. HD, 2019/2111 E., 2020/1947 K., 5.11.2020 T., www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 25.03.2022.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2000 yılında verdiği bir kararında, işvereni tarafından gönderildiği eğitimde, işçinin fiilen çalışma yapmasa da işverenin emir ve talimatı altında bulunduğundan ötürü bu sürelerin fazla çalışmaya neden olabileceğine hükmetmiştir.¹⁰² Aynı şekilde, 2001 yılında tesis edilen diğer bir karara göre de “işçi, işverenin her an buyruğuna hazır bir halde eğitim programına tabi tutulmuş olup, eğitim süresi içerisinde her an fiili göreve çağırılması da mümkün olup, burada işçi, işverenin talimatı ile fiilen işi ifa edememektedir. İşveren, kendi talimatı ve görevlendirmesi ile fiilen işi ifa edemeyen işçiye, çalışmadığı ancak çalışmış sayıldığı sürelerin ücretini ödemekle yükümlüdür.”¹⁰³

Eğitimde geçen sürelerin de çalışma süresine dâhil edilmesi gerektiğini belirten kararlara karşılık, sonraki yıllarda, eğitimde geçen sürelerin üretime dayalı bir çalışmaya dayanmayışı dikkate alınarak bu sürelerin çalışma süresinden sayılmaması yönünde bir kanaat hâsıl olmuştur. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin çeşitli tarihlerde verdiği kararlar uyarınca, bu tür eğitimlerde geçen sürelerle karşılık işçinin fazla çalışma talebi reddedilmelidir. Gerçekten, yüksek mahkeme 2007 yılında verdiği kararı ile kursta geçirilen sürenin üretime yönelik bir çalışmaya dayanmadığı için fazla çalışma ücretine konu edilemeyeceğine hükmetmiştir.¹⁰⁴ Aynı şekilde 2017 yılında verilen bir başka karar uyarınca, işçinin eğitim amacıyla katıldığı kongrelerde geçirdiği sürelerde fiili çalışma bulunmamaktadır. Ayrıca bu eğitimler işçinin bilgi ve performansını arttırma amacına yönelik olup işverene bir fayda sağlamamaktadır. Hal böyle olunca bu tür eğitimlerde geçen sürelerin fazla çalışma ücretine esas alınması isabetsizdir.¹⁰⁵

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2017 yılında verdiği bir karara konu olayda ise işçi hafta tatillerinde eğitim toplantılarına katılmıştır. Yerel mahkeme bu toplantıların işçinin kendisini geliştirmesine yönelik olduğundan bahisle hafta tatili ücretinin reddine karar vermiştir.

¹⁰² Y. 9. HD, 2000/6607 E., 2000/9854 K., 22.6.2000 T., www.hukukturk.com, erişim tarihi: 25.03.2022.

¹⁰³ Y. 9. HD, 2001/1800 E., 2001/6392 K., 16.4.2001 T., www.hukukturk.com, erişim tarihi: 25.03.2022.

¹⁰⁴ Y. 9. HD, 2007/1129 E., 2007/39176 K., 26.12.2007 T., www.hukukturk.com, erişim tarihi: 25.03.2022

¹⁰⁵ Y. 9. HD, 2017/14949 E., 2017/4416 K., 20.3.2017 T., www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 25.03.2022.

Yüksek mahkeme tarafından ise ayda bir eğitim seminerine katılan işçinin hafta tatili alacağına kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır.¹⁰⁶

2. Eğitimde Geçen Süreler ile Çalışma Süresi Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi

Eğitimde geçen sürelerin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağına ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca, her ne kadar yukarıda zikredilen Yargıtay kararlarına konu olan eğitimlerin içerikleri karar metinlerinden net biçimde anlaşılmasa da bu sürelerin çeşitli tarihlerde farklı biçimde değerlendirildiği görülmektedir. Hal böyle olunca, tereddüde mahal verilmemesi açısından İsviçre ve Amerikan hukukunda olduğu gibi Türk iş hukukunda da eğitimde geçen sürelerin çalışma süresiyle ilişkisine dair açık bir düzenleme yapılmasının yararlı olacağı kanaatindeyiz. Buna karşılık bize göre, eğitimde geçen sürelerin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağına ilişkin açık bir düzenlemenin yokluğunda dahi bu sürelerin belli şartların yerine getirilmesi koşuluyla çalışma süresine dâhil edilmesi gerekmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, eğitimin günlük normal çalışma süresi içerisinde gerçekleştirilmesi durumunda, eğitimde geçen süreler çalışma süresine dâhil olacaktır.¹⁰⁷ Öte yandan, eğitimde geçirilen süre nedeniyle fazla çalışma ücretine hak kazanılıp kazanılmayacağı noktasında Yargıtay'ın birbirinden farklı sonuçlara ulaştığını yukarıda belirtmiştik. Yargıtay'ın bazı kararlarında eğitim müddetince işçinin üretime yönelik bir mesai harcamıyor olmasının gerekçe olarak gösterilmesi ve eğitimin işçinin mi işverenin mi yararına olduğu ölçütüne dayanılması öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Bizim de katıldığımız bir görüş uyarınca eğitim sadece işçi lehine sonuçlar doğurmamaktadır. İşçinin eğitim sayesinde bilgi ve performansını arttırması işverenin de lehinedir.¹⁰⁸ Dahası, işçinin iş görme edimini belli bir sonucu gerçekleştirme yükümlülüğü biçiminde anlamamak gerekmektedir. İşçinin ifayla yükümlü olduğu edim "belli bir amaca yönelik belirli

¹⁰⁶ Y. 22. HD, 2015/14868 E., 2017/24 K., 16.1.2017 T., www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 25.03.2022.

¹⁰⁷ Ekmekçi/Yiğit, s. 400.

¹⁰⁸ Köseoğlu, s. 124.

bir eylemi gösterme yükümü” olarak tezahür etmektedir. Buradaki amacın sadece “üretim” biçiminde yorumlanması hatalıdır. Nitekim işverene sağlanacak fayda fiili üretimden başka şekillerde de ortaya çıkabilir.¹⁰⁹

Gerçekten, Türk iş hukuku rejimi çalışma süresini düzenlerken yalnızca fiili çalışmalarını esas almamıştır. Nitekim işçinin işverenin otoritesi altında olmakla birlikte asıl işini görmeksizin işveren tarafından meşgul edildiği süreler de çalışma süresinden sayılmıştır (İş K. m. 66/1-d). Şu durumda, yüksek mahkeme kararlarında gerekçe olarak gösterilen “eğitimin kimin yararına olduğu” ölçütü yerine doğrudan doğruya İş Kanunu’nun 66. maddesine dayanan bir yorumun benimsenmesi gerekli ve yeterlidir. Bu yapılırken, eğitimin işverenin otoritesine dayanıp dayanmadığı incelenmelidir. Bu konuda 29 CFR § 785.27 ve 29 CFR § 785.29 Türk hukukunda da yol gösterici olabilecek bazı ilkeler öngörmüştür. Buna göre, eğitimde geçen sürenin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağı; dolayısıyla şartları varsa fazla çalışma ücretine hak kazandırıp kazandırmayacağı tespitinde “gönüllülük” esasının araştırılması gerekmektedir. Buna göre, eğitime katılım işveren tarafından talep ediliyorsa, gönüllülüğten bahsedilemeyecektir. Aynı şekilde, işçinin eğitime katılmayı reddetmesi halinde mevcut çalışma koşullarının veya iş ilişkisinin devamının olumsuz etkileneceğini anlaması veya bu düşünceye yönlendirilmesi halinde de katılımın gönüllü olduğundan söz edilemeyecektir. İsviçre hukukunda da aynı yöndeki ilkenin benimsendiği ifade edilebilir. Nitekim İsviçre İş Kanunu Hakkında 1 Numaralı Yönetmelik’in 13. maddesinde, eğitimin “işverenin talimatı”na dayanması halinde eğitimde geçen sürelerin çalışma süresinden sayılacağı düzenlenmiştir (Yön. m.13/4). Türk hukuku açısından da benimsenmesi gerektiğini düşündüğümüz bu yorum tarzı, iş sözleşmesindeki bağımlılık unsuruna da temas etmektedir. Nitekim öğretilerde ifade edildiği üzere “olması gereken bakımından çalışma süresi tanımının işçi-işveren arasındaki kişisel bağımlılık esas çerçevesinde belirlenmesi” gerekmektedir.¹¹⁰

¹⁰⁹ Köseoğlu, s. 123.

¹¹⁰ Odaman, s. 7.

SONUÇ

Türk iş hukukunda çalışma süresi fiili ve farazi çalışma sürelerinin toplamından oluşmaktadır. Bu süreler, işçinin işverenin emir ve talimatı altında iş gördüğü zaman zarfına işaret etmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 66. maddesinde öngörülen farazi çalışma sürelerinin "günlük" çalışma süresinden sayılacağı düzenlemesi işçinin gün içinde görevlendirildiği hallere özgü olarak anlaşılmalıdır. Anılan maddede yer alan "günlük" ibaresinin işverenin yönetim hakkı ile İş Kanunu'nun 63. maddesiyle birlikte değerlendirilmesi suretiyle yorumlanması gerekmektedir. Nitekim işveren işe başlama ve bitiş saatlerini düzenleyebileceği gibi, taraflar çalışma süresini haftanın çeşitli günlerine farklı biçimde dağıtabileceklerdir. Hal böyle olunca, tarafların davranışlarından bağımsız bir "günlük" normal çalışma süresinden bahsedilememektedir.

İşçinin sabah başka bir şehirde iş görmek üzere görevlendirilmesi halinde işverenin işin başlama saatini seyahat saatine çektiği, işçinin de bu seyahate çıkmakla, tarafların çalışma süresini haftanın günlerine farklı dağıtmak istedikleri yönünde bir anlaşmanın doğduğu kabul edilmelidir. Doğaldır ki, araç içindeki ara dinlenmeleri ile otel vb. konaklama tesislerinde çalışılmaksızın geçirilen süreler çalışma süresinden düşülmelidir. Taraflarca kararlaştırıldığını kabul ettiğimiz bu uygulamada günlük veya haftalık azami çalışma sürelerinin aşılmaması; başka bir deyişle işin düzenlenmesinde fazla çalışma ücretinin doğumuna sebep olunması işçiye yüklenebilecek bir risk değildir.

Ertesi gün şehir dışında olmak üzere seyahat eden işçinin yolda geçirdiği sürelerin çalışma süresinden sayılabileceğine yönelik kabul, eğitimde geçirilen süreler için de benimsenmelidir. Yolda geçen sürelerde olduğu gibi, eğitimde geçen sürelerde de işçinin işverenin talimatıyla bağlı olup olmadığına ilişkin bir denetim gerçekleştirilmelidir. Bu kabul, farazi çalışma sürelerinin mantığıyla da uyumludur. Kanunda, işveren tarafından meşgul edilen işçinin yaptığı işin kimin yararına olduğuna ilişkin bir ölçüte yer verilmemiştir. Yine, Amerikan yargı uygulamasında esasen 1970 ve 2002 yılında verilen yüksek mahkeme kararlarında gerekçe olarak gösterilen "üretim dayalı çalışma" ("*productive work*") kavramının da Türk iş hukukunda çalışma süresi açısından mutlak bir karşılığı bulunmamaktadır.

İşçinin ertesi gün iş görmek üzere şehir dışına yaptığı yolculuk sırasında geçirdiği süreler ile eğitimde geçirdiği sürelerin normal çalışma süresine eklenmeleri ve şartları varsa fazla çalışma ücretinin doğumuna neden olmaları, iş sözleşmesindeki bağımlılık unsuruyla da uyumludur. Nitekim iş sözleşmesi ile çalışma süresi kavramlarına ilişkin Türk hukukuyla paralel kabulleri benimseyen İsviçre hukukunda da klasik ev-iş arası yolculuklar ile şehir dışına yapılan yolculuklar farklılaştırılmıştır.

Olması gereken hukuk bakımından, İsviçre ve Amerikan hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da işçinin ertesi gün iş görmek üzere başka bir şehre gitmek üzere yola çıktığı hallerde ve bu yolculukta geçirdiği sürelerle ilişkin açık bir düzenlemenin yapılmasında fayda vardır. Böylelikle, İş Kanunu'nun 66. maddesinde yer alan "günlük" ibaresinden ötürü tereddüde mahal verebileceğini düşündüğümüz yolda ve eğitimde geçen süreler sorunu açısından emeğin istismar edilmesi tehlikesini önleyici çözümlere ulaşılabilecektir. Bununla birlikte, açık bir yasal düzenlemenin bulunmadığı yürürlükteki hukuk açısından da aynı sonuçlara varılabilir. Kanaatimizce, İş Kanunu'nun 66. maddesi ile 63. maddesinin bir arada değerlendirilmesi, işin başlama ve bitiş saatlerine ilişkin işverenin talimat verme hakkı ve iş sözleşmesindeki bağımlılık unsurundan hareketle burada belirtilen sürelerin çalışma süresinden sayılmaları ve şartları varsa fazla çalışma ücretine hak kazandırmaları mümkündür.

Kaynakça

Kitaplar ve Tezler

- Astarlı Muhittin, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Brunold Fadri, Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht, Stämpfli Verlag, Bern 2014.
- Cihon Patrick J./Castagnera James Ottavio, Employment and Labor Law, Southwestern Cengage Learning, Inc., 2011.
- Çelik Nuri/Canıklıoğlu Nurşen/Canbolat Talat/Özkaraca Ercüment, İş Hukuku Dersleri, 34. bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Ekmekçi Ömer/Yiğit, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Ekonomi Münir, İş Hukuku- Ferdi İş Hukuku, C.1, Teknik Üniversite Matbaası, İstanbul, 1976.

- Eyrenci Öner/Taşkent Savaş/Ulucan Devrim/Baskan Esra, *İş Hukuku*, 10. bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Karademir Artür/Ekinci Hakan, *İşçilik Alacakları*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Kuoni Anina, *Arbeitsrecht*, Schulthess Verlag, 2020.
- Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş, *İş Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Mülayim Baki Oğuz, *Gece Çalışması*, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2016.
- Narmanlıoğlu Ünal, *İş Hukuku-Ferdi İş İlişkileri I*, 5. bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Odaman Serkan, *Esneklik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Öktem Songu Sezgi, "Türk İş Hukukunda Çalışma Süresinin Düzenlenmesi", yayımlanmamış doktora tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007.
- Senyen-Kaplan E. Tuncay, *Bireysel İş Hukuku*, 11. bası, Gazi Kitabevi, Ankara, 2020.
- Süzek Sarper, *İş Hukuku*, 21. bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Tunçomağ Kenan/Centel Tankut, *İş Hukukunun Esasları*, 9. bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Twomey David P., *Labor & Employment Law*, 15th edition, Southwestern Cengage Learning, Inc., 2013.

Makaleler/Kitap İçi Bölümler

- Akın Levent, "Soru-Cevap", 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu Sempozyumu, 26-27 Nisan 2013, ed. Ali Cengiz Köseoğlu, İstanbul, 2016.
- Baycık Gaye, "İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 7-355.
- Canıklioğlu Nurşen, "4857 sayılı İş Kanunu'nun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri", III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları), *Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası*, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, 149-199.
- Canıklioğlu Nurşen, "4857 sayılı Kanun'a Göre Çalışma Süreleri ve Bunun İş Günlerine Bölünmesi", *Toprak İşveren Dergisi*, S. 66, 2005, s.1-15, (Çalışma Süresi).
- Canıklioğlu Nurşen, "Soru-Cevap", 10. Yılında 4857 sayılı İş Kanunu Sempozyumu, 26-27 Nisan 2013, ed. Ali Cengiz Köseoğlu, İstanbul, 2016.
- Doğan Sevil, "İş Hukukunda İşçinin Ara Dinlenmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 2, 2020, s. 1179-1202.
- Geiser Thomas, "Kapitel 16 Arbeitsgesetz / II.-VII.", in: Portmann Wolfgang/von Kanel Adrian (Hrsg.), *Fachhandbuch Arbeitsrecht*, Schulthess Verlag, 2018, s. 654-684.
- Geiser Thomas, "Weiterbildung und Arbeitsrecht", *recht*, S. 118, 2011, s. 118-129, (Weiterbildung).

- Köseoğlu Ali Cengiz, "Eğitim Amaçlı Düzenlenen Toplantıların Fazla Çalışma Olarak Kabul Edilmemesi, Fazla Çalışma Süresinin Hesaplanması", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 13, 2009, s. 117-125.
- Köseoğlu Ali Cengiz, "10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İşin Düzenlenmesi Yönünden Genel Bir Değerlendirmesi", 10. Yılında 4857 sayılı İş Kanunu Sempozyumu, 26-27 Nisan 2013, ed. Ali Cengiz Köseoğlu, İstanbul, 2016, s. 309-337, (İşin Düzenlenmesi).
- Köseoğlu Ali Cengiz/Kabul Sibel, "4857 sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 233-268.
- McKinney Rick, "Hot Topic: A Research Guide to the Federal Register and the Code of Federal Regulations", *Law Library Lights*, Vol. 46, No. 1, Fall, 2002, s. 10-15.
- Müller Roland, "Kapitel 3 Arbeit im Konzern / III.-V.", in: Portmann Wolfgang/von Kaenel Adrian (Hrsg.), *Fachhandbuch Arbeitsrecht*, Schultess Verlag, 2018, s. 59-83, (Arbeit).
- Müller Roland, "Was ist Arbeitszeit?" *ZBJV*, Heft Nr. 7-8, 2017, s. 453-477, (Arbeitszeit).
- Rehbinder Manfred/Stöckli Jean-Fritz, *Berner Kommentar, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR*, Stämpfli Verlag, Bern 2010, Art. 321, s.111-123.
- Rudolph Roger/von Kaenel Adrian, "Aktuelle Fragen zur Arbeitszeit", *AJP* 2012 S. 197, s. 197-207.
- Rudolph Roger/von Kaenel Adrian, "Fokus Arbeitsrecht: Aktuelle Fragen zur Arbeitszeit", *TREX* 2014 S. 166, s. 166-170.
- Streiff Ullin/von Kaenel Adrian/Rudolph Roger, in: *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl.*, Schultess Verlag, 2012, Art. 321, s.160-170.
- Subaşı İbrahim, "İş Hukukunda Çalışma Süreleri", A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 301-360.
- Uslu Feyzullah, "İş Hukuku ve İş Süreleri", *Adalet Dergisi*, Yıl 55, S. 3-4, 1964, s. 266-278.
- von Kaenel Adrian, in: Geiser Thomas/von Kaenel Adrian/Wyler Rémy (Hrsg.), *Arbeitsgesetz, Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel*, Bern, Stämpfli Verlag, 2005.

Mahkeme Kararları

- Ballou v. General Electric Co.*, 393 F.2d 398 (1st Cir. 1968).
- Bienkowski v. Northeastern Univ.*, 285 F.3d 138 (1st Cir. 2002).
- Bursa BAM 3. HD*, 2019/2111 E., 2020/1947 K., 5.11.2020 T.
- Integrity Staffing Solutions, Inc. v. Busk*, 574 U.S. 27 (2014).
- Jones v. Hoffberger Moving Services LLC*, 92 F. Supp. 3d 405, 409 (2015).
- Miller v. Citizens Financial Group, Inc.*, Civil Action No. 1:17-cv-12352-IT (D. Mass. Feb. 5, 2020).
- Mitchell v. King Packing Co.*, 350 U. S. 260, 263 (1956).

Steiner v. Mitchell, 350 U. S. 247, 252-253 (1956).
Y. 9. HD, 2000/6607 E., 2000/9854 K., 22.6.2000 T.
Y. 9. HD, 2001/1800 E., 2001/6392 K., 16.4.2001 T.
Y. 9. HD, 2007/1129 E., 2007/39176 K., 26.12.2007 T.
Y. 9. HD, 2017/14949 E., 2017/4416 K., 20.3.2017 T.
Y. 22. HD, 2015/14868 E., 2017/24 K., 16.1.2017 T.

İnternet Kaynakları

<https://www.ecfr.gov/>.

https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=AVE_HRS.

https://www.sbf.admin.ch/dam/sbf/de/dokumente/haeufig_gestelltefragenfaqzumweiterbildungsgesetz.pdf.download.pdf/haeufig_gestelltefragenfaqzumweiterbildungsgesetz.pdf.

www.hukukturk.com.

www.lexpera.com.tr.

KUZAY KIBRIS HUKUKUNDA TUTUKLAMA TEDBİRİNİN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İŞİĞİNDA DEĞERLENDİRİLMESİ

THE EVALUATION OF THE ARREST MEASURE IN THE LAW OF NORTH CYPRUS IN THE CONTEXT OF EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Özde DEREBOYLULAR*

Özet: Çalışmada KKTC'de suç soruşturması sırasında kişi özgürlüğüne müdahale teşkil eden tedbirlerden biri olan tutuklama, mevzuat çerçevesinde, ancak pratik anlamda uygulamada kabul gördüğü şekilde ortaya konacak, bu tedbirlerin AIHS ile uyumlu olup olmadığı konusunda değerlendirmede bulunulacak, yeri geldiğinde Türk hukuku ile KKTC hukuku arasındaki farklılıklara ilişkin kıyaslama yoluna gidilecektir.

Anahtar Kelimeler: KKTC, AIHS, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı, Koruma Tedbirleri, Tutuklama

Abstract: In this study, the arrest, which is one of the measures that interferes with the right to liberty during a criminal investigation in the TRNC, will be laid down in accordance with the legislation, and as it is accepted in practice and an evaluation will be made whether this measure is compatible with the ECHR. The differences between the Turkish law and the TRNC law will be marked with reference to the subject.

Keywords: TRNC, ECHR, The Right to Liberty and Security, Protection Measures, Arrest

Giriş

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı gerek anayasalar gerekse uluslararası belgeler tarafından güvence altına alınmaktadır. Bu hak demokratik toplumun temel taşlarından biridir. Çünkü kişi özgürlüğü hakkına ve bu kapsamdaki güvencelere sahip olunamadığı takdirde diğer pek çok hak da kullanılamaz duruma gelmektedir. Ceza muhakemesinin en temel amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu doğrultuda,

* Dr., Yakın Doğu Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, ozde.dereboylular@neu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8729-3613, Makalenin Gönderim Tarihi: 4.3.2022, Kabul Tarihi: 15.08.2022

kişi hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesine yol açan bir takım tedbirlere ihtiyaç duyulması çoğu zaman kaçınılmazdır. Maddi gerçeği ortaya çıkarmak, delillere ulaşmak veya hali hazırda var olan delillerin karartılmasını önlemek, yapılan muhakeme sonunda verilecek kararları yerine getirebilmek, muhakeme masraflarının karşılanması sağlamak gibi amaçlarla, kural olarak ceza muhakemesinde karar verme yetkisine sahip yetkililer tarafından, gecikmede sakınca bulunan hallerde geçici olarak başvuru ve hükümden önce bazı temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren kanuni düzenlemelere koruma tedbirleri denir.¹ Meşruluğu yasalarca kabul edilmiş tüm koruma tedbirleri ile çeşitli temel hak ve özgürlüklere müdahale edilebilirken; yakalama, gözaltına alma ve tutuklama tedbirleri kişi özgürlüğüne yönelik en ağır müdahaleyi oluşturmaktadır.

Çalışmada Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde (KKTC) tutuklama tedbiri, kişi özgürlüğü bağlamında değerlendirilecektir. Konu ile ilgili araştırma yapmaya başladığımızda, konuyla ilgili daha önce doğrudan akademik bir çalışma yapılmadığını saptadık. Çalışmanın amacı, KKTC'de suç soruşturması sırasında kişi özgürlüğüne müdahale teşkil eden tedbirlerden biri olan tutuklamayı, mevzuat çerçevesinde, ancak pratik anlamda uygulamada kabul gördüğü şekilde ortaya koymak, mevzuattan ve uygulamadan kaynaklanan sorunlara eleştirel bir bakış açısıyla yaklaşmaya çalışıp, bu sorunları, yeri geldiğinde Türk hukukuyla kıyaslayıp, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını güvence altına alan 5. maddesi çerçevesinde değerlendirip, çözüm önerileri sunmaktır.

I. KKTC Hukuk Sistemi

Kıbrıs adası oldukça uzun bir süre İngilizler tarafından yönetilmiştir (1878-1960). 1960 yılında iki toplumlu Kıbrıs Cumhuriyeti ku-

¹ Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin Kırtıt Saygılar/Özdem Özaydın/Esea Akcan Alan/Efser Erden, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara 2016, s. 433; Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul 2016, s. 337; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara 2016, s. 287; Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, Ankara 2016, s. 313; Caner Ahmet Yenidünya/Zafer İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, Ankara 2016, s. 287; Ahmet Gökçen/Murat Balcı/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Adalet, Ankara 2018, s. 1.

rulmuş ise de Aralık 1963'te başlayan çatışmalar neticesinde Kıbrıslı Türklerin Anayasa'da öngörülen haklarından mahrum bırakılması ve Cumhuriyet yönetiminden dışlanması söz konusu olmuştur. Bu gelişmeleri müteakiben, iki toplumlu düzen terk edilmiş ve yerine iki ayrı yönetim gelmiştir.² Kıbrıslı Türkler bu dönemden sonra, önce Geçici Türk Yönetimi'ni, sonra Kıbrıs Türk Yönetimi'ni, ardından Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi'ni, sonrasında ise Kıbrıs Türk Federe Devleti'ni (KTFD) kurmuşlardır.³ Neticesinde, KKTC 15 Kasım 1983'te kurulmuştur. KKTC'nin ilanından sonra hazırlanan ve 5 Mayıs 1985 tarihinde halk oylamasına sunulup kabul edilen Anayasa, Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 1985 Anayasası, temel hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmını kapsayan, geniş bir temel haklar kataloğu içermektedir. Bu haklar yalnızca sayılmakla yetinilmemiş olup, ayrıntılı hükümler ve ek güvencelerle takviye edilmiştir.⁴

Bugün, Kuzey Kıbrıs'ta uygulanmakta olan mevzuatın kayda değer bir kısmı, İngiliz sömürgesi döneminden kalmıştır.⁵ Bu nedenle, Kuzey Kıbrıs'ta İngiltere'dekine benzer bir hukuk sisteminin uygulandığını söylemek yerinde olur.⁶ Hatta, bazı yasalar açıkça İngiliz hukukuna gönderme yaparak konu ile ilgili bir düzenleme bulunmaması halinde, İngiliz hukukunun doğrudan uygulama alanı bulacağını vurgulamaktadır.⁷ Belirtilmesi gereken bir başka önemli husus ise KKTC

² Zaim M. Necatigil, KKTC Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukuku, Lefkoşa 2015, s. 2.

³ Tufan Erhürman, "Çok Katmanlı Toplumlarda İstikrarlı Demokrasi: Birleşik Kıbrıs Örneği", *AÜHFD*, 61(1) 2012, 107-147, s. 116.

⁴ Fazıl Sağlam, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Hukuku Dersleri, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa 2016, s. 147.

⁵ Örneğin, Fasil 2 Avukatlar Yasası, Fasil 6 Hukuk Muhakemeleri Usulü Yasası, Fasil 144 Alkollü İçkiler Satış Yasası, Fasil 154 Ceza Yasası, Fasil 155 Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası.

⁶ Can Azer, "KKTC İdari Yargısında İstinafa Genel Bir Bakış", *TBB D*, 2017(128), 169-186, s. 170.

⁷ Örneğin 9/76 sayılı Mahkemeler Yasası'nın 38'inci maddesi açık bir biçimde Common Law'u (Ahkam-ı Umumiye) açık bir biçimde KKTC'de geçerli mevzuat olarak göstermektedir. Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın 3. maddesi ise "Bu yasada veya ilgili zamanda yürürlükte olan mevzuatta ceza muhakemeleri usulü konuları ile ilgili olarak özel bir kural olmadığında her Mahkeme, cezai işlemlerde, İngiltere'de ilgili zamanda yürürlükte bulunan ceza muhakemeleri usulü ile ilgili yasa ve usul kurallarını uygular" şeklinde olup yasaların yorumu için yürürlüğe girdikleri tarihlerdeki İngiltere'de yürürlükte olan mevzuata bakılması gerektiğine dikkat çekmektedir.

hukukunda, içtihatlarla oldukça önem verilmesidir. Hatta denilebilir ki KKTC'de içtihat dayalı bir hukuk sistemi hüküm sürmektedir.⁸ İçtihatların kaynaklarını ise sadece KKTC Anayasası ve KKTC mevzuatı oluşturmamakta, başka ülkelerin mahkemelerinin ve genellikle de İngiltere'nin, vermiş oldukları içtihatlarla dayanılmaktadır.

KKTC'de ceza hukuku alanındaki en önemli iki belge; Fasıllık 154 Ceza Yasası ve Fasıllık 155 Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'dır. Her iki yasa da İngiliz döneminde yürürlüğe girmiş ve değişik dönemlerde tadilatlar yapılarak günümüze kadar gelmiştir.

Burada belirtmek istediğimiz son husus ise suçların soruşturulmasına ilişkindir. Anglo Sakson hukuk sistemlerinde suçların soruşturulması kolluk görevlileri tarafından yapılır. Bu durum, Kuzey Kıbrıs'ta da böyledir. Bir suçu soruşturan kişiye, "soruşturma memuru" denilmektedir. Herhangi bir polis memuru herhangi bir suçu soruşturmakla görevlidir (Fasıllık 155 m. 4). Buradan anlaşılacağı üzere, Türk hukukundan farklı olarak savcı, soruşturma evresinde etkin bir role sahip değildir. Ayrıca, Kuzey Kıbrıs'ta yine Türk hukukundan farklı olarak soruşturulması şikayete bağlı suç yoktur. Suçları soruşturmakla görevli olan soruşturma memurları, bir suçun işlendiğini öğrendiği zaman o suçu soruşturmakla yükümlüdürler.

1. KKTC Hukuk Sisteminde Uluslararası Sözleşmelerin Yeri

Uluslararası mevzuat bakımından KKTC Anayasası'na göre, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar yasa hükmündedir ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz (KKTC AY m. 90/5). Bu düzenleme, T.C. Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrası ile birebir aynı olmakla; kökleri daha da eskiye dayanmaktadır. 1960 yılında kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti, 1962 yılında 39/1962 Sayılı Yasa ile AİHS'i iç hukukun bir parçası haline getirmiştir. Söz konusu onay yasası Aralık 1963 olaylarından önce Kıbrıs Cumhuriyeti'nin parlamentosu olan, Kıbrıslı Türkler ile Kıbrıslı Rumların katıldığı, Temsilciler Meclisi tarafından kabul edilmiştir. 1975-1983 yılında Kıbrıslı Türkler tarafın-

⁸ Çalışmada yer verilen KKTC mahkeme kararlarının tümüne <http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx> linkinden ulaşmak mümkündür (ET. 26.8.2021).

dan kurulan KTFD Anayasası'nın geçici 1. maddesinde de bu durum korunmuş⁹ ve 1983 yılında kurulan KKTC'nin halen yürürlükte olan 1985 Anayasası'nın geçici 4. maddesinin 1. fıkrasında; *"Bu Anayasanın yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan mevzuat, bu Anayasa kurallarına aykırı olmadığı ölçüde yürürlükte kalır"* denilmek suretiyle mevcut durum muhafaza edilmiştir. Böylelikle, AİHS'in insan hak ve özgürlüklerine ilişkin kuralları, Kıbrıs Cumhuriyeti'nde olduğu gibi, KKTC'nin de iç hukukunun bir parçasıdır.¹⁰ Nitekim KKTC Yargıtayı, önüne gelen pek çok davada bu durumu açıkça vurgulamıştır.¹¹ Anayasa Mahkemesi ise, 26.6.2003 tarihli kararında, AİHS'in KKTC iç hukukunun bir parçası olduğunu ifade etmiş; ancak Sözleşmenin Anayasa gibi üst düzeyde değil de yasalarla eşit uygulanması gerektiğini vurgulamıştır.¹²

Ne var ki, KKTC bağımsız bir devlet olarak tanınmadığı için Avrupa Konseyi'ne üye olamadığı gibi, AİHS'e de taraf değildir. Avrupa Konseyi organları Konsey'e üye ve Sözleşmeye taraf olarak Kıbrıs Cumhuriyeti'ni tanımaktadır. Bu nedenle, KKTC'de yaşamakta olan bireyler, iç hukuk yollarını tükettikten sonra, Sözleşme'nin ihlalden dolayı yapabilecekleri başvuruları KKTC aleyhine değil, şikayet konularına ve muhatabına göre, Türkiye aleyhine yapmak durumundadır.¹³

⁹ KTFD Anayasası'nın geçici 1. maddesi şu şekildedir: "16 Ağustos 1960 tarihli ve bu Anayasa'ya uygun olarak, 21 Aralık 1960 tarihine kadar kabul edilmiş mevzuatın; 28 Aralık 1967 tarihli Kıbrıs Türk Yönetimi Temel Kurallarının ve tadillerinin ve bunlara uygun olarak kabul edilmiş mevzuatın; Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi Yürütme Kurulu ve Meclisinin 13 ve 18 Şubat 1975 tarihlerinde birleşik olarak yaptıkları toplantılarda alınan kararların ve bunlara uygun olarak yaptıkları toplantılarda alınan kararların ve bunlara uygun olarak kabul edilmiş mevzuatın; bu Anayasa uyarınca konulacak yasalara aykırı olmayanları, yürürlükte kalır".

¹⁰ Zaim Necatigil, Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AİHM Kışkacında Türkiye, Turhan Kitabevi, Lefkoşa 2006, s. 1-23; Veziroğlu/Gümüş, KKTC Ceza Usul Hukuku, Lefkoşa 2012, s. 72.

¹¹ Bkz. KKTC Yargıtay Ceza, D. 1-2-3/2001, Dava No: 2/2001, Karar Tarihi: 23.2.2001; KKTC Yargıtay Ceza, D. 44/2012, Dava No: 4/2013, Karar Tarihi: 19.6.2013.

¹² KKTC AYM, D. 24/202, Dava No: 4/2003, Karar Tarihi: 26.6.2003: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi iç hukukumuzun bir parçası olmakla birlikte hukuk normları hiyerarşisinde Anayasa gibi bir üst norm değildir. Yasaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılığını denetleyen ve aykırı olanların iptalini öngören bir iç prosedür yoktur. Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi iç hukuk haline gelmiş bir uluslararası sözleşme veya diğer herhangi bir yasa statüsünde kabul edip uygulamamız gerekir". Bu konunun Türk öğretisindeki kısa tartışması için bkz. s. 32-34.

¹³ Moeckli/Sangeeta/Shah, Moeckli, Daniel/Shah, Sangeeta/Sicakumaran, Sandesh, International Human Rights Law, OUP, London, 2014, s. 129; Necatigil, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim, s. 42.

Bunun temel nedeni; AİHM'in çeşitli kararlarında değindiği üzere Türkiye'nin Kuzey Kıbrıs'ta yargı yetkisi bulunduğu yönünde görüşü benimsemiş olmasıdır. Nitekim AİHM'in Türkiye aleyhine bu husustan ötürü vermiş olduğu pek çok kararı mevcuttur.¹⁴

II. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı

Bireyin, yaşam hakkı ihlal edilmedikçe diğer tüm özgürlüklerini etkinliğe kavuşturabilmesinin esas koşulu, iktidar karşısında, diğer özgürlüklerin sert çekirdeği olarak nitelendirilen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkıdır.¹⁵ Bu yönüyle, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının en temel insan haklarından olduğu söylenebilir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı; kişinin haksız yere yakalanmamasını, gözaltında tutulmamasını, cezalandırılmamasını, hareket serbestisinin haksız yere kısıtlanmamasını, istediği yere gidip gelebilme, dolaşabilme olanağının ortadan kaldırılmamasını ve bu hakkın güvencesi altında yaşamını sürdürüp geliştirmesini garanti eder.¹⁶ Bu hak, demokratik toplumlarda büyük öneme sahip olup, tüm ulusalüstü belgelerin ve anayasaların temel hükümlerindedir.¹⁷ Gerçekten kişi özgürlük ve güvenliği, T.C. Anayasası'nın 19, KKTC Anayasası'nın 16, AİHS'in 5, Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 9, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesi ile tanınan ve güvence altına alınan bir haktır.

AİHS'in 5. maddesi kişi özgürlüğüne devlet tarafından keyfi şekilde müdahale edilmemesi ve özgürlük sınırlamasının hakim tarafından denetlenmesi konusunda güvence içermektedir.¹⁸ Kişi özgürlüğü

¹⁴ Bkz. AİHM'in Türkiye'ye karşı 18.12.1996 tarihli Loizidou kararı, BN. 15318/89; AİHM'in Türkiye'ye karşı 31.3.2005 tarihli Adalı kararı, BN. 38187/97; AİHM'in Türkiye aleyhine 6.7.2009 tarihli Amer kararı, BN. 25720/02; AİHM'in Türkiye aleyhine 20.6.2011 tarihli Elewa kararı, BN. 36772/02; Kıbrıs Cumhuriyeti aleyhine verilen kararlara ise, AİHM'in Kıbrıs Cumhuriyeti'ne karşı 16.7.2002 tarihli Selim kararı, BN. 47293/99 örnek gösterilebilir. AİHM'in Türkiye ve Kıbrıs Cumhuriyeti'ne karşı 4.4.2017 tarihli Güzelyurtlu kararı, BN. 36925/07 sayılı kararında ise hem Türkiye hem de Kıbrıs Cumhuriyeti mahkûm edilmiştir.

¹⁵ Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 237.

¹⁶ Serap Keskin, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler", *İÜHFİM*, C.LX, S.1-2, 2002, 49-64, s. 49.

¹⁷ Richard Stone, *Textbook on Civil Liberties and Human Rights*, OUP, London 2014, s. 75.

¹⁸ David Harris/Michael O'Boyle/Ed Bates/Carla Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, OUP, London 2014, s. 287; Moeckli/Shah/Sica-

güvencesi mutlaktır. Gerek özgür, gerekse özgürlüğü kısıtlanmış bir kişi, bu haktan yararlanır ve kendi rızasıyla bu haktan tasarruf etmesi mümkün değildir.¹⁹

Beşinci madde, Sözleşmede güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerden daha açık ve kapsamlı bir biçimde düzenlenmiştir.²⁰ Madde hükmüyle güdülen amaç kişinin güvenlik içinde olmasını; onun keyfi olarak yakalanmak, gözaltında tutulmak, tutuklanmak ve cezalandırılmak suretiyle hareket özgürlüğünün kısıtlanıp, istediği yere gidip gelebilme serbestisinin kaldırılmamasını ve bunun güvencesi içinde yaşamını sürdürmesini ve geliştirmesini sağlamaktır.²¹ Bu durum AİHM içtihatlarına da yansımaktadır.²² Madde, “Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır” şeklinde bir özgürlük karinesi ile başlamaktadır (AİHS m. 5/1).

Sözleşme, hakkın öznesi bakımından herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Özel bir rejime tabi tutulan silahlı kuvvetler mensupları da dahil olmak üzere bu haktan herkes yararlanabilmektedir. Ancak kişi özgürlüğü mutlak bir hak değildir; kısıtlanabilir ve olağanüstü hallerde askıya alınabilmesi mümkündür.²³ Bu özgürlük karinesinin hangi koşullarda ve nasıl sınırlanabileceği de birinci paragrafta altı kategoriden oluşan bir liste halinde belirtilmiştir.²⁴ Maddede belirtilen

kumaran, International Human Rights Law, p. 261; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin, Ankara 2016, s. 192.

¹⁹ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, El Kitabı, s. 192; Bernadette Rainey/Elizabeth Wicks/Clare Ovey, The European Convention on Human Rights, OUP, Oxford 2014, s. 213.

²⁰ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, El Kitabı, s. 192; Tanju Sarıgül, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiyi Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Seçkin Yay., Ankara 2013, s. 30; Dijk, P/Hoof G.T.H, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International, Hague, 1998, s. 345.

²¹ Behiye Eker Kazancı, “AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması” TBBD 2012(98), s. 74; Seyithan, Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi, s. 2 vd; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, El Kitabı, s. 192.

²² Peter Kempees, A Systematic Guide to the Case-Law of the European Court of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague 1996, s. 58.

²³ AİHS'nin askıya alma rejimini 15. madde düzenlemektedir. Bu madde gereğince savaş zamanında veya ulusun yaşamını tehdit eden başka bir olağanüstü durumda, beşinci madde bağlamında kişi özgürlüğünün taraf devletçe bu madde hükümleri onbeşinci madde çerçevesinde derogasyona tabi tutulmasının mümkün olduğudur.

²⁴ Bu sınırlamalar şu şekildedir: “a) Kişinin yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması; b) Kişinin bir

istisnalar sınırlayıcıdır, dar yoruma tabidir ve genişletilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla maddede sınırlayıcı olarak gösterilen nedenler dışında gerçekleştirilecek bir özgürlük kısıtlaması 5. maddenin ihlaline yol açacaktır.²⁵ Ancak bu şekilde bir yaklaşım, 5. maddenin amacı ile tutarlı olacak, yani bireylerin özgürlüğünün haksız yere kısıtlanmamasını güvenceleyecektir. Madde bu sebeple kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği durumları da tüketici bir liste şeklinde sunmaktadır.

Kişi özgürlüğüne gerçekleştirilecek herhangi bir müdahalenin 5. madde bakımından haklı görünebilmesi için, iki önemli şart yerine getirilmelidir. İlk olarak, özgürlüğe müdahale *"hukuki olmalı"*, *"keyfi"* olmamalıdır.²⁶ Bu bağlamda hukukilik genel bir ön şart olarak belirlenmiştir. Yasallık koşulu uyarınca, özgürlükten yoksun bırakma *"yasanın öngördüğü koşula uygun"* olarak gerçekleşmelidir. Bunun amacının bireyin keyfiliğe karşı korunmasını sağlamak olduğu konusunda bir duraksama yoktur.²⁷ Kişi özgürlüğünü kısıtlayan her türlü işlem, yüyürlükteki mevzuatın öngördüğü usul izlenerek, keyfilikten uzak, yetkili merciin kararıyla ve dürüstlük ilkesi çerçevesinde uygulanmalıdır.²⁸ Aynı zamanda, iç hukukun usul kuralları Sözleşmenin hükümleriyle uyum içinde olmalıdır. İkinci olarak ise, özgürlüğe müdahale Sözleşmede gösterilen istisnalara uygun olarak

mahkeme yarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya aysanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması; c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması veya tutulması; d) Bir küçüğün gözetin altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması; e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması; f) Kişinin usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alınması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması" (AİHS, m. 5/1(a-f)).

²⁵ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, *Law of the European*, s. 306; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, *El Kitabı*, s. 194; Rainey/Wicks/Ovey, *The European Convention*, s. 217.

²⁶ OsmanDoğru/Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi C. 1, Legal*, İstanbul 2016, s. 370.

²⁷ AİHM'in Litvanya'ya karşı 31.7. 200 tarihli Jecius kararı, BN. 34578/97, prg. 56.

²⁸ Sarıgül, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, s. 41.

gerçekleştirilmelidir. Bu istisnalar m. 5/1(a-f) bentlerinde gösterilenlerdir.²⁹ Kısaca bir özgürlükten yoksun bırakma, hukuka uygunluk taşımadığı veya hukuka uygun olsa dahi olayda istisnalara uygunluk şartını yerine getirmedeği takdirde Sözleşmenin m. 5/1 fıkrası ihlal edilmiş olacaktır.

KKTC Anayasası'nın 16. maddenin ilk fıkrası, herkesin kişi özgürlüğü hakkına sahip olduğunu belirtmekte, 2. fıkrası ise, bu hakkın hangi hallerde meşru olarak kısıtlanabileceğini düzenlemektedir.³⁰ Böylelikle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı belirtilen haller dışında kişinin özgürlüğünün sınırlandırılması hukuka aykırı olacaktır. Öte yandan, 16. maddenin 3. fıkrasına göre *"Kimse, ölüm veya hapis cezasını gerektiren bir suçüstü halinde, yasa ile bulunduğu zaman ve gösterildiği usullere uygun olarak ve gerekçe, yargıç kararına dayanarak düzenlenmiş adli bir belge bulunmaksızın yakalanamaz"*.³¹ Bu fıkranın hukuki etkileri aşağıda detaylandırılacaktır. Maddenin (4) - (10) fıkraları ise özgürlüğü sınırlandırılan kişiye sağlanacak birtakım usulü güvenceleri düzenlemektedir.

²⁹ Doğru/Nalbant, İnsan Hakları C. 1, s. 370.

³⁰ Kişilerin özgürlüklerinin hangi hallerde kısıtlanabileceği 16'ncı maddenin 2'inci fıkrasında şu şekilde gösterilmiştir: "(a) Yetkili mahkemece hakkında hüküm verilmiş bir kişinin tutukluluğu; (b) Mahkemece verilmiş yasal bir emre uymamaktan dolayı bir kişinin yakalanması veya tutukluluğu; (c) Bir kişinin, suç işlediği makul şüphesi üzerine, yetkili yargı mercii önüne getirilmesi amacıyla veya suç işlemesini önlemenin veya işledikten sonra kaçmasına engel olmanın makul olarak gerekli görüldüğü hallerde yakalanması veya tutukluluğu; (ç) Bir küçüğün ıslahı amacıyla yasal bir emirle bakım altına alınması veya yetkili yargı mercii önüne getirilmesi amacıyla yasal tutukluluğu; (d) Bulaşıcı bir hastalık yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkoliklerin, uyuşturucu madde düşkünlerinin veya serserilerin tutukluluğu; (e) Bir kişinin, Devlet topraklarına izinsiz girmesini önlemek için veya bir yabancının sınırdışı edilmesi veya geri verilmesi işlemine girilmesi nedeniyle yakalanması ve tutukluluğu; (f) Herhangi bir yabancının Cumhuriyette herhangi bir maddi yükümlülükten kurtulmak amacı ile Cumhuriyeti terk etmesini önlemek için yakalanması ve tutukluluğu; (g) Birden fazla uyruklu Cumhuriyet yurttaşlarının, uyruğunda buldukları diğer ülke yasaları karşısında işlemiş oldukları suçlar nedeniyle haklarında verilmiş mahkeme kararlarının, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti ile o ülke arasında adli yardım ve mahkeme ilamlarının karşılıklı tenfizi antlaşması bulunması kaydıyla, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde infazı için tutukluluğu".

³¹ Bu noktada, ölüm cezasının 20/2014 sayılı tadilat yasası ile Fasil 154 Ceza Kanunu'ndan kaldırıldığını belirtmek gerekir. Söz konusu ifadenin neden hala Anayasa'da yer aldığı anlaşılır değildir.

III. KKTC’de Kişi Özgürlüğüne Yönelik Tedbirler

1. Terim

Bazı kavram karışıklıklarına meydan vermemek için burada birtakım kavramların anlamları üzerinde durmak gereklidir. Çeşitli ülkelerin ceza muhakemesine ilişkin kanuni düzenlemelerinde kişi özgürlüğünün kısıtlanması, kısıtlamanın niteliğine göre çeşitli kavramlarla ifade edilmektedir. Örneğin, Türk hukukunda, “*koruma tedbirleri*” olarak nitelendirilen, “*yakalama*”, “*gözetim altına alma*” ve “*tutuklama*” gibi tedbirlerin tümü kişi özgürlüğüne müdahale teşkil eder. Bu aşamada, KKTC hukukunda, bu kavramların mevzuatta birbiriyle çatışır ve gelişigüzel bir şekilde kullanıldığını belirtmek gerekir. Örneğin, Anayasa’nın 16. maddesinin pek çok fıkrasında “*yakalama*” kavramına yer verilmiştir. Buna karşılık, Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası’nda söz konusu bu kavrama yer verilmemiş olup, kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı ilk hal “*tutuklama*” olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca, “*gözetim altına alma*” ifadesi Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası’nın bazı maddelerinde (m. 14/1, m. 17/1-a, m. 63) kullanılmakta olup, Kanun’da gözetim altına almanın şartlarına ve süresine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu kavram karışıklığının en temel nedeni, Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası’nın İngiliz döneminden kalma bir yasa olmasına karşılık, KKTC Anayasasının, KKTC’nin ilanından sonra hazırlanırken katkı koymuş olan akademisyenlerin başka hukuk düzenlerinde uzmanlaşmış olmalarıdır. Ancak hemen belirtmek isteriz ki, bu kavramların tatbikatta herhangi bir kafa karışıklığına veya probleme neden olduğunu iddia etmek de yerinde olmayacaktır.

Kuzey Kıbrıs’ta yerleşmiş içtihattan ve ilgili kanun maddelerinden anlaşıldığı üzere, Türk hukukunda kullanılan ve hakim kararı olmaksızın kişi özgürlüğünün sınırlandırılmasını ifade eden “*yakalama*” kavramı yerine “*tutuklama*” ifadesi kullanılmaktadır. Bu doğrultuda kişi, fiziksel özgürlüğünün sınırlandırıldığı ilk andan itibaren tutuklanmış olarak kabul edilmekte ve “*hükümsüz tutuklu*” olarak anılmaktadır. Bir başka ifadeyle, Kuzey Kıbrıs hukukunda Türk hukukudakinin aksine yakalama ve tutuklama kavramları birbiriyle iç içe geçmiş şekilde kullanılmakta ve hakim kararı olmaksızın kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı daha ilk anda kişi tutuklanmış sayılmaktadır. Türk hukukunda “*yakalama emrine da-*

yanmayan yakalama” ve *“yakalama emrine dayanan yakalama”* nın muadili olarak gösterebileceğimiz kurumlar ise KKTC hukukunda *“müzekkereli tutuklama”* ve *“müzekkeresiz tutuklama”* şeklinde kanunda yer bulmaktadır. Kişinin özgürlüğünün kısıtlanması, ister hakim kararı üzerine, isterse hakim kararına dayanılmaksızın yapılmış olsun tüm hallerde *“tutukluluk”* kavramı ile ifade edilmektedir. Kişinin özgürlüğü sınırlandıktan sonra nezarethanede geçirdiği süreye ise *“tutukluluk süresi”* denilmektedir. Ayrıca, Türk hukukunda *“göztaltı süresinin uzatılması”* kavramı kullanılırken, KKTC hukukunda *“tutukluluk süresinin uzatılması”* denilmektedir. Bunun doğal sonucu olarak, Kuzey Kıbrıs hukukunda *“yakalama”* ve *“göztaltına alma”* tedbirlerinin olmadığını belirtmek yerinde olacaktır. Bu nedenle, çalışmanın geriye kalan kısmındaki açıklamalarımız *“tutuklama”* kavramı ile ifade edilecektir.

2. Müzekkereli Müzekkeresiz Tutuklama Ayırımı

Bir suç işlendiği tespit edildikten sonra, suç işlediğinden makul surette şüphe edilen kişi, Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın düzenlemelerine göre, mahkeme emri ile veya mahkeme emri olmadan tutuklanabilir. Şüpheli, mahkemenin emri ile tutuklanmışsa, bu tutuklamaya, *“müzekkereli tutuklama”*, mahkemenin emri olmaksızın tutuklanmışsa, bu tutuklamaya ise, *“müzekkeresiz tutuklama”* denilmektedir.³²

3. Müzekkeresiz Tutuklamanın Koşulları

a. Kolluk Görevlilerinin Tutuklama Yetkisi

Şüphelinin müzekkeresiz olarak tutuklanmasının sınırları Fasıl 155 Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın 14, 15 ve 16. maddelerinde düzenlemektedir. Fasıl 155'in 14. maddesi polis mensuplarının, 15. maddesi özel kişilerin ve mal sahiplerinin ve 16. maddesi ise hakimlerin bizzat veya direktifi ile kişilerin, müzekkeresiz olarak hangi hallerde tutuklanabileceklerini düzenlemektedir. KKTC hukukunda tutuklama kural olarak kolluk mensupları tarafından ancak yasanın öngördüğü bazı hallerde özel kişiler tarafından da yapılabilmektedir.³³

³² Hasan Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul Hukuku Cilt 1, Lefkoşa 2014, s. 296; Veziroğlu/Gümüş, KKTC Ceza Usul Hukuku, s. 73.

³³ Türk hukuku ile kıyaslama yaptığımızda ise burada değinilmesi gereken 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90 ve 98. maddeleridir. İlgili maddeler kimlerin yakalama yetkisi olduğunu açıkça göstermektedir. Buna göre Türk

Fasıl 155'in 14. maddesi, kolluk mensuplarının herhangi bir kişiyi müzekkeresiz olarak tutuklayabilmesinin sınırlarını çizmektedir.³⁴ Söz konusu maddenin oldukça ayrıntılı olarak düzenlendiği dikkat çekmektedir³⁵. Şüphelinin müzekkeresiz olarak tutuklanabilmesi için 3 koşulun bir arada bulunması gereklidir. Bu koşullar şu şekildedir: (1) Müzekkeresiz tutuklama yetkisi ve usullerinin kanunda öngörülmüş ve gösterilmiş olması; (2) Şüphelinin, suçüstü halinde olması; (3) Şüphelinin, suçüstü olduğu suçun, ölüm cezasını veya iki yıldan fazla hapis cezasını gerektirmesi.³⁶ Bu doğrultuda, bir kişi ancak, yasada öngörülmüş ve usulleri gösterilmiş olmak şartı ile, suçüstü halinde iken müzekkeresiz tutuklanabilir. Suçüstü durumunda değil ise müzekkeresiz tutuklanamaz. Ayrıca ilgili suçun, iki yıldan fazla hapis veya ölüm cezası ile cezalandırılabilen bir suç olması gerekir. Bunun

hukukunda yakalama, kural olarak kolluk tarafından yapılabilir. Ancak, belirli şartlar altında herkes tarafından da yapılması mümkündür. Başka hiçbir koruma tedbiri için bireylere yetki tanınmamasına rağmen, yakalamada belirli hallerde herkese yakalama yetkisi verildiği görülmektedir.

34 Maddede gösterilen haller şu şekildedir: "Herhangi bir polis memuru; (a) Ölüm veya iki yıldan fazla hapis cezası ile cezalandırılabilen bir suç işlediğinden makul sebeplere istinaden şüphe ettiği; (b) Önünde hapislikle cezalandırılabilen herhangi bir suç işleyen; (c) Bir polis memurunu görevini yapmaktan men eden veya yasal nezaretten firar eden veya etmeye teşebbüs eden; (d) Tasarrufunda makul olarak hırsızlık olduğu şüphe edilen herhangi bir eşya bulunan ve o eşya ile ilgili bir suç işlediği makul olarak şüphe edilebilen; (e) Kara, deniz veya hava kuvvetlerinden asker kaçağı olduğundan makul olarak şüphe edilen; (f) KKTC'de işlenmesi halinde bir suç teşkil eden ve KKTC'yi de kapsamına alan herhangi bir İngiliz yasayı gereğince o suç ile ilgili, olarak bir kişinin Kıbrıs'ta yakalanarak gözaltına alınmasını gerektiren Kıbrıs dışındaki bir yerde herhangi bir fiil ile ilgisi bulunduğu makul sebeplerle istinaden şüphe ettiği; (g) Hakkında Mahkemece tutuklanması için bit tutuklama müzekkeresi isdar edildiğine inanması için makul sebebi bulunan; (h) Görünür geçim kaynakları bulunmayan ve kendisi hakkında tatmin edici hesap veremeyen; (i) Mevcudiyetini gizleme için tedbir almakta olduğu görülen ve bu tedbirleri bir suç işlemek amacıyla almakta olduğuna inanmaya sebebiyet verecek koşullar altında olan; (j) Bu yasanın 16. maddesi gereğince bir yargıç tarafından tutuklanması için direktif verilen; (k) Hapis cezası ile cezalandırılabilen bir suç işlediğinden makul sebeplere istinaden şüphe ettiği ve isim ve adresini vermeyi reddeden veya polis memurunun yalan olduğuna inandığı bir isim veya adres veren; (l) Yürürlükteki mevzuat gereğince müzekkeresiz olarak tutuklanabilen herhangi bir kişiyi müzekkeresiz olarak tutuklayabilir".

35 Türk hukukuna baktığımızda ise kolluk görevlilerinin, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde; Cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağı bulunmadığı durumlarda, yakalama yetkisine sahip oldukları görülmektedir. (CMK m. 90/2).

36 Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul, s. 299; Veziroğlu/Gümüş, KKTC Ceza Usul Hukuku, s. 73.

doğal sonucu olarak da, yalnızca para cezası gerektiren bir suçla ilişkin olarak suçüstü halinde olan şüpheli tutuklanamaz.³⁷

KKTC Anayasası'nın 16. maddesinin 2. fıkrasında bir kişinin özgürlüğünden ne gibi hallerde yoksun bırakılabileceğinin sınırlarını çizmektedir. Bu fıkranın (c) bendi bir kişinin, suç işlediği makul şüphesi üzerine, yetkili yargı mercii önüne çıkarılması amacıyla veya suç işlemesini önlemek veya işledikten sonra kaçmasına engel olunmasının makul olarak gerekli görüldüğü hallerde yakalanmasına veya tutuklanmasına mücade etmektedir. Aynı maddenin 3. fıkrası ise bir kimsenin ölüm veya hapis cezasını gerektiren bir suçüstü halinde ve yasa ile yürürlüğe girdiği zaman ve gösterildiği usul hariç olmak üzere, yasanın gösterdiği usuller doğrultusunda ve bir hakim kararına dayanılarak düzenlenmiş bir adli belge bulunmaksızın yakalanmamasını güvence altına almaktadır. Ne var ki yukarıda açıklandığı üzere, Fasil 155'ün 14. maddesinin 1. fıkrası kolluk mensuplarına "ölüm veya iki yıldan fazla hapis cezası ile cezalandırılabilen bir suç işlediğinden makul sebeplerle şüphelenen" kişileri müzekkeresiz yakalam yetkisi vermektedir.

Bu durum, KKTC Anayasa Mahkemesi'nin 12 Aralık 1990 tarihli kararında ele alınmıştır.³⁸ AYM, söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olup olmadığının kararlaştırılabilmesi açısından, Anayasa'nın 16. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendi ile, 3. fıkrasının birlikte yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. 16. maddenin 2. fıkrasının (c) bendi, bir kişinin hangi hallerde yakalanabileceğini veya tutuklanabileceğini göstermekte ve söz konusu bu bentte yakalamanın veya tutuklamanın müzekkeresiz yapılabileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Maddenin 3. fıkrasında ise fıkrada belirtilen istisnalar haricinde kimsenin adli müzekkere olmaksızın yakalanamayacağı öngörülmektedir. AYM'ye göre, 2. fıkranın (c) bendinin müzekkeresiz yakalamaya veya tutuklamaya mücade ettiği yönünde bir yorum yapılması, bu bend ile 3. fıkra arasında açıkca bir çelişkiyi ortaya çıkacaktır. Anayasa koyucunun özellikle aynı madde içerisindeki fıkralar arasında çelişkili hükümler yaratmak niyetinde olmadığını farz eden AYM, bu iki kuralın birbirleriyle bağdaştırılarak, uyum içinde yorumlanması ge-

³⁷ KKTC hukukunda bu gibi suçlara örnek olarak Fasil 154 Ceza Yasası'nın 374. maddesi, 21/1974 tarihli Motorlu Araçlar ve Yol Trafik Yasalarını Tadil Eden ve Birleştiren Yasa'nın 13. maddesi gösterilebilir.

³⁸ KKTC Anayasa Mahkemesi, D. 9/90, Dava No: 26/1990, Karar Tarihi: 12.12.1990.

rektiğini, bu şekilde yapılan yorum neticesinde ise, 2. fıkranın (c) bendinde gösterilen hallerde de, müzekkeresiz yakalama yapılamayacağı sonucunun ortaya çıktığını belirtmiştir.³⁹

İlaveten AYM, bu kuralların geçmişte, 1960 Anayasası altında AYM tarafından yorumlandığını ve anayasa koyucunun bu yorumu bilmekte olduğunu, geçmişte yorumlanan kuralların aynen veya benzer şekilde yeniden yasalarda yer alması halinde, kanun koyucunun bu kuralların aynı şekilde yorumlanmasını istediğinin anlaşıldığını, geçmişte yapılan yoruma göre, hapis cezası veya ölüm cezası gerektiren bir suçüstü hali dışında bu kuralların düzenlenmekte olduğu hallerde, kişilerin, adli müzekkere olmaksızın yakalanamayacağını, yorum bu olduğuna göre de Fesil 155'in 14. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi, bir polis mensubuna suçüstü olmayan hallerde de 2 yıldan fazla hapis cezası gerektiren bir suç işlediğinden şüphelenilen bir kişiyi, müzekkeresiz olarak tutuklama yetkisi verdiği için, bu bendin, Anayasa'nın 16. maddesinin 3. fıkrasına aykırı olduğunu karara bağlamıştır.⁴⁰ Ne var ki, bugüne dek Fesil 155'de bu konuya ilişkin olarak bir değişikliğe gidilmiş değildir. Şüpheliler, kolluk görevlileri tarafından müzekkeresiz olarak tutuklanmakta ve 24 saat içinde hakim önüne çıkarılmaktadır. Süregelen uygulama bu yöndedir.

Anayasa'nın 16. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne taşınmış bir başka husus da Fesil 155'in 14. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendiyle ilgilidir. Her iki maddeye göre, şüpheli, hapis cezası gerektiren bir suçüstü halinde, müzekkeresiz olarak tutuklanabilir. Anayasa Mahkemesi'nin 26 Mart 1992 tarihli kararında ise, sanık avukatı, Anayasa'nın 16(3) maddesinin "*en az üç yıl hapis cezası*" şeklinde okunması gerektiğini iddia etmiştir.⁴¹ Söz konusu somut olayda, Anayasa'nın bu maddesi, bu şekilde yorumlandığı takdirde, şüphelinin suçüstü halinde olduğu suçun cezası 3 yıldan az olduğu cihetle, kolluk görevlisinin tutukluluğu da yasa dışı hale gelmiş olacaktı. Anayasa Mahkemesi, 16. maddenin 3. fıkrasını oluşturan

³⁹ KKTC Anayasa Mahkemesi, D. 9/90, Dava No: 26/1990, Karar Tarihi: 12.12.1990, s. 2-8.

⁴⁰ KKTC Anayasa Mahkemesi, D. 9/90, Dava No: 26/1990, Karar Tarihi: 12.12.1990, s. 9.

⁴¹ KKTC Anayasa Mahkemesi, D. 1/92, Dava No: 3/1992, Karar Tarihi: 26 Mart 1992.

sözcüklere basit sözlük anlamları verildiğinde ortaya abes bir anlatım çıkmadığını, aksine gayet açık ve anlaşılır bir anlatım çıktığını, kanun koyucunun dilemiş olsa idi, hapis cezasına bir süre öngörecektir durumda olduğunu, ancak bu yönde bir süre belirleme yoluna gitmediğini ifade ederek, söz konusu kanun maddesinin Anayasa'nın 16(3) maddesine aykırı olmadığını karara bağlamıştır.⁴²

b. Özel Kişilerin ve Hakimlerin Tutuklama Yetkisi

Fasıl 155'in 15. maddesi, özel kişilerin, iki yıldan fazla hapis cezası veya ölüm cezası gerektiren bir suçla ilişkin olarak suçüstü halinde tespit ettikleri bir şüpheliyi, müzekkeresiz olarak tutuklayabilmesini düzenlemektedir (m. 15/1-a)⁴³. Burada belirtmek istediğimiz bir husus, özel kişilerin bir suçun cezasının 2 yıldan fazla hapis cezası olduğunu bilmelerini beklemenin yerinde olmadığıdır. Fasıl 155'in 15. maddesinin 2. fıkrası ise, mala zarar vermekle ilgili bir suç işlemekte olduğu görülen şüphelinin, mal sahibi veya mal sahibinin müstahdemi veya mal sahibinin yetkilendireceği bir kişi tarafından müzekkeresiz olarak tutuklanabileceğini hükme bağlamaktadır. 15. madde kapsamında tutuklama yapan herhangi bir kişi, Türk hukukunda yakalamada

⁴² KKTC Anayasa Mahkemesi, D. 1/92, Dava No: 3/1992, Karar Tarihi: 26 Mart 1992, s. 5 "Anayasa'nın 16. madde 3. fıkrasının son derece açık ve net olduğu ve ona orada belirtilen anlamdan başka bir anlam verilmeyeceği görüşündeyiz. Aksine hareket edip kuralda yer almayan hapis süresini, yorum yolu ile, kurala koymak ilgili kuralın gerek özüne ve gerekse sözüne aykırı olur".

⁴³ Türk hukukuna baktığımızda ise konunun CMK'nın 90. maddesinin birinci fıkrasında düzenlendiğini görmekteyiz. İlgili düzenlemeye göre, "(a) Kişiyi suç işlerken rastlanması, (b) Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması, hallerinde herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir". "(a) Kişiyi suç işlerken rastlanması, (b) Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması, hallerinde herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir". Birinci durumda, suçüstü hali vardır. Kanun, bu durumu yeterli görmüş ve failin kaçma tehlikesi bulunmasını veya failin kimliğini hemen tespit etme imkanının bulunmaması gibi ayrıca bir koşul aranmaksızın, herkesin yakalama yapabilmesine imkan tanımıştır. İkinci durum açısından ise, kişiyi suçüstü halinde rastlanmamakta, henüz fiilin işlenmesinin hemen ardından takip edilerek veya fiilin çok kısa süre önce işlendiğini gösteren eşya veya delille bir kimsenin, yakalanması durumunda herkesin yakalama yapabilme yetkisi doğmaktadır. Bu durumda herkesin yakalama yapabilmesi için ayrıca; kişinin kaçma olasılığının bulunması veya kimliğini hemen belirleme olanağının bulunmaması gerekir. Burada, gerçek bir suçüstü durumu bulunmadığından yakalama yapılabilmesi için ayrıca bu koşulların da gerçekleşmesi aranmaktadır.

olduğu gibi, tutukluyu gecikmeksizin bir polis memuruna teslim eder veya polis memuru bulunmaması halinde tutukluyu en yakın polis karakoluna götürür (m. 15/3).

4. Tutukluluk Müzekkeresi

Şüpheli müzekkeresiz olarak tutuklanamıyorsa bir tutuklama müzekkeresi hazırlanması için hakime müracaat edilir⁴⁴. Müzekkere hazırlanması için yapılan müracaatın yeminle desteklenmesi gerekir aksi takdirde müzekkere icra edilemez (m. 18/1). Tatbikatta, müracaatlar yazılı yapılmakta ve müracaatın gerekçeleri ise bir yemin belgesinde belirtilmektedir.⁴⁵ Hakim, gerekli görmesi halinde bir tutuklama müzekkeresi hazırlanmasına emir verir. Hakimin bu yönde bir emir verebilmesi için, şüphelinin suç işlediğine dair makul şüphe olması ve soruşturmanın selameti açısından, şüphelinin tutuklanmasının zorunlu olması gereklidir.⁴⁶ Tutuklama müzekkeresinin, haftasonları ve resmi tatiller dahil herhangi bir tarihte ve saatte düzenlenmesi mümkündür (m. 18/2). Şüpheli hakkında verilecek olan tutuklama müzekkeresinin şeklinin, içeriğinin ve süresinin ne olacağı ise Fasil 155'in 19. maddesi tarafından belirlenmiştir.⁴⁷ Tutuklama müzekkeresi icra edilinceye veya bir hakim tarafından iptal edilinceye kadar yürürlükte kalır (Fasil 155 m. 19/4).

5. Tutuklamanın Gerçekleştirilmesi

Tutukluluk müzekkeresinin icrası için, herhangi bir gün, yer ve zaman sınırlaması yoktur (m. 21). Buna göre, tutukluluk müzekkeresinin, hafta sonları veya resmi tatil günleri de dahil olmak üzere her-

⁴⁴ Bu durumunun muadili Türk hukukunda CMK'nın 98. maddesinde düzenlenen yakalama emrine dayanan yakalamadır. Buna göre, "soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir" (CMK m. 98/1).

⁴⁵ Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul, s. 303; Veziroğlu/Gümüş, KKTC Ceza Usul Hukuku, s. 74.

⁴⁶ Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul, s. 304; Veziroğlu/Gümüş, KKTC Ceza Usul Hukuku, s. 74.

⁴⁷ Her tutuklama müzekkeresinin içermesi gerekenler şu şekildedir: (a) Şüphelinin adı, soyadı; (b) Müzekkerenin hazırlanmasına neden olan suçların kısa tanımı; (c) Müzekkerenin icrasına kimlerin yetkili kılındığı; (d) Şüphelinin tutuklanarak derhan hangi mahkemenin huzuruna hangi amaçla çıkarılacağına ilişkin bir emir; (e) Müzekkerenin düzenleniş tarihi ve emri veren hâkimin imzası.

hangi bir zamanda ve KKTC'nin herhangi bir yerinde, konutta ve işyerinde icra edilmesi mümkündür.⁴⁸ Hakkında tutukluluk müzekkeresi olduğu önceden tutuklanacak kişiye bildirilir. Ancak, bildirim; şüphelinin kaçmasına, kurtulmasına veya karşı koymasına yol açacağına dair makul sebeplerin olması halinde, bildirim yapılmaz (m. 21/2). Maddede, tutuklama müzekkeresi ile tutuklanan kişinin "*pratik olduğu kadar en erken bir zamanda*" mahkeme önüne çıkarılacağı belirtilmiş, ancak bu sürenin çerçevesine ilişkin bir sınır çizilmemiştir (m. 21/3). Tutuklama müzekkeresinin, tutuklama anında tutuklayacak olanın tasarrufunda olması şart değildir (m. 21/4). Ancak, tutuklanan kişinin talebi üzerine, tutuklamadan sonra mümkün olan en kısa zamanda müzekkere, tutukluya gösterilmelidir.⁴⁹

Müzekkereli tutuklamaya ilişkin belirtmiş olduğumuz özel düzenlemeler dışında, tutuklanacak olan kişinin aranıp bulunması ve tutuklama anında, tutuklamayı gerçekleştirecek kişinin uyması gereken usuller, müzekkereli veya müzekkeresiz tutuklamalar açısından farklılık göstermez. Bu doğrultuda aşağıda "*kurtulmak için kaçan kişinin saklandığı yerin araması*" (m. 11) ve "*kurtulma amacıyla herhangi bir yerden kırarak çıkma yetkisi*"ne (m. 12) dair yapacağımız açıklamaların her iki tutuklama türü için de geçerli olduğunu belirtmek isteriz.

Tutuklanacak olan kişiler, her zaman kolaylıkla ele geçirilemeyebilirler. Tutukluluktan ve bunun yasal sonuçlarından kurtulmak için bir yerlere saklanmış olabilirler. İşte Fası 155'in 11 ve 12. maddeleri bu gibi hallere ilişkin düzenlemeler içermektedir. Tutuklamayı yapacak olan kişinin, şüphelinin bir yere girdiğine veya bir yerde olduğuna dair inandırıcı sebeplere dayalı bir bilgiye sahip olması durumunda, o yeri tasarruf eden veya kontrolünde bulunduran herkes, tutuklama yapma yetkisine sahip kişinin o yere girmesine izin vermek ve o yerde arama yapması için makul kolaylıkları göstermek durumundadır (m. 11/1). Bu kolaylıkların sağlanmadığı veya gerekli izinlerin verilmediği durumlarda, tutuklama yapmakla yetkili kişi, herhangi bir yer veya evin gerektiği takdirde iç veya dış kapılarını kırarak veya başka bir şekilde girebilir ve şüpheliyi bulup tutuklamak için arama yapabilir (m.

⁴⁸ Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul, s. 306; Veziroğlu/Gümüş, KKTC Ceza Usul Hukuku, s. 74.

⁴⁹ Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul, s. 306; Veziroğlu/Gümüş, KKTC Ceza Usul Hukuku, s. 74.

11/2). Bu noktada karşımıza konut dokunulmazlığı hakkını güvence altına alan KKTC Anayasası'nın 20. maddesi çıkmaktadır. Buna göre *"kimsenin konutuna dokunulamaz. Yasanın açıkça gösterdiği durumlarda, usulüne göre verilmiş mahkeme veya yargıç kararı olmadıkça, ulusal güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan durumlarda da, yasa ile yetkili kılınan merciiin emri bulunmadıkça, konuta girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz"*. Anayasa'nın bu maddesi, herhangi bir konuta mahkeme kararı olmaksızın girilmemesini güvence altına almaktadır. Herhangi bir evin tasarruf edeninin veya evi kontrolünde bulunduranın izni olması halinde, eve mahkeme kararı olmaksızın girilebilir. Anayasa'nın söz konusu maddesi, ulusal güvenlik ve kamu düzeni açısından gecikmede tehlike olan durumlarda da, yasa ile yetkili kılınmış mercii, bir konuta girilip arama yapılmasına emir verebilir demektir. Ne var ki, yasama organı henüz yetkili merciiyi belirleyen bir düzenleme yapmış değildir. Bu nedenle, söz konusu 11. madde, konutu ilgilendirdiği oranda uygulamaz.⁵⁰ Aksi takdirde, Anayasa'ya aykırılık oluşur. Konut dışındaki yerler için uygulanabilir. Tutuklama yapmakla yetkili olan kişinin dikkat etmesi gereken bir başka husus da, müzekkeresiz tutukluluk açısından, şüphelinin suçüstü halinden çıkıp çıkmadığıdır. Eğer şüpheli, suçüstü halinden çıkmışsa, artık, tutuklama müzekkeresi olmaksızın tutuklanması hukuka aykırı olacaktır.⁵¹

Bazı durumlarda tutuklama yapma yetkisine sahip kişi, tutuklayacağı kişiyi bulma amacı ile yasal olarak girdiği bir evde veya herhangi bir yerde alıkonabilir. Kanun koyucu, böyle bir halde, tutuklama yapma yetkisine sahip kişinin, alıkonduğu evi veya yeri kırarak zorla dışarı çıkmasına yetki vermektedir (Fasıl 155 m. 12).

a. Güç Kullanımı

Tutuklanan kişiye karşı her türlü araca başvurulması mümkün değildir. Örneğin, zincire vurmak ve bağlamak gibi önlemlerin hukuka uygun sayılabileceği haller oldukça sınırlıdır.⁵² Alınacak tedbirler, gerçekleştirilmek istenen amaçla orantısız olmamalıdır. AİHM'in

⁵⁰ Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul, s. 306.

⁵¹ Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul, s. 307.

⁵² Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 347.

yakalamada zor kullanmanın sınırlarını çizen kararları mevcuttur. Nitekim, Mahkeme, *Saoud/Fransa* kararında, yakalandıktan sonra elleri kelepçeli bir şekilde polis memurları tarafından yüzükoyun tutulan gencin boğulma sonucu ölümünü Sözleşme'nin 2. maddesine aykırı bulmuştur.⁵³ Ayrıca, yakalanan kişiyi gereksiz yere soymak Sözleşme'nin 3. maddesi tarafından güvence altına alınmış işkence ve insanlık dışı muamele yasağına aykırılık teşkil edecektir.⁵⁴ Kişinin yakalanırken yaralanması durumunda uzun bir süre tıbbi yardımdan mahrum bırakılması ise yine Sözleşme'nin 3. maddesi çerçevesinde değerlendirilmektedir. Nitekim, AİHM, *İlhan/Türkiye* kararında, başvuranın yakalanma sırasında başına dipçikle vurulmuş olması nedeniyle uzun süreli hafıza kaybı yaşamasına rağmen, 36 saat boyunca tıbbi yardımdan mahrum bırakılmış olmasını işkence yasağını ihlal eder nitelikte bulmuştur.⁵⁵

Kolluk görevlilerinin yakalama sırasında orantısız güç kullanması sonucunda, kişinin ölümüne yol açılması AİHS'in 2. maddesinin ihlali anlamına gelecektir. Örneğin AİHM, *Mehmet Gül/Türkiye* kararında, kolluk güçlerinin kadın ve çocukların da aralarında bulunduğu yerleşim yerinde, görünmeyen bir hedefe otomatik silahla 50-55 kez ateş açılmasını orantısız güç kullanımı olarak nitelendirmiş ve 2. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵⁶

Öte yandan, polis, direnişi kırmak için zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, buna teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılmak için silahla ateş edebilir.⁵⁷ Nitekim, AİHM de *Houhvanainen/Finlandiya* kararında, kişinin kolluk güçlerine ateş etmesinin ardından, kolluğun karşı ateş açıp, kişinin kasıt dışı öldürülmesi durumunda 2. maddenin ihlal edilmediğini tespit etmiştir.⁵⁸

⁵³ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 332.

⁵⁴ AİHM'in Avusturya'ya karşı 22.2.2007 tarihli Wieser kararı, BN. 2293/03, prg. 12.

⁵⁵ AİHM'in Türkiye'ye karşı 27.6.2000 tarihli İlhan kararı.

⁵⁶ Karar için bkz. Osman Doğru/Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri (1995-2000), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2001, s. 142-145.

⁵⁷ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 331.

⁵⁸ AİHM'in Finlandiya'ya karşı 24.9.2007 tarihli Houhvanainen kararı, BN. 57389/00, prg. 96.

Son olarak belirtilmesi gereken bir husus; yakalama esnasında kullanılabilir zorun, işlenen suçun ağırlığıyla herhangi bir bağlantısı olmadığıdır. Kişi ağır bir suç işlemiş olsa dahi, kolluk görevlilerine güçlük çıkarmadığı takdirde zor kullanmaya gerek yoktur.⁵⁹ Yakalama esnasında veya sonrasında kullanılan zorun gerekli ölçüde olup olmadığı, her somut olayın ve yakalamayı gerçekleştiren kişilerin özellikleri göz önünde bulundurularak, objektif bir şekilde değerlendirilmelidir.⁶⁰

KKTC Hukukunda tutuklanacak kişinin direnmesi halinde kolluk görevlilerinin, kişiye temas ederek kişiyi tutuklama yetkisi vardır (Fasıl 155 m. 9/1). Şüpheli, tutuklanması için gösterilen çabaya şiddet kullanılarak karşı koymaya veya kaçmaya çalışırsa, tutuklamayı yapacak olan kişi makul ve tutuklamayı gerçekleştirmeye yetecek ölçüde, her türlü vasıtayı kullanabilir ve yönleme başvurabilir (Fasıl 155 m. 9/2). Maddedeki *“makul ve tutuklamayı gerçekleştirmeye yetecek ölçüde”* ifadesi önemlidir. Buradan anlaşılacağı üzere, şüpheliye karşı aşırı şiddet ve güç kullanılması kabul edilir değildir.

Kolluk görevlilerinin silah taşıma ve ateş etme yetkisi 51/1984 sayılı Polis Örgütü (Kuruluş, Görev ve Yetkileri) Yasası'nın 86. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, kolluk görevlileri kendilerini savunmak (m. 86/2-a), başkasına karşı yapılan bir saldırıya son vermek (m. 86/2-b), Ağır Ceza Mahkemesinin yetkisine giren bir suçtan dolayı tutuklu bulunan bir kişinin kaçmaları veya kaçma amacıyla polise saldırmaları halinde yapılan ihtarlara uyulmaması halinde kaçmasını önlemek için başka çare kalmamışsa (m. 86/2-c), Ağır Ceza Mahkemesinin yetkisinde olan ve suçüstü durumundaki suçlarda, suçlunun saklı olduğu yerde yapılan arama esnasında, kaçmaya çalışan ve *“dur”* ihtarına uymayan kişinin yakalanması için başka seçenek yoksa ateş etme yetkisine sahip olabilir (m. 86/2-e) ateş edebilir. Ayrıca *“idam cezasını gerektiren veya Ağır Ceza Mahkemesinin yetkisine giren suçlardan bir veya birkaçını işlemekten sanık veya hükümlü olan ve haklarında tutuklama veya yakalama müzekkeresi”⁶¹ çıkarılan ve silahlı dolaşarak emniyet ve asayii-*

⁵⁹ Yıldız, SÜHFD 2006, s. 169.

⁶⁰ Zeki Hafizoğulları, *“Polisin Zor Kullanma Görevi ve Yetkisi”*, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, C.3, S. 4, 1995, s. 18.

⁶¹ Yasanın bu maddesinde *“yakalama müzekkeresi”* teriminin yer verilmiş olmasına karşın, yakalama müzekkeresinin koşullarının ne olduğu ve nasıl düzenlendiği

şi, kamu düzenini veya kamu güvenliğini tek başlarına veya topluca eylemli bir biçimde sınırladıkları veya bozdukları anlaşılmalardan teslim olmaları için çağrı yapılanların çağrıda belirtilen süre sonuna kadar adli makamlara, emniyet veya herhangi bir resmi makama teslim olmamaları halinde de polisin silah kullanma ve ateş etme yetkisi vardır” (m. 86/3). Ancak, polis her hâlikarda kişinin teslim olması için teslim ol çağrısı yapmış olmalıdır. Ateş etmek her zaman en son çare olmalıdır. Kolluk görevlileri, önce havaya uyarı ateşi yapmalı, sonra ise kişinin ayağını hedef alarak ateş etmelidir. Kişi veya topluluğun eylemlerinin buna rağmen devam etmesi durumunda ise, hedef gözetilmeksizin ateş edilebilir (m. 88/2).

b. Kelepçe Uygulaması

KKTC hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak hangi hallerde kelepçe kullanılabileceğini düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır.⁶² Bu hususta mevzuattaki tek düzenleme, kişinin mahkeme huzuruna elleri kelepçeli bir şekilde getirilmemesine ilişkindir.⁶³ Bu düzenlemenin, henüz suçluluğu ispatlanmamış kişinin insan onurunu koruduğundan olumlu olsa da, yetersiz olduğu görüşündeyiz.

Uygulamada çoğu zaman yakalanan kişinin tehlike arz edip etmediğine bakılmaksızın kelepçe takıldığı gözlemlenmektedir. Kolluk görevlileri çoğu zaman sorumluluk altına girmekten kaçınarak, neredeyse her olayda kelepçe kullanmaktadır.⁶⁴ Tehlike arz etmeyen kişilere kelepçe takılması, her iki koluna girilerek götürülmesi, araca, kafası elle bastırılarak sokulması, toplum önünde küçük düşürücü bir muameleler olduğu gibi, kişilik haklarını ve masumiyet karinesini

konusunda yasanın herhangi başka bir maddesinde düzenleme olmadığından, KKTC hukukunda yakalama müzekkeresi esasen uygulama alanı bulmaz.

⁶² Türk Hukukunda yakalanan kişilere, kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı hallerinde kelepçe takılması mümkündür (CMK m. 93). Kişiye kelepçe takılması zorunlu bir uygulama değildir, sadece belirli hallerde kabul görebilir. Kanun koyucu, yakalanan kişiye sadece iki durumda kelepçe takılmasına izin vermiştir. Bunlardan ilki, kişinin kaçacağı düşünülmesi iken, ikincisi de kendisinin veya başkalarının beden ve hayat bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin mevcut olmasıdır. Bu iki durum dışında kelepçe takılmamalıdır. Bkz. Şahin, Ceza Muhakemesi I, s. 281; Öztürk vd., Nazari ve Uygulamalı, s. 447; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi, s. 314; Öztürk vd., Koruma Tedbirleri, s. 38.

⁶³ Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul, s. 308.

⁶⁴ Yurtcan, CMK Şerhi, s. 349.

de ihlal etmektedir. Kitle iletişiminin hızla geliştiği çağımızda, bu tür görüntüler insan onuru ile bağdaşmayan sonuçlar ortaya çıkarmaktadır.⁶⁵ Bu tür uygulamalar ne kabul edilebilir ne de sürdürülebilir. Kişinin yasal durumu gözetilmeksizin gelişi güzel kelepçe takılması, uygulamanın çarpıklığını ortaya koymaktadır.

Daha önce de belirtildiği üzere, Fasil 155'te veya yürürlükte olan diğer mevzuatta, konu ile ilgili özel hüküm bulunmaması halinde, mahkemeler İngiltere'de ilgili zamanda yürürlükte olan yasa ve usul kurallarını uygulamakla yükümlüdür (Fasil 155 m. 3). Bu doğrultuda, İngiltere'de bu husustaki düzenlemelere kısaca değinmekte fayda vardır. İngiliz hukukunda, kolluk görevlileri tutuklama sırasında sadece makul ("*reasonable*"), gerekli ("*necessary*") ve ölçülü ("*proportionate*") olması şartıyla kelepçe kullanabilir.⁶⁶ Esasen kolluk görevlileri kelepçe kullanıp kullanmamaları konusunda bir takdir yetkisine sahip olsalar da, bu konuda karar verirken değerlendirmeleri gereken birtakım hususlar vardır. Bunlardan en önemlileri, şüphelinin yaşı, cinsiyeti, fiziksel özellikleri, sağlık durumudur ve işlendiği düşünülen suçun ağırlığıdır.⁶⁷ KKTC hukukunda bu konudaki eksikliklerin ve yanlışların giderilebilmesi için, bir an önce yasa koyucunun harekete geçmesi ve benzer bir düzenlemeyi benimsemesi gerekmektedir.

6. Tutuklamadan Sonraki İşlemler ve Hakim Önüne Çıkarma

AİHS m. 5/1-c'de öngörülen koşullar uyarınca yakalanan kişi, hemen bir hakim veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılmalıdır; kişinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır (AİHS, m. 5/3). AİHM 1999 tarihli *Aquilina/Malta*⁶⁸ kararında

⁶⁵ Yenidünya/İçer, Ceza Muhakemesi, s. 305.

⁶⁶ Polisin tutuklama sırasında kelepçe çeşitli kanunlarda gösterilmiş ve sıkı şartlara bağlanmıştır. Örneğin, Criminal Law Act 1967, m. 3/1, Police and Criminal Evidence Act 1984, m. 117 ve Criminal Justice and Immigration Act 2008, m. 76.

⁶⁷ Association of Chief Police Officer of England, Wales and Northern Ireland, Guidance on the Use of Handcuffs, 2012, prg. 2.1.5-2.1.6, <http://www.ukpoliceonline.co.uk/index.php?/topic/55022-use-of-handcuffs/> (ET. 21.4.2017).

⁶⁸ AİHM'in Malta'ya karşı 29.4.1999 tarihli Aquilina kararı, BN. 17019/02, prg 49: "Yargısal denetim, tutulan kimsenin başvurmuş olması şartına bağlı kılınmaz. Böyle bir şart, tutmanın bir mahkeme tarafından hukukilik denetiminin yapılabilmesi için başvurma hakkını güvence altına alan Sözleşme'nin 5(4), fıkrasındaki güvenceden farklı bir güvence olan 5(3). Fıkrasındaki güvencenin niteliğini değiştirir".

kişinin hakim önüne çıkarılmasının isteme bağlı olmadığını; otomatik olarak gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştir.⁶⁹

Sözleşme metninde belli bir gözaltı süresi öngörülmemiş olup, yakalanan kişinin *derhal* bir hakim veya yargı yetkisine sahip bir görevli huzuruna çıkarılması gerekliliğine vurgu yapılmıştır.⁷⁰ AİHM suçun bireysel ya da toplu olarak işlenmesini dikkate almamakta; sadece olağan ve olağanüstü dönem bakımından gözaltı süresinin farklılık arz edebileceğine dikkat çekmektedir.⁷¹ Mahkeme tarafından, hangi sürenin *derhal* kriterine uygun olacağı konusunda kesin bir kural getirilmemiş, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiğine işaret edilmiştir.⁷²

AİHM'in bu husustaki en önemli kararlarından biri *Brogan ve Diğerleri/İngiltere* kararıdır. Mahkeme bu kararda, İngiltere'nin olayın terörizmle bağlantısı olması nedeniyle soruşturma açısından güçlük arz ettiği şeklindeki savunmasına rağmen, dört gün altı saatlik bir gözaltı süresinin, Sözleşmenin 5(3) maddesindeki "*derhal*" kavramıyla bağdaşmadığı sonucuna varmıştır.⁷³ AİHM terör suçlarının soruşturulmasının yetkililere özel bazı güçlükler çıkardığına vurgu yapmakla birlikte, genel olarak gözaltı süresi olarak kabul ettiği dört günlük süreyi aşan süreleri ihlal edici nitelikte bulmaktadır.⁷⁴

Brogan kararı, suçun niteliği ne olursa olsun olağan hallerde gözaltı süresinin dört günü aşamayacağını ortaya koymaktadır.⁷⁵ Ancak hemen belirtilmesi gereken bir husus şudur; dört günlük bu süre, yetkililere yakalanan kişiyi koşulsuz ve denetimsiz olarak hiçbir işlem yapmaksızın dört gün boyunca gözaltında tutmak için verilen bir açık

⁶⁹ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, El Kitabı, s. 236; Doğru/Nalbant, İnsan Hakları C.1, s. 395; Sarıgül, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, s. 96.

⁷⁰ Turhan, Kişi Özgürlüğü ve Türkiye, s. 238; Doğru/Nalbant, İnsan Hakları C.1, s. 395.

⁷¹ Doğru/Nalbant, İnsan Hakları C.1, s. 395; Sarıgül, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, s. 95.

⁷² AİHM'in İngiltere'ye karşı 18.1.1978 tarihli İrlanda kararı, Seri A, no. 25, prg. 196-199.

⁷³ AİHM'in İngiltere'ye karşı 29.11.1988 tarihli Brogan kararı, BN. 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/84, prg. 62.

⁷⁴ Sarıgül, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, s. 95; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, El Kitabı, s. 236; Doğru/Nalbant, İnsan Hakları C.1, s. 396; Turhan, Türkiye'de Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, s. 241.

⁷⁵ Doğru/Nalbant, İnsan Hakları C.1, s. 396.

çek değildir.⁷⁶ Dolayısıyla soruşturma makamları, terör suçlarının söz konusu olduğunu iddia ettikleri her olayda, dört günlük gözaltı süresini koşulsuz ve denetimsiz kullanamaz. Nitekim, AİHM yakın tarihli *İpek ve Diğerleri/Türkiye* kararında, onsekiz yaşından küçük olan yakalananların, müdafinin hukuksal yardımından faydalanma hakkı gibi birtakım usuli güvencelerden faydalandırılmadan ve gözaltı süresi boyunca başvuru tek soruşturma tedbirinin, başvuranların yakalanmalarından iki gün sonra ve hakim önüne çıkarılmadan bir gün önce ifadelerinin alınması olduğuna dikkat çekerek, 3 gün 9 saat sonra hakim önüne çıkarılmalarını, Sözleşmenin 5/3 madde hükmüne aykırı bulmuştur.⁷⁷

KKTC hukukunda şüpheli tutuklandıktan sonra mümkün olan en kısa sürede polis karakoluna veya tutuklu kabul eden bir yere sevk edilir (Fasıl 155 m. 13, m. 14/3). Şüpheli, tutuklandıktan itibaren en erken bir zamanda ve her halükarda tutuklandığı andan itibaren 24 saati geçmeden bir hakim önüne çıkartılmalıdır (KKTC AY m. 16/6). Şüphelinin en geç 24 saat içerisinde bir hakim önüne çıkartılması açısından müzekkereli veya müzekkeresiz olarak tutuklanmış olmasının önemi yoktur. Şüpheli, ister müzekkereli tutuklansın, isterse müzekkeresiz tutuklansın her halde salıverilmeli veya en geç 24 saat içerisinde bir hakim önüne çıkarılmalıdır (KKTC AY m. 16/6). Bu süre, T.C. Anayasası'nda yakalanan veya tutuklanan kişinin hakim önüne çıkarılması için öngörülen azami süreden (T.C. AY m. 19/5) daha kısadır⁷⁸. Ayrıca T.C. Anayasası'nın aksine KKTC Anayasası'nda, suçun bireysel mi toplu mu işlendiği bu süreye etki etmemektedir.

Yukarıda değinildiği üzere AİHS'in 5/3 maddesinde yakalanan/tutulan kişinin *derhal* hakim ya da hukuken yetkili kişinin önüne çıkarılması gerektiği düzenlenmiştir.⁷⁹ AİHM içtihatlarından fay-

⁷⁶ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, El Kitabı, s. 237; Doğru/Nalbant, İnsan Hakları C.1, s. 396.

⁷⁷ AİHM'in Türkiye'ye karşı 3.2.2009 tarihli *İpek ve diğerleri* kararı, BN. 17019/02, 30070/02, prg. 36.

⁷⁸ İlgili düzenlemeye göre "Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılmaz. Bu süreler olağanüstü hâl (...) ve savaş hallerinde uzatılabilir."

⁷⁹ Alastair Mowbray, *Cases, Materials and Commentary on the European Convention on Human Rights*, OUP, Oxford 2012, s. 300; Rainey/Wicks/Ovey, *The Euro-*

dalanarak Kuzey Kıbrıs'taki 24 saatlik sürenin Sözleşme ile uyumlu olduğu sonucuna varmak mümkündür.⁸⁰ Şüpheli hakkındaki soruşturmanın tamamlanmış olması, masumluğunun anlaşılması veya devam etmekte olan soruşturmanın selameti açısından şüphelinin tutuklu kalmasının gerekli olmadığını anlaşılması halinde derhal serbest bırakılır.⁸¹

7. Şüphelinin Yargılanmaktan Kaçmasını Önlemek için Tutukluluk Emri Verilmesi

Şüphelinin tutuklandığı andan itibaren 24 saat içerisinde hakim önüne çıkarılmasındaki amaçlardan biri de yargılanmaktan kaçmasını önleyecek bir tedbirin uygulanmasına gerek olup olmadığına karar vermektir. Fasıllık 155'in 23/A maddesine göre *"hakkında mevcut yasalara aykırı hareket etmekten dolayı cezai bir soruşturma veya kovuşturma başlatılan veya devam eden bir zanlı veya sanık aleyhine, herhangi bir mahkeme, tutuklu olup olmadığına bakılmaksızın, yargılanmaktan kaçmasını önleyici bir emir verebilir"*. Bu emirlerden konumuz açısından en önemli olanı, şüpheli veya sanığın duruşması başlayana dek, her ne şart altında olursa olsun 3 ayı geçmemek üzere verilen tutukluluk emridir (m. 23/A-1). Ayrıca mahkeme uygun görmesi halinde, şüpheli veya sanığa yurt dışına çıkış yasağı konmasına (m. 23/A-2), nakdi teminat veya kefaletle serbest bırakılmasına (m. 23/A-3), şüpheli veya sanığın belli bir bölgede ikamet etmesine izin verip, o bölge dışına çıkmasının yasaklanmasına (m. 23/A-4) ve mahkeme tarafından belirlenecek bir polis karakolunda isbatı vücut yapmak koşuluyla serbest bırakılmasına da emir verebilir (m. 23/A-5).

pean Convention, s. 221.

⁸⁰ Bkz. AİHM'in İngiltere'ye karşı 29.11.1988 tarihli Brogan kararı, BN. 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/84.

⁸¹ Fasıllık 155'in 17'inci maddesi müzekkeresiz olarak tutuklanan kişilerin serbest bırakılmasına ilişkin hükümler içermektedir. Maddeye göre : (a) müzekkeresiz olarak tutuklu bulunan şüphelinin, belirtilen tarih ve saatte mahkemede bulunmak ve belirtilen tarih ve saatte polis karakolunda bulunmak ve kefilli veya kefilsiz bir kefalet senedi tevdi etmesi şartıyla; (b) Polis karakol sorumlusunun olay ile ilgili tahkikatın hemen tamamlanamayacağını anlaması üzerine kişinin istenilen tarihte polis karakolunda bulunması şartıyla kefilli veya kefilsiz olarak; (c) soruşturma neticesinde ithamname hazırlanması için yeterli şahadet bulunmaması neticesinde şüphe üzerine tutuklanan kişi polis karakol sorumlusu tarafından hakim önüne çıkarılmadan serbest bırakılabilir.

KKTC’de bir suç işlendiği takdirde esas olan, suçu işleyen kişinin yargılanmasını sağlamaktır. Bu doğrultuda, mahkemeler şüphelilerle ilgili tutukluluk kararı verirken kişinin özgürlüğünün gereksiz yere kısıtlanmaması için azami titizliği göstermelidir. Nitekim, neticede henüz suçluluğu ispatlanmayan bir kişinin özgürlüğünün kısıtlanması söz konusudur. Kaçma ve yargılanmama ihtimali üzerine, şüphelilerin Fası 155’in 23/A maddesinin 1. fıkrası altında, duruşması başlayıncaya kadar, 3 aydan fazla bir süre olmamak kaydıyla haklarında tutukluluk emri verilmesi mümkündür. Ancak, kişi özgürlüğü her zaman esas olduğundan, emir verilirken göz önünde bulundurulmalı ve yukarıda belirtmiş olduğumuz madde 23/A’daki diğer alternatiflerin, şüphelinin KKTC’de yargılanmasını sağlayamayacağına inanıldığı takdirde tutukluluk emri verilmelidir.⁸²

Türk hukukunda, CMK’nın 100. maddesi, tutuklama nedenlerine ve tutuklama nedenlerinin var sayılacağı hallere ilişkin detaylı bir düzenleme içermektedir.⁸³ KKTC hukukunda ise mevzuat, şüpheli hakkında davası görüşülünceye dek tutuklu kalması gerekip gerekmediği konusunda hangi kriterlere dayanılarak karar verileceği konusunda bir düzenleme içermemektedir.⁸⁴ Daha önce de belirttiğimiz üzere, KKTC hukuku içtihat dayalı bir sistemdir. Nitekim, bu konuda da hakimlere ışık tutan kriterler içtihatlarla oluşmuştur. Bu kriterler şu şekilde özetlenebilir: “(1) *İthamın neo’i*; (2) *İthamı destekleyen şahadetin neo’i*; (3) *Mahkûmiyet halinde verilecek cezanın huşuneti*; (4) *Kefil olarak gösterilenlerin müstakil olup olmadıkları ve sanık tarafından tazmin edilip edilmedikleri*”.⁸⁵ Bu hususların tümü, şüphelinin Anayasanın 16’ncı

⁸² KKTC Yargıtay/ Ceza, D. 4/2012, Dava No: 41/2011, Karar Tarihi: 16.2.2012, s. 10.

⁸³ Konu ile ilgili detaylı açıklama için bkz. Öztürk vd., Nazari ve Uygulamalı, s. 454-464; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi, s. 345-356; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 355-360; Yurtcan, CMK Şerhi, s. 375-378.

⁸⁴ Çalışmanın ilk üç bölümünde Türk hukukunda yakalama ve gözaltına alma koruma tedbirlerine ilişkin açıklamalarda bulunmuş, tutuklama koruma tedbirine değinmemiştik. Bu bölümün en başında da belirtildiği üzere Kuzey Kıbrıs hukukunda, çeşitli koruma tedbirleri olmadığından, kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı ilk hal tutuklama tedbiri olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla, bu bölümde kişi özgürlüğü bağlamında tutuklamaya ilişkin açıklamalarımız yapmaktayız. Ne var ki, yeri gelmişken çok kısa olarak Türk hukuku ile Kuzey Kıbrıs hukukunda tutuklama tedbirinin şartlarına ve yeri geldiğinde süresine ilişkin bir karşılaştırma yapmak mümkündür.

⁸⁵ KTFD Ceza/İstida, D.4/78, Karar Tarihi: 4.1.1979; KKTC Yargıtay/Ceza, D. 2/2008, Dava No: 33/2008, Karar Tarihi: 3.4.2008, s. 8; KKTC Yargıtay/Ceza, D.

maddesi tarafından güvencelenen özgürlük hakkını kısıtlayan bir emir vermeden önce mahkeme tarafından titizlikle değerlendirilmelidir.

Mahkemelerin tutukluluk emri verirken yukarda belirtilen kriterleri hemen her olayda tek tek ve ayrıntılı olarak değerlendirdiğini söylemek mümkündür. Geçmişten bugüne dek, Kuzey Kıbrıs'ta temel hak ve özgürlüklerin korunup geliştirilmesine verilen önem giderek artmakta olup, kişi özgürlüğü ve tutukluluğun bu hakkı nasıl sınırlandırdığı konusundaki çağdaş düşünceler de sıklıkla mahkemeler tarafından dile getirilmiştir.⁸⁶ Yargıtay güncel bir davada, şüphelilerin davaları görüşülünceye dek 1 ayı geçmeyecek şekilde tutuklu kalmalarına ilişkin verilen emrin hukukiliğini değerlendirirken, esas dikkate alınması gereken hususun şüphelinin davasında hazır bulunmasını sağlamak olduğunu vurgulamış, bunun yanında, bu hususun tek dikkate alınacak unsur olmadığını da belirterek, şüphelinin serbest kaldığı süre boyunca aynı suçu tekrarlaması veya tanıklara müdahale etmesi ihtimali, şüphelinin namı ve karakteri, toplumda rahatsızlık ve provokasyon oluşma ihtimali gibi unsurlarda dikkate alınabileceğini ve her olayın kendi içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁸⁷

KKTC'de bir suç işlendiği takdirde esas olan suçu işleyen kişinin yargılanmasını sağlamak olduğuna yukarıda değinmiştik. Mahkemeler, şüphelinin ya da sanığın kaçma şüphesi olduğunda tutukluluk emri verme konusunda özel bir hassasiyet göstermektedir. Bunun nedeni, KKTC vatandaşı olmayan bir şüpheli/sanığa yurt dışına çıkış yasağı konsa dahi, KKTC'de yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmanın çok kolay olmasıdır. Yasal olmayan yollardan, TC'ye, Güney Kıbrıs'a veya başka bir ülkeye kaçan kişiler KKTC'ye iade edilmemek-

4/2012, Dava No: 4172011, Karar Tarihi: 16.2.2012, s. 7.

⁸⁶ Örneğin, KKTC Yargıtay/Ceza, D. 2/2001, Dava No: 5974/2000, Karar Tarihi: 23.1.2001, s. 3 sayılı kararında mahkeme tutukluluk kararının titizlikle verilmesinin önemini şu şekilde vurgulamıştır: "Tutukluluk kararı kişi özgürlüğünü ve insan haklarını ilgilendiren bir konudur. Bir ülkede sanıkların tutuklanma koşulları o ülkenin uygarlık düzeyini gösterir. İnsan haklarına saygılı uygar bir ülkede bir suçlunun sadece gerekli olan hallerde tutuklanabilmesi ve gerekli olduğu sürece tutuklu kalması gerekir. Gereksiz yere bir kişinin tutuklanması veya tutuklu kalması sadece o kişiye değil tüm ülkeye zarar verir".

⁸⁷ KKTC Yargıtay/Ceza, D. 14/2015, Dava No: 4019/2015, Karar Tarihi: 9.11.2015, s. 14.

tedir.⁸⁸ KKTC Yargıtayı, şüphelinin KKTC vatandaşlığına ek olarak Alman vatandaşlığı olduğu bir olayda, yukarıda belirtilen kriterleri ve kaçma ihtimaline dair birtakım duyumlar alındığı göz önünde bulundurarak davası görüşülünceye dek, her halükârda 3 ayı geçmemek şartıyla tutuklu kalmasına karar vermiştir.⁸⁹

8. Tutukluluk Süresinin Uzatılması

Fasıl 155'in 24. maddesine göre “Bir yargıcın, bir kişinin tutuklandığı suçun işlenmesi ile ilgili soruşturmanın tamamlanamadığı yolunda ikna edilmesi halinde, Müfettiş rütbesinden daha düşük bir rütbede olmayan bir polis memurunun müracaatı üzerine, soruşturması yapılmakta olan suçu yargılama yetkisine sahip olup olmadığına bakılmaksızın, Mahkemenin uygun göreceği şekilde her bir defada sekiz günden fazla olmamak üzere belirli bir süre için tutuklunun polis nezaretinde kalmaya devam etmesini zaman zaman uzatması yasaldir”. Maddeden anlaşılacağı üzere, hakimlere tutukluluk süresinin uzatılmasına ilişkin takdir yetkisi tanınmıştır. Tutukluluk süresinin uzatılması talebi ile yapılacak olan müracaatın ise yazılı olması ve polis müfettişi rütbesinden daha düşük olmayan bir polis mensubu tarafından yapılması gerekmektedir.⁹⁰ Tutukluluk süresinin uzatılması talebi ile yapılan müracaatın, soruşturması yapılmakta olan suça bölgesel olarak bakmaya yetkili olan yargıç huzurunda yapılmasına gerek yoktur.⁹¹ Bu hükmün pek de isabetli olmadığı görüşündeyiz. Tatbikatta zaman zaman şikâyete konu olan bir problem, kolluk görevlilerinin, şüphelileri, avukatları ve yakınlarından uzaklaştırmak

⁸⁸ KKTC Yargıtay/Ceza, D. 4.2012, Dava No: 41/2011, Karar Tarihi: 16.2.2012, s. 9.

⁸⁹ KKTC Yargıtay/Ceza, D. 2/2008, Dava No: 175/2008, Karar Tarihi: 3.4.2008.

⁹⁰ Yargıtaya konu olan bir olayda, tutukluluk süresinin uzatılmasına ilişkin istem polis müfettişi tarafından yapılmış, alt mahkeme de soruşturmanın henüz tamamlanmadığı gerekçesi ile tutukluluk süresini uzatmıştır. Bu karara karşı istinaf dosyalanmıştır. İstinaf edenin iddiasına göre, Fasıl 155'in 24. maddesinde açıkça, tutukluluk süresinin uzatılması amacıyla yapılacak müracaatlar en az müfettiş rütbesinde olan kişiler tarafından yapılmalıdır. Halbuki bu meseledeki müracaat bir polis müfettiş muavini tarafından yapılmıştır. Bu nedenle, müracaatın yasal olmadığı gerekçesiyle mahkemenin tutukluluk emrinin iptali istenmiştir. İddia makamı ise, “müfettiş” ifadesinin “müfettiş muavini” de kapsadığını ileri sürmüştür. Yargıtay bu olayda tutukluluk süresinin uzatılması isteminin müfettiş muavini tarafından yapılamayacağını ve alt mahkemenin vermiş olduğu tutukluluk emrinin yasaya aykırı olduğunu karara bağlamıştır. KKTC Yargıtay/Ceza, D. 12/85, Dava No: 16/1985, Karar Tarihi: 27.5.1985.

⁹¹ Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul, s. 317.

için, çeşitli kaza mahkemelerinde hâkim huzuruna çıkarttıklarıdır.⁹² Bu durum ne kabul edilebilir ne de sürdürülebilirdir. AİHS ise bu konuda, yakalanan veya tutuklanan kişinin hemen bir hâkim veya adli görev yapmaya yasayla yetkilendirilmiş bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması gerektiğine değinmektedir (AİHS m. 5/3). Böylelikle AİHM kişinin önüne çıkarılacağı makamın belli bir nitelikte olmasını aramaktadır.⁹³ AİHM kararlarında özellikle savcıların konumu tartışmalı olup bu konuda pek çok içtihat bulunmaktadır.⁹⁴ KKTC hukukunda tutuklanan kişi her halükârda bir hâkim önüne çıkarıldığından ve hâkim de adli görev yapmaya yasayla yetkilendirilmiş bir kişi olduğundan, bu noktada Sözleşme ile iç hukuk arasında bir uyumsuzluk gözlemlenmemektedir. Yine de tutukluluk süresinin uzatılmasına ilişkin kararın soruşturulması yapılmakta olan suçu yargılama yetkisine sahip olan mahkeme tarafından verilmesi daha isabetli olacaktır.

Tutukluluk süresinin uzatılabilmesi için iddia makamının birtakım hususlarda mahkemeyi tatmin etmesi gerekmektedir. Bu hususlar şu şekildedir: (1) Şüphelinin suç ile ilgili olabilme ihtimali; (2) Suç hakkındaki soruşturmanın tüm çabalara rağmen tamamlanamamış olması; (3) Soruşturmanın selameti açısından şüphelinin tutuklu kalmasının gerekli olması.⁹⁵

a. Şüphelinin Suç ile İlgili Olabilme İhtimali

KKTC Anayasasının 16'ncı maddesinin 2. fıkrasının c bendinde *"bir kişinin suç işlediği makul şüphesi üzerine, yetkili yargı mercii önüne getirilmesi amacıyla"* özgürlüğünün kısıtlanabileceğinden bahsedilmektedir. Makul şüphenin ne olduğu KKTC mevzuatında veya mahkeme kararlarında tanımlanmamakla birlikte çalışmanın önceki bölümlerinde bu hususa ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar bu bölüm için de ışık tutar niteliktedir.⁹⁶ O halde, kişiler ancak *"makul şüphe"* üzerine tutuklanabilir ve tutukluluk süreleri uzatılabilir. Ne var ki,

⁹² Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul, s. 317.

⁹³ Mowbray, Cases, Materials and Commentary, OUP, Oxford 2012, s. 300; Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the European, s. 338; Doğru/Nalbant, İnsan Hakları C.1, s. 397; Sarıgül, Kişi Özgürlüğü, s. 91.

⁹⁴ Örneğin, AİHM'in İsviçre'ye karşı 4.11.1979 tarihli Schiesser kararı, Seri A, no. 34, prg. 377.

⁹⁵ Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul, s. 324.

⁹⁶ Bkz. s. 10-12.

KKTC’de bu ifade, mahkeme kararlarında genellikle kullanılmamaktadır.⁹⁷ Yargıtay kararlarında, şüphelinin, “işlendiği iddia edilmekte olan suçla ilgisinin olabileceği ihtimali”, tutukluluk süresinin uzatılması için çoğu zaman yeterli görülmektedir.⁹⁸ Bugüne dek yalnızca bir mahkeme kararında, tutukluluk süresinin uzatılabilmesi için şüphelinin iddia edilen suçu işlediğine dair makul şüphe yaratacak nitelikte olması gerektiğine değinilmiştir.⁹⁹ Yargıtay, daha sonraki pek çok kararında, tutukluluk süresinin uzatılabilmesi için, şüphelinin suç ile ilgisi olma ihtimalinin bulunması ve soruşturmanın henüz tamamlanmamış olmasını yeterli görmüştür.¹⁰⁰ Güncel bir olayda, maktul evinin önünde ölü olarak bulunmuş, olay hakkında soruşturma başlatılmasının ardından, maktulün mahalleye girmesinin ardından mahalleye girdiği kamera kayıtları tarafından tespit edilen iki kişi, tutuklanmış, ardından ise olayla hiçbir ilgilerinin bulunmadığı anlaşıldığından serbest bırakılmışlardır.¹⁰¹

Yargıtayın “suç ile ilgili olabilme ihtimali” şeklinde geliştirdiği kavramdan hareketle kişi özgürlüğünün kısıtlanması yerinde bir uygulama olmadığını belirtmek isteriz. Hakimlerin tutukluluk sürelerinin uzatılmasına ilişkin elbette takdir yetkisi vardır; ancak bunun adli esaslara (*judicial grounds*) dayanması şarttır.¹⁰² Anayasada basit şüphe ile veya soruşturulan suç ile ilgili olabilme ihtimali hali ile, özgürlük hakkının kısıtlanabileceğinden söz edilmemektedir. Kişinin bir suç soruşturmasına dayanılarak tutuklanabilmesi veya tutukluluk süresinin uzatılabilmesi için şüphelinin, soruşturulan suçu işlediğine dair

⁹⁷ Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul, s. 324.

⁹⁸ Yargıtay/Ceza, D. 3/68, Karar Tarihi: 17.6.1968 sayılı kararında şu şekilde belirtmiştir: “Kanaatimizce Hâkim 24. madde tahtında karar verirken yüzde yüz bir suçun işlendiğine ve suçun yüzde yüz tutuklanması istenilen şahıs tarafından işlendiğine kanaat getirmesi şart değildir. Ancak hâkim bir suçun işlenmiş olması ihtimali olduğunu ve böyle bir suç ile tutuklanması istenilen şahsın ilgisi olabileceğine ve tahkikatın tamamlanamadığına kanaat getirmesi kafidir”.

⁹⁹ KTFD Yargıtay/Ceza, D. 2-4/76, Karar Tarihi: 4.3.1976.

¹⁰⁰ KTFD Yargıtay/Ceza, D. 27/80, Davası No: 48/1980, Karar Tarihi: 14.10.1980.

¹⁰¹ Olaydan kısa bir süre sonra maktulün eski kayınpederi, aracında kan izlerine rastlanması sonucunda tutuklanmıştır. Şüpheli, gönüllü ifadesinde suçu işlediğini itiraf etmesinin ardından, nezarethaneden tuvalete gitmek için çıkarıldığında, polis karakolunun üçüncü katından atlayarak hayatına son vermiştir. Bu nedenle, olayla ilgili herhangi bir mahkeme kararı yoktur. Bkz. <http://www.yeniduzen.com/polis-cinayetinde-flas-gelisme-39851h.htm> (ET. 3.5.2017).

¹⁰² KTFD Yargıtay/Ceza, D. 2-4/76, Karar Tarihi: 4.3.1976, s. 6.

en azından makul şüphe olması ve hâkimin, bu konuda ikna edilmesi gerekmektedir. Nitekim AİHM de kişinin özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için makul gerekçeler aramaktadır (AİHS m. 5/1-c).¹⁰³ Mahkemeye göre makul şüpheden bahsedebilmek için “kişinin bir suçu işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli olgu, emare ve bilgilerin” mevcudiyetini aramaktadır.¹⁰⁴ Kişilerin özgürlüklerinin somut olmayan mesnetsiz iddialarla sınırlandırılması kabul edilir değildir. Bu doğrultuda İngiliz hukukunda, şüphelinin tutuklanabilmesi için makul şüphe aranırken (PACE m. 24), Türk hukukunda ise, tutuklama kararı verilebilmesi için “kuvvetli şüphesinin varlığını gösteren somut deliller” aranmaktadır (CMK m. 100/1). Türk hukukunda şüpheyi haklı kılan, somut deliller aramakta olup, varsayım, genel deneyimler ve akıl yürütmeler tutuklama kararı verilmesi için yeterli değildir.¹⁰⁵ Tüm bu hukuki gerçeklerin ışığında, KKTC yargısının da tutukluluk sürelerinin uzatılması için emir verirken, kişinin suçla ilgisi olabilme ihtimalini değil, makul şüphenin mevcudiyetini araması gerekir.

b. Suç Hakkındaki Soruşturmanın Tüm Çabalara Rağmen Tamamlanamamış Olması

Tutukluluk süresinin uzatılabilmesi için aranan bir diğer koşul da soruşturulması yapılan suçun, soruşturmasının tamamlanamamış olmasıdır. Soruşturmanın tamamlanıp tamamlanmadığını en iyi bilen kişi, suçu soruşturmakla görevlendirilen soruşturma memurudur. Soruşturma memuru, şüphelinin özgürlüğü kısıtlandığı andan itibaren, mümkün olan en kısa sürede soruşturmayı tamamlamak için elinden gelen tüm çabayı göstermelidir. Çünkü şüphelinin en temel haklarından biri olan özgürlüğü elinden alınmış durumdadır.¹⁰⁶ Kolluk görevlileri, soruşturmayı tamamlayabilmek amacıyla değil de şüpheliden itiraf elde edebilmek için tutukluluk süresini uzatma eğilimi içerisinde

¹⁰³ Mowbray, Cases, Materials and Commentary, s. 273; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, El Kitabı, s. 210.

¹⁰⁴ AİHM'in Birleşik Krallığa karşı 30.8.1990 tarihli Fox, Campbell ve Hartley kararı, BN. 12244/86, prg. 32.

¹⁰⁵ Öztürk vd., Nazari ve Uygulamalı, s. 459; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 357.

¹⁰⁶ Nitekim KTFD Yargıtay/Ceza D. 27/80, Dava No: 48/80, Karar Tarihi: 14.10.1980 sayılı kararında tutukluluk emirlerinin kişinin özgürlüğünü kısıtlayan emirler olduğunu belirterek, bu gibi durumlarda polislin gereken süratle, gereken soruşturmayı tamamlaması gerektiğine ve gereksiz gecikmelerden kaçınması gerektiğine vurgu yapmıştır.

olabilirler. Yukarıda değindiğimiz üzere, tutukluluk süresinin uzatılması talebini karara bağlayacak merci hakimlerdir. Hakimlerin, bu tür taleplere itibar etmemeleri oldukça önemlidir.¹⁰⁷ Tutukluluk süresinin uzatılması talebiyle yapılan her başvuru titizlikle incelenmeli, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki kamu yararı ile şüphelinin özgürlüğü arasındaki denge ve suçun ağırlığı göz önünde bulundurularak ve polise, soruşturmayı sağlıklı bir şekilde yürütebilmesi için yeterli zaman ve imkân verilmesinde haklı ve yeterli bir neden bulunduğu kanaatine varılması halinde tutukluluk süresi uzatılmalıdır.¹⁰⁸

c. Soruşturmanın Selameti Açısından, Şüphelinin Tutuklu Kalmasının Gerekli Olması

Yukarıda belirtilen hususların yanında tutukluluk süresinin uzatılması için şüphelinin serbest bırakılması halinde, soruşturmanın salim bir şekilde sürdürülemeyeceğinin de ispatlanması gerekmektedir.¹⁰⁹ Soruşturma memuru, sunacağı güvenilir şahadetle, hem soruşturmayı tamamlamak için tüm gayretin gösterildiğini, ancak henüz tamamlanamadığını, hem de şüphelinin serbest bırakılması halinde, soruşturmanın ne şekilde zarar görebileceğini somut bir şekilde ispatlamalıdır.¹¹⁰ Türk hukukunda buna benzer bir tutuklama nedeni *delilleri karartma tehlikesi* olarak nitelendirilmektedir (CMK m. 100/2-b).¹¹¹ Bu tutuklama nedenine göre, şüphelinin tutuklanmaması veya tutukluysa salıverilmesi halinde, delillere etki edeceği konusunda *yüksek bir olasılık* bulunmalıdır. Bu türden bir davranışın gerçekleştirilebileceği yönünde, basit bir sezgi, varsayım veya tahmin tutukluluk süresinin uzatılması için yeterli olmamalıdır.¹¹²

¹⁰⁷ Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul, s. 328.

¹⁰⁸ KTFD Yargıtay/Ceza, D. 9/82, Dava No: 20-24/82, Karar Tarihi: 8.6.1982.

¹⁰⁹ Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul, s. 331.

¹¹⁰ KKTC Yargıtay/Ceza, D. 10/86, Dava No:32/86, Karar Tarihi: 28.11.1986 sayılı kararında, tutukluluk süresinin uzatılması için iddia makamının, yeterli olgu ve iddiaları şahadet sırasında mahkemeye sunması ve mahkemenin takdir hakkını doğru olarak kullanmasına yardımcı olması gerektiğini belirttikten sonra, şüphelinin serbest kalmasının soruşturmayı ne şekilde etkileyeceğinin izah edilemediğini, şüphelinin delillere müdahale edeceğine ilişkin bir iddianın da yapılmadığını ifade ederek, istinafi kabul etmiş ve tutuklunun süresinin uzatılması talebini reddetmiştir.

¹¹¹ Konuyla ilgili detaylı açıklama için bkz. Öztürk vd., Nazari ve Uygulamalı, s. 461; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi, s. 351.

¹¹² Öztürk vd., Nazari ve Uygulamalı, s. 462.

Tatbikatta zaman zaman, tutukluluk süresinin uzatılmasının talep edildiği müracaatlarda, soruşturma memurları şahadetleri sırasında, şüphelinin serbest şahitlere ve delillere müdahale edeceğini çok genel olarak ifade etmektedir.¹¹³ Biz de Anayasanın hala masum olarak nitelendirdiği şüphelilerin, özgürlüklerinden bu türde genel ve somut olmayan iddialarla mahrum bırakılmamaları gerektiği düşüncesindeyiz.¹¹⁴

9. Azami Tutukluluk Süresinin Değerlendirilmesi

Yukarıda da değinildiği üzere, KKTC hukukunda davası görülünceye kadar, şüpheli her ne şart altında olursa olsun 3 ay tutuklu kalabilir (KKTC AY m. 16/7, Fası 155 m. 23/A-1). Fası 155'in 48. maddesi ise, mahkemeye, şüpheli veya sanıkların davaları görüşüldüğü sürece tutuklu kalmaları için emir verme yetkisi vermektedir.¹¹⁵ Burada belirtilmesi gereken bir husus, Kuzey Kıbrıs'ta ceza davalarının ortalama olarak ne kadar bir süreçte tamamlandığıdır. Tutuklama öne alınmış bir ceza değil, bir koruma tedbiridir. Bu yüzden de geçici niteliktedir ve makul süreyi aşmamalıdır. Henüz suçluluğu ispatlanmamış bir kişinin çok uzun süre tutuklu kalması ızdırıp vericidir. KKTC Mahkemeleri, kişinin tutuklu olduğu durumlarda, bu durumu dikkate alarak, davanın süratle görülüp tamamlanmasına önem göstermektedir.¹¹⁶ Hukuk davalarında yaşanan hantallıkların aksine, en karmaşık ceza davalarının dahi sonuçlandırılmasında süre açısından sorun yoktur.¹¹⁷

Türk hukukunda tutuklulukta geçecek süreler suçun ağırlığına göre değişmektedir. Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen

¹¹³ KTFD Yargıtay/ Ceza, D. 9/82, Dava No: 20-24/82, Karar Tarihi: 8.6.1982 kararında, "soruşturmanın selameti için" gibi ifadelerin çok genel olduğunu, şüphelinin serbest kalmasının, soruşturmanın selametini nasıl etkileyeceğinin belirtilmesi gerektiğini, belgeler üzerinden yürütülecek bir soruşturmanın selameti için şüphelinin tutuklu kalmasının gerekmediğini ve şüphelinin delillere de müdahale etmesinin söz konusu olamayacağını belirtmiş ve tutukluluk süresinin uzatılması talebini reddetmiştir.

¹¹⁴ Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul, s. 332.

¹¹⁵ Fası 155'in 48. maddesi şu şekildedir: "Her Mahkeme, uygun görmesi halinde, önündeki herhangi bir davayı erteleyebilir ve bunun üzerine, bu Yasanın 157'inci maddesi (2)'inci fıkrası kurallarının gözetilmesi koşuluyla, sanığı takdirine göre makul sayacağı belirli koşullara bağlı olarak salıverir veya tutuklu kalmasını emreder".

¹¹⁶ KKTC Yargıtay/ Ceza, D. 2/2008, Dava No: 33/2008, Karar Tarihi: 3.4.2008, s. 10.

¹¹⁷ Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul, s. 577.

suçlarda tutukluluk süresinin 1 yıl olarak belirlenmiş olup, zorunlu hallerde gerekçesi gösterilmesi kaydıyla 6 ay daha uzatılabilmektedir (CMK, m. 102/1). Öte yandan, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde ise tutukluluk süresi iki yıl olarak belirlenmiş olup, kanun koyucu zorunlu hallerde bu sürenin üç yıl daha uzatılabilmesini öngörmüştür. Ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12.4.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda uzatma süresi toplam beş yılı geçemez (CMK, m. 102/2). Bu durumda, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlarda, iki yıllık temel süre ve üç yılı geçmeyen uzatma ile, tutukluluk süresi toplamda sekiz yıla kadar uzayabilir.¹¹⁸ Kanun koyucunun, uzatma süresini ana süreden uzun düzenlemesindeki sebep anlaşılır değildir. Bunun yanında, 8 yıla kadar uzayabilen bir tedbirin, ceza değil koruma tedbiri oluşu ve geçici mahiyette olması gerekliliğiyle bağdaşmadığını düşünmekteyiz.¹¹⁹

Konunun AİHS açısından düzenlenmesine baktığımızda ise, gözaltına alındıktan sonra, hâkim ya da hukuken yetkili bir adli makamın karşısına çıkarılan ve tutuklanmasına karar verilen kişinin makul süre içinde yargılanma veya yargılama süresince serbest bırakılma hakkı olduğunu görmekteyiz (AİHS, m. 5/3). Beşinci madde kapsamında, makul süreyi aşmaması gereken husus, yargılamanın uzunluğu değil, tutukluluk süresidir. Yargılamanın uzunluğu, Sözleşmenin 6(1) maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir husustur.¹²⁰ Sözleşme, tutukluluk için belli bir süre öngörmemekte, *makul süre (reasonable time)* ölçütünü kullanmaktadır.¹²¹ AİHM önüne gelen her somut olayın özelliklerini değerlendirerek makul sürenin aşıp aşılmadığını saptamaya çalışmaktadır. Tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusunda esas alınan süre, *"kişinin özgürlüğünün fiilen kısıtlandığı tarihten başlayıp ilk derece mahkemesinin esas hakkındaki karar tarihinde biten dönem*

¹¹⁸ Soyaslan, Ceza Muhakemesi, s. 326; Öztürk vd., Nazari ve Uygulamalı, s. 468; Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi, s. 369; Özbek vd., Ceza Muhakemesi, s. 332.

¹¹⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem vd., s. 474-478. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Yenidünya/İçer, s. 339; Yenisey/Nuhoğlu, s. 369 vd.

¹²⁰ Sarıgül, Kişi Hürriyeti, s. 98.

¹²¹ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, El Kitabı, s. 238; Mowbray, Cases, Materials and Commentary, s. 305.

içinde yer alan tutukluluk süresidir".¹²² Tutukluluk süresinin makul olup olmadığını değerlendirmede göz önünde bulundurulacak birtakım hususlar vardır. Bu hususlar şu şekildedir: 1) davanın zorluk ve karmaşıklığı; 2) sanığın davranışı, 3) ulusal makamların etkinliği.¹²³ Örneğin, Mahkeme *Punzelt/Çek Cumhuriyeti* davasında, ulusal yargı organlarının tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin gerekçeler uygun görül-müş, ancak yargılamanın yeterli hızda yürütülmediği gerekçesiyle 5. maddenin 3. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹²⁴ AİHM *Tüm/Türkiye* kararında yapılan incelemede; başvuran tarafından sürekli yinelenen salıverilme taleplerinin, ulusal mahkeme tarafından, "*isnat edilen suçun cinsi ve vasfı*", "*delillerin durumu*", "*suçun işlendiği tarih veya tutuklanma tarihi*" ya da "*tutukluluk nedenlerinin halen geçerli olması*" gibi neredeyde birbirinin aynı gerekçelerle reddedilerek başvuranın tutukluluğunun devamına hükmedildiği, başvuranın tutuksuz yargılanma talebinin iki kez de herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin reddedildiğini belirterek, 6 yıl 5 aylık tutukluluk süresinin Sözleşmenin 5/3 maddesinin ihlal ettiği kararına varmıştır.¹²⁵ Ancak bu noktada belirtmek istediğimiz bir husus; AİHM'in kısa süreli tutukluluk durumlarında da m. 5/3'ün ihlaline karar verebileceğidir. Bu durumun örneği, Shishkov kararıdır. Mahkeme, 6 ay 3 haftalık tutuklama süresini gereksiz olmasından ötürü m. 5/3'ü ihlal eder nitelikte bulmuştur.¹²⁶

AİHS ve AİHM kararları ışığında KKTC hukukunda tutukluluk sürelerinin makullüğünü değerlendirecek olursak, değinmemiz gereken birkaç husus vardır. Bunlardan ilki, tutukluluk süresinin göreceli olarak kısa olmasıdır. Türk hukukundaki tutukluluk süreleriyle kıyaslandığında, KKTC hukukundaki süreler çok daha makul görünmektedir. Ne var ki, yukarda değindiğimiz üzere Shishkov kararında AİHM, 6 ay 3 haftalık tutukluluk süresini gereksiz olması nedeniyle m. 5/3'ün ihlali olarak nitelendirmiştir.

¹²² Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, El Kitabı, s. 239. Bkz. AİHM'in Almanya'ya karşı 27.6.1968 tarihli Wemhoff kararı, Seri A, no. 25.

¹²³ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, El Kitabı, s. 240.

¹²⁴ AİHM'in Çek Cumhuriyeti'ne karşı 24.5.2000 tarihli Punzelt kararı, BN. 31315/96, prg. 80-83.

¹²⁵ AİHM'in Türkiye'ye karşı 17.6.2008 tarihli Tüm kararı, BN. 11855/04, prg. 49-50. AİHM'in tutukluluk süresine ilişkin ihlal kararı verdiği bazı kararları için bkz. AİHM'in Türkiye'ye karşı 8.8.2006 tarihli Hüseyin Esen kararı, BN. 49048/99; AİHM'in Türkiye'ye karşı 13.11.2014 tarihli Ali Rıza Kaplan kararı, BN. 24597/08.

¹²⁶ AİHM'in Bulgaristan'a karşı 9.1.2003 tarihli Shishkov kararı, BN. 38822/97.

KKTC hukukunda kural olarak tüm tutukluluk ve tutukluluk süresinin uzatılması kararları gerekçeli olarak verilmektedir.¹²⁷ AİHM'in *Mansur/Türkiye* kararında görülebileceği üzere, bu konuda yetersiz gerekçe Sözleşmenin ihlaline yol açacaktır.¹²⁸ Öte yandan, *Karakoç/Türkiye* kararındaki gibi gerekçenin ihsas-ı rey anlamına gelmemesine de dikkat edilmelidir.¹²⁹ Belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, iç hukukta öngörülen sürelerle riayet edilmesinin otomatik olarak AİHS m. 5/3'e uygun hareket edildiği sonucunu doğurmamıştır. Mahkemeler, tutuklamanın devamına karar verirken AİHM kararlarını göz önünde bulundurmalı ve yargılamayı yaparken "*durumun gerekli kıldığı süratle*" hareket etmelidirler.¹³⁰ KKTC hukukunda, kişinin suçu işlediği yönündeki şüphe tutukluluğun uzaması için yeterli görülmemekte; mahkemeler şüpheli veya sanığın kaçması veya kaçacağı şüphesini uyandıran olgular olması,¹³¹ şüpheli veya sanığın, delilleri yok etme değiştirme ya da tanık, mağdur ya da başkaları üzerinde baskı yapmalarının kuvvetle muhtemel olması¹³² gibi hususlar dikkatle değerlendirilerek gerekçesi kararlara yansıtılmaktadır. Burada hatırlatmak istediğimiz bir diğer önemli husus, Türk hukukunun aksine, KKTC hukukunda zorunlu hallerde dahi tutukluluk azami süresinin uzatılmasını öngören bir düzenleme olmadığıdır. Tutuklu bulunan kişinin makul süre içinde yargılanmaya hakkı vardır ve tutuklama süresinin uzaması halinde, bu uzatmayı haklı kılabilecek inandırıcı gerekçeler ortaya konmalıdır. Aksi takdirde, Türk hukukunda olduğu gibi, tedbir kolayca bir "*ceza*"ya dönüşebilir.¹³³ KKTC hukukunda bu yönde bir düzenleme olmaması da tutukluluk sürelerinin keyfi olarak uzatılması riskini ortadan kaldırdığından olumlu olarak nitelendirilebilir.

¹²⁷ Bkz. KTFD Yargıtay/ Ceza, D. 2-4/76, Dava No: 2/76, Karar Tarihi: 4.3.1976; KKTC Yargıtay/ Ceza, D. 13/2016, Dava No: 85/2016, Karar Tarihi: 15.6.2016; KKTC Yargıtay/ Ceza, D. 14/2015, Dava No: 4019/2015, Karar Tarihi: 9.11.2015.

¹²⁸ AİHM'in *Türkiye*'ye karşı 08.06.1995 tarihli *Mansur* kararı, BN. 16026/90.

¹²⁹ AİHM'in *Türkiye*'ye karşı 15.10.2002 tarihli *Karakoç ve Diğerleri* kararı, BN. 27692/95.

¹³⁰ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, El Kitabı, s. 244.

¹³¹ Bkz. KKTC Yargıtay/ Ceza, D. 13/2016, Dava No: 85/2016, Karar Tarihi: 15.6.2016; KKTC Yargıtay/ Ceza, D. 2/2008, Dava No: 33/2008, Karar Tarihi: 3.4.2008; KKTC Yargıtay/ Ceza, D. 4/2012, Dava No: 41/2012, Karar Tarihi: 16.2.2012.

¹³² KKTC Yargıtay/ Ceza, D. 13/2016, Dava No: 85/2016, Karar Tarihi: 15.6.2016.

¹³³ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, El Kitabı, s. 245.

5. maddenin 3. fıkrasının son cümlesinde; sanığın yargılama sırasında serbest bırakılma hakkına sahip olduğu; kaçmasını önlemek için ise, salıverilmenin bir teminata bağlanabileceği hüküm altına alınmıştır. KKTC hukukunda da kefaletle serbest bırakılma konusunda karar verilirken değerlendirilen en önemli husus, sanığın, duruşma tarihinde hazır bulunup bulunmayacağıdır. Bu konuda karar verilirken suçun ciddiyeti, sanığın serbest bırakılması halinde başka bir suç işleme veya aynı suçu tekrarlama ihtimali ve sanığın şahitlere müdahale edip etmeyeceği hususları dikkate alınmaktadır.¹³⁴ KKTC hukukunda bir kefilin kefaleti ile serbest kalma seçeneğinde, kefilin KKTC vatandaşı olması şarttır. Yargıtayın bir kararında, bu durumun KKTC vatandaşı olmayan sanıklar açısından adaletsizlik yaratıp yaratmadığı tartışılmıştır. Ne var ki, KKTC vatandaşı olmayan bir kişinin parasal teminat için imzalayacakları kefalet değerlerinin hiçbir değeri olmayacağından KKTC vatandaşı olmayan bir kefilin kabul görmesi mümkün değildir.¹³⁵

IV. Tutuklanan Kişinin Hakları

Özgürlüğü kısıtlanan kişinin haklarının neler olduğu konusunda Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nda herhangi bir düzenleme yoktur. Kişinin hakları, Anayasanın 16. maddesinin 4-10. fıkraları arasında gösterilmektedir.

1. Tutuklama Nedenlerinin Bildirilmesi

KKTC Hukukunda tutuklamayı yapmakla yetkili kişi, şüphelinin tutuklanması sırasında Anayasa'nın 16. maddesinin 5. fıkrası gereğince şüpheliye tutuklama nedenlerini anladığı bir dilde bildirmelidir.¹³⁶

¹³⁴ Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul, s. 544.

¹³⁵ Şüpheli veya sanığın kefalet şartlarına uymaması halinde, kefillerden kefalet miktarlarının müsadere edilmesi gündeme gelecektir. KKTC vatandaşı olmayan veya KKTC'de malvarlığı bulunmayan kişilerden, kefalet miktarlarının müsadere edilmesi mümkün olmadığından, KKTC vatandaşı veya KKTC'de yerleşik olmayan kişilerin kefilliklerinin kabul edilmesi de söz konusu olamaz. Bkz. KKTC Yargıtay/Ceza, D. 4/2012, Dava No: 41/2011, Karar Tarihi: 16.2.2012, s. 11.

¹³⁶ Anayasanın 16(5) maddesi şu şekildedir: "Yakalanan veya tutuklanan herkese, yakalanmasını veya tutuklanmasını gerektiren nedenler, yakalanması veya tutuklanması sırasında anladığı dilde bildirilir ve herkes, kendisinin veya yakınlarının seçtiği bir hukukçunun hizmetinden derhal yararlandırılır".

Burada Türk Anayasası ve KKTC Anayasası arasında bir farklılığa dikkat çekilmesi yerinde olacaktır. Türk Anayasasının 19. maddesinin 4. fıkrasında yakalanan kişinin “*anladığı bir dilde bilgilendirilme hakkı*” ifadesi yer almamaktadır. Bununla birlikte kişinin anlamadığı bir dilde bilgilendirilmesi söz konusu olamayacağına göre, bu noktada bu tür bir yükümlülüğün “*bildirme*” yükümlülüğüne ilişkin olduğu kabul edilerek bu eksiklik giderilmektedir.¹³⁷ T.C. Anayasası ile Sözleşme arasında bu noktada doğrudan bir çatışma olmadığı için bildirme yükümlülüğünün amaçsal bir yorumla anladığı dilde bildirme şeklinde yorumlanması maddenin ruhuna uygun olacaktır.

KKTC Anayasası, kişiye tutuklama nedenlerinin bildirilmesi için herhangi bir sınırlama öngörmemiştir. Ne var ki, Fası 155’in 9. maddesinin 3. fıkrası, suçüstü halinde tutuklanan veya yasal nezaretten firar etmiş olan kişilere, tutuklama nedenlerinin bildirilmesinin geciktirilebileceğini düzenlemektedir. Bu hüküm, Anayasa’nın 16. maddesinin 5. fıkrasıyla uyum içinde gözükmemektedir. Ne var ki, bugüne dek Anayasa Mahkemesi’ne bu hükmün Anayasa’ya aykırılığı ile ilgili herhangi bir başvuru yapılmış olmadığından Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelecek olan bir olayda ne karar vereceği merak konusudur. Kanun koyucu, suçüstü halinde olan veya nezaretten firar etmiş olan kişinin, tutuklanma sebebini zaten bildiğini varsayarak bu şekilde bir düzenleme yapmış olsa da bazen şüpheliler o anda tahmin edemeyecekleri bir nedenden ötürü de tutuklanmış olabilirler. Dolayısıyla her halükârda kişiye tutuklanma nedenleri derhal bildirilmelidir.

AİHS’in 5. maddesinin 2. fıkrası da yakalanan herkesin, en kısa sürede ve anladığı bir dilde yakalama nedenlerini öğrenme hakkına sahip olduğunu vurgulamaktadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, her şeyden önce Anayasaya aykırılık teşkil edeceği gibi, AİHS’in 5. maddesi de ihlal edilmiş olacaktır.¹³⁸ *Amer/Türkiye* kararında başvuran, yakalanmasına müteakiben AİHS’in 5/2 maddesine aykırı olarak yakalanma nedenlerinin kendisine en kısa sürede bildirilmediğini id-

¹³⁷ İnceoğlu, İnsan Hakları, s. 200.

¹³⁸ Stone, *Civil Liberties*, s. 122; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, *El Kitabı*, s. 232; Doğru/Nalbant, *İnsan Hakları C.1*, s. 393; Council of Europe, *Guide on Article 5 of the Convention – Right to Liberty and Security*, Strasbourg 2014, s. 21 http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf (ET. 26.4.2017).

dia etmiştir.¹³⁹ AİHM, başvuranın yasal gözaltı süresinin hakim önüne çıkarılıp ithamların yapıldığı 22 Haziran 2001 tarihinde sona erdiğini belirterek, başvuranın 14 Haziran 2002 tarihine dek AİHM'e bir başvuru yapmadığını ve şikayeti bağlamında 6 ay süresinin işleyişini durdurabilmek için herhangi bir iç hukuk yolunu kullanmayı da denemediğine dikkat çekerek, sözkonusu şikayetin AİHS'in 35/1 maddesinde öngörülen şikayetin 6 aylık süre içerisinde yapılması gerekliliğine uymadığından davanın bu kısmını reddetmiştir.¹⁴⁰ Esasen bu konu, Kuzey Kıbrıs hukukunda tatbikatta sorun yaratan alanlardan biri değildir. Soruşturma memurları genellikle daha kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı ilk anda kendilerine bunun nedenlerini bildirmektedir.

Tutuklamayı yapan kişi, şüpheliye tutuklama nedenlerini anladığı bir dilde bildirdikten sonra, makul oranda bir güç kullanarak, şüpheli üzerinde arama yapma yetkisine sahiptir. Kolluk görevlileri arama neticesinde, suç delili olduğuna makul surette inandığı eşyaya veya evraka el koyar (Fasıl 155 m. 10/1). Şüpheli bir kadınsa, aranması bir kadın görevli tarafından yapılır (Fasıl 155 m. 10/2).

2. Yakınlarına Haber Verme Hakkı

AİHS'in 5. maddesi metninde sözel olarak yakalanan veya tutuklanan kişilerin yakınlarına haber verilmesi biçiminde bir hak mevcut olmamasına karşın Türk Anayasasında olduğu gibi, KKTC Anayasasında da bu şekilde bir hakka açıkça yer verilmiştir.¹⁴¹ KKTC Anayasasına göre "*Yakalanan veya tutuklanan kişinin durumu, soruşturmanın*

¹³⁹ Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan davaya konu olan olaylar KKTC'de geçmektedir. Başvuran halen KKTC'de cezaevinde hükümlüdür.

¹⁴⁰ AİHM'in Türkiye aleyhine 6.7.2009 tarihli Amer kararı, BN. 25720/02, prg. 57-59. Ayrıca bkz. AİHM'in Türkiye aleyhine 20.6.2011 tarihli Elewa kararı, BN. 36772/02, prg. 22-24.

¹⁴¹ T.C. Anayasası'na göre kişi yakalandığında yakınlarına geciktirilmeksizin bildirilir (AY m. 19/6). CMK'ya göre "şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, Cumhuriyet Savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir" (CMK m. 95/1). YGİY'e göre ise, kişinin yakalandığı C. Savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin bildirilecektir (YGİY m. 6/6). 2001 yılındaki Anayasa değişikliğine dek bu hak sınırlamaya tabi tutulmuş ve "soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk" bulunması koşulu aranmaktaydı. Yenisey/Nuhoglu, Ceza Muhakemesi, s. 317; Özbek vd., Ceza Muhakemesi, s. 301; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 172; Düzgün/Elmacı, Tazminat Davaları, s. 21; Yenisey, Kolluk Hukuku, s. 466.

kapsam ve zorunluluğunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk dışında, yakınlarına en erken bir zamanda ve süratle bildirilir" (KKTC AY m. 19/4). AİHM'in ise içtihatları ile özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilerin yakınlarına haber verilmesi şeklinde bir hak tanımış durumunda olduğuna çalışmanın önceki bölümlerinde değinmiştik. KKTC Anayasası bu yükümlülüğü açıkca tanıyarak olası bir ihlal durumunun önüne geçmiş olmaktadır.

3. Kendisinin veya Yakınlarının Seçtiği Bir Avukatın Hizmetinden Derhal Yararlanma Hakkı

Özgürlüğünden mahrum bırakılan kişinin en temel haklarından birinin müdafinin hukuki yardımından faydalanmaktır. Bu hususa ilişkin açıklamalarımızın aynen geçerli olduğunu belirtmek isteriz. Nitekim, Kuzey Kıbrıs'ta da anayasa koyucu bu hakkın önemini farkında olarak özgürlüğü kısıtlanan kişilere kendilerinin veya yakınlarının seçecekleri bir avukatın hizmetinden derhal yararlanma hakkı tanımıştır (KKTC AY m. 16/5).

Ne var ki, KKTC hukukunda sorunlu alanlardan birtanesi ifade sırasında şüphelinin yanında bir avukatın bulunmasını mecbur kılan bir yasal düzenleme olmayışdır. Anlaşılabilirlik bakımından kısaca belirtmek isteriz ki, özetle KKTC hukukunda 3 çeşit ifade vardır. 1) Sözlü ifadeler; 2) Yazılı açık ifadeler; 3) Yazılı gönüllü ifadeler.¹⁴² Açık ifadeler suç hakkında bilgisi olan kişilerden alınır. Soruşturması yapılmakta olan suçu işlemiş olabileceğinden basit şekilde şüphe edilen kişilerden alınan ifadeler de açık ifade olarak nitelendirilmektedir.¹⁴³ Tutuklu bulunan bir şüphelinin, suçla ilgili bir ifade vermek istediğini bildirerek ifade vermesi halinde alınacak ifade ise "*gönüllü ifade*" olarak nitelendirilmektedir. Bu ifadelere "*gönüllü ifade*" denildiğine göre hakikaten gönüllü olarak yapılmaları gerekmektedir.¹⁴⁴ Kuzey Kıbrıs hukukunda, şüpheliler tarafından suça ilişkin olarak yapılan itiraflar, ister sözlü

¹⁴² Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul, s. 340.

¹⁴³ Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul, s. 343.

¹⁴⁴ Yargıtay/Ceza, D. 5/74, Dava No: 4590/73, Karar Tarihi: 11.4.1974 sayılı kararında ifadenin kabul edilebilir olması için: "yetki sahibi herhangi bir şahıs tarafından herhangi bir yardım vaadi yapılmadan veya böyle bir ifadenin verilmesini teşvik için yetki sahibi birisi tarafından herhangi bir baskı veya korku kullanılmadan" verilmiş olması gerektiğini vurgulamıştır.

isterse yazılı olsun, mahkemede delil olarak kabul görmekte ve kişi, kendi itirafı üzerine başka bir delile gerek olmaksızın itham edildiği suçtan suçlu bulunarak hüküm giyebilmektedir.¹⁴⁵ Bu hukuksal gerçek karşısında, şüphelilerden bir itiraf elde edebilmek için, kolluk görevlilerinin bu kişiler üzerinde baskı kurmaları, onları tehdit etmeleri, şiddet uygulamaları, korkutmaları veya yardım vaatlerinde bulunmaları beklenen bir durumdur.¹⁴⁶ Nitekim Kuzey Kıbrıs'ta da bu tür davranışlar pek çok davada şikayet konusu olmaktadır.¹⁴⁷

Pekçok ülkede, şüphelilerin ifadesi alınırken uyulması gereken kurallar kapsamlı bir şekilde düzenlenmişken, Kuzey Kıbrıs'ta konu ile ilgili herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Kuzey Kıbrıs ceza muhakemesi hukukunun mehası olan İngiliz ceza hukukunda ne şekilde hareket edilmesi gerektiğini gösteren kurallar (Code of Conduct) vardır ve şüphelilerin ifadelerine başvurulurken bu kuralara riayet edilmesi zorunludur. Ayrıca 1988 tarihli The Police and Criminal Evidence Act (PACE) ile Common Law'da hali hazırda var olan pek çok husus yasallaştırılmış ve çağın gelişmelerine ayak uydurmak adına bir çok yeni kural eklenmiştir. Bu kuralların en önemlilerinden biri, şüphelinin tutuklandıktan sonra 24 saat içerisinde avukatı ile temas kurmasına izin veren düzenlemedir. Buna göre, tutuklunun avukatı olması, avukatı hazırda veya kendisine kolayca ulaşabiliyorsa, avukatın sorgu ve ifade esnasında hazır bulunmasına izin verilmelidir. Şüphelinin ilk tutuklandığında avukatı ile görüşmesine izin verilmesinin soruşturmanın selametini herhangi bir şekilde olumsuz etkileyeceği düşünülüyorsa, görüşme geciktirilebilir olmakla birlikte genel kaide tutuklunun avukatı ile temas kurmasına izin vermek yönündedir. Avukatın davranışları ile kolluk görevlilerinin görevini yapmasını engellemesi halinde avukatın görüşmeden çıkması istenebilir (Code C 6.8).¹⁴⁸

¹⁴⁵ Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul, s. 347.

¹⁴⁶ Örneğin AİHM'in Türkiye'ye karşı 25.1.2011 tarihli Elaw, BN. 37672/02 sayılı kararında başvuran, ifadesinin polis tarafından hazırlandığını ve kendisine zorla imzalatıldığını iddia etmiştir.

¹⁴⁷ Örneğin bkz. KKTC Yargıtay/Ceza, D. 1/2012, Dava No: 68-73/2010, Karar Tarihi: 4.1.2012; KKTC Yargıtay/Ceza, D. 8/06, Dava No: 38-39/03, Karar Tarihi: 28.12.2006; KKTC Yargıtay/Ceza, D. 9/72, Dava No: 948/71, Karar Tarihi: 7.6.1972; KKTC Yargıtay/Ceza, D. 2/2014, Dava No: 2346/2011, Karar Tarihi: 28.2.2014.

¹⁴⁸ KKTC Yargıtay/Ceza, D. 1/2012, Dava No: 68-73/2010, Karar Tarihi: 4.1.2012, s. 79.

Ne yazık ki, Kuzey Kıbrıs'ta halen ifade verilirken şüphelinin yanında avukatının bulunmasını zorunlu kılan bir uygulama yoktur. Yukarıda değinmiş olduğumuz Anayasa'nın 16. maddesi uygulamada bu alanı kapsayıcı şekilde yorumlanmadığı için tutukluların ifadesi avukatları bulundurulmadan alınmaktadır. Yakın bir zamana kadar İskoç hukukunda da bu yönde olan uygulama, İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin 2010 tarihli *Cadder v HM Advocate* kararı ile değiştirilmiştir.¹⁴⁹ Nitekim AİHM de bu konuya ilişkin *Salduz* kararında kişinin avukatı ile görüştürülmeden gerçekleştirilen sorgulamanın adil yargılanma hakkının özünü zedelediğine karar vermiştir.¹⁵⁰ Ne var ki, tüm bu gelişmelere müteakiben yasa koyucu bu konuda henüz bir adım atmış değildir. Zaman zaman şüpheliler ifadelerini verirken baskı, fiziksel şiddet hatta işkenceye varan davranışlara maruz kaldıklarını iddia etmekte ve ifadelerinin gönüllü olmadığına dair istinaf dosyalamaktadır.¹⁵¹ Ne var ki, bu durumu ispatlamakta aşılmaz güçlüklerle karşılaşmaktadırlar.

Tutukluluk süresinin uzatılması talebi ile yukarıda anlatıldığı şekilde bir yazılı müracaatla birlikte şüpheli hakim önüne çıkarıldığında da, şüphelinin avukatı var ise, şüphelinin avukatının da mahkemede bulunması için gerekli önlemler alınmalıdır.¹⁵² Hakim, ilk iş olarak şüpheliye bir avukatı olup olmadığını sormalı ve avukatının olmaması halinde şüphelinin avukatının hazır bulunması için gereken tertibatın alınıp alınmadığını araştırmalı ve gerekli tertibatın alınmadığını öğrenmesi üzerine, müracaatı, makul bir süre tehir etmesi ve durumdan şüpheli avukatının haberdar edilmesini sağlaması gerekmektedir. Ne yazık ki, hakimlerin bu konuda hassasiyet gösterdiklerini düşünsek de, aynı şeyi kolluk görevlileri için söylemek pek mümkün değildir.

Şüphelinin avukat tutabilecek mali olanaklara sahip olmaması durumunda, soruşturması yapılan suçun ağırlığına ve ciddiyetine göre kişiye bir avukat atanmalıdır. Bu konudaki düzenleme kısmen

¹⁴⁹ UK Supreme Court, *Cadder v HM Advocate* (2010) UKSC 43, 26.10.2010, https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2010_0022_Judgment.pdf (ET. 24.4.2017).

¹⁵⁰ AİHM'in Türkiye'ye karşı 27.11. 2008 tarihli *Salduz* kararı, BN. 36391/02. Ayrıca bkz. Follesdal/Peters/Ulfstein, *Constituting Europe*, s. 153 vd.

¹⁵¹ "İstinaf dosyalamak" ifadesi Kuzey Kıbrıs hukukunda içtihatlarda yerleşik bir ifade olup istinaf başvurusunda bulunmak anlamında kullanılmaktadır.

¹⁵² Sözmener, *Ceza Genel ve Ceza Usul*, s. 319.

Fasıl 155'in 64. maddesinin 1. fıkrasında bulunmaktadır.¹⁵³ Bu madde esasen sanıklarla ilgili olmakla birlikte, Anayasanın lafzı ve ruhuyla birlikte okunması ve yorumlanması halinde, şüphelilere de avukat tayin edebilecek şekilde yorumlanması gerektiği kanısındayız. Ne var ki, bu yönde bir uygulama olmadığını belirtmemiz gerekir. Bu nedenle, yasa koyucu, en kısa sürede şüphelinin maddi durumunun el vermemesi halinde kendisine baro tarafından avukat tayin edilebilmesi için gerekli düzenlemeyi yapmalıdır.

4. Masumluk Karinesi ve Susma Hakkı

KKTC Anayasası'nın 18. maddesinin 4. fıkrasına göre, *"herkes, suçluluğu yasaya uygun olarak ispat edilinceye kadar suçsuz sayılır"*.¹⁵⁴ Masumluk karinesi olarak tanımlanmakta olan bu hak, şüpheli ve sanıkların adil yargılanma haklarının en önemli unsurlarından biridir.¹⁵⁵ Susma hakkı ise, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak gösterilmektedir.

Ne yazık ki, susma hakkının gereklerine çoğu zaman saygı duyulduğunu söylemek pek mümkün gözükmemektedir. Kolluk görevlilerinin, gönüllü ifade elde edebilmek için şiddet, baskı, korkutma, vaatte bulunma gibi yöntemlere başvurmaları sıkça rastlanılan şikayetler arasındadır.¹⁵⁶ Şüpheli ve sanıklar ise bu iddialarını ispatlamakta genellikle başarısız olmaktadır.¹⁵⁷

KKTC'de özellikle basın mensupları da masumluk ilkesine gereken dikkat ve özeni sergilememektedirler. Çoğu zaman, şüpheli ve sanıkların açık eşkelleri görsel ve yazılı basında sergilenmekte; henüz suçluluğu bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından ispatlanmamış kişiler adeta cezalandırılmaktadır.

¹⁵³ Madde şu şekildedir: "Bir sanığı bir ithamname veya ikamenameden ötürü yargılayacak veya Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararı aleyhine yapılan bir istinafi dinleyecek olan Mahkeme, meselenin ciddiyetini, güçlüğünü veya durumunu adalet adına gerekli kıldığı takdirde, hale göre, sanık veya istinaf edeni savunmak için bir avukat atayabilir ve Mahkeme, ölümle cezalandırılabilen bir suçtan yargılanacak olan savunmasız herhangi bir kişiyi savunmak için bir avukat atayabilir".

¹⁵⁴ Konuyla ilgili Türk hukukuna ilişkin açıklamalarımız için bkz. s. 79-82.

¹⁵⁵ Moeckli/Shah /Sicakumaran, International Human Rights Law, s. 270.

¹⁵⁶ Sözmener, Ceza Genel ve Ceza Usul, s. 606.

¹⁵⁷ Örneğin bkz. KKCT Yargıtay/Ceza, D. 2/2014, Dava No: 60/2012, Karar Tarihi: 28.2.2014.

5. Tutukluluğu Yasaya Uygunluğunun Karara Bağlanması Talebi ile Müracaat Hakkı

Anayasa'nın 16. maddesinin 9. fıkrası, tutuklanması nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan herkese, tutukluluğunun yasaya uygunluğu hakkında bir mahkeme tarafından süratle karar verilmesi için, yasal yollara başvurma hakkı tanımaktadır. AİHS'in 5. maddesinin 4. uyarınca, özgürlüğünden yoksun bulunan herkese, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için mahkemeye başvurmak hakkına sahip kılındığına ve bu hakkın önemine çalışmanın önceki bölümlerinde değinmiştik. Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nda Türk hukukundaki CMK m. 91/5 gibi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak her ülkeyi kendi yasal gerçekleri ışığında değerlendirmemiz gerektiği gerçeğini göz önünde bulundurarak yorum yapacak olursak, KKTC'de tutuklu bulunan kişilerin, tutukluluğun yasallığına karar verilmesi için başvuru yollarının kapalı olmadığını belirtmek gerekmektedir. Anayasa'nın 16. maddesinin 8. fıkrasında kişilere tutukluluk emirlerine karşı istinafa başvurma hakkı tanınmıştır. Anayasa'nın 151. maddesinde ise Devletin en yüksek istinaf mahkemesi olan Yargıtay'a (KKTC AY, m. 151/1) yetkisiz tutuklamanın kaldırılması için (*habeas corpus*) emirnamesi çıkarmaya münhasıran yetki verildiği görülmektedir.

6. Tazminat İsteme Hakkı

Anayasa'nın 16. maddesinin son fıkrasında, hukuka aykırı bir tutuklamanın mağduru olan herkesin tazminat isteminde bulunma hakkı olduğu düzenlenmektedir (KKTC AY m. 16/10). Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası ise haksız bir tutuklamanın veya tutuklama sonrası işlemlerdeki hukuka aykırılıkların mağduru olan kişiye doğrudan tazminat isteminde bulunma hakkı tanıyan herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bu durumda, kanuni süre içerisinde hakim önüne çıkarılmayan, tutuklandıktan sonra kanuni hakları hatırlatılmayan, kanuna uygun olarak tutuklandıktan sonra beraatine hüküm verilen kişilerin tazminat isteminde bulunma hakkı olup olmadığı belirsizdir.

AİHS'in 5. maddesi hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir kişi özgürlüğünü kısıtlama işleminin mağduru olan herkesin tazminat isteminde bulunmaya hakkı olduğuna ve sözleşmeye taraf olan devle-

tin, özgürlükten yoksun bırakma tedbiri için mahkemeye başvurma hakkını iç hukukta yeterli açıklıkta güvence altına alınmış olması gerekmektedir. Nitekim, AİHS’de gerek m. 5/5 ile hukuka aykırı olarak yapılmış olan bir yakalama veya tutuklama işleminin mağduru olan her şahsa tazminat isteme hakkı tanınmakta gerekse; Sözleşme’nin “*etkili başvuru hakkı*” başlıklı 13’üncü maddesince Sözleşme’de güvence altına alınan hak ve özgürlüklerinden biri ihlal edilmiş kişiye ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkı tanınmıştır. AİHS’nin bu hükümleri, iç hukuktaki düzenlemelerin etkin olması gerektiğine vurgu yapmaktadır.¹⁵⁸ Bu gerekliliğin KKTC hukukundaki mevcut düzenlemeyle sağlanamadığı kanaatindeyiz.

Türk hukukunda koruma tedbirleri nedeniyle tazminat konusu CMK’nın 141-144. maddelerinde oldukça ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.¹⁵⁹ Demokratik hukuk devleti anlayışının en önemli gerekliliklerinden biri, çağın gereklerine uygun düzenlemeler yapmaktır. Bu bağlamda, Kuzey Kıbrıs hukukunda, Türk hukukundakine benzer, ayrıntılı bir düzenleme yapılarak olumlu yönde gelişme kaydedileceği düşüncemizdir. Çünkü mevcut düzenleme, AİHM standartları ile uyum içerisinde gözükmemektedir.

Sonuç

KKTC hukuku ışığında incelemiş olduğumuz tutuklama tedbirinin uygulanması hakkında varabileceğimiz birtakım sonuçlar vardır. Tutuklanan kişinin 24 saat içerisinde hakim önüne çıkarılması önemli

¹⁵⁸ Nitekim Mahkeme, Aytimur/Türkiye CMK m. 141 ve devamında öngörülen mekanizmanın etkin olmadığını belirttikçe Sözleşmenin m.5/5’in ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme yakın tarihli Salgın/Türkiye kararında da m. 5/5’in ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. AİHM’in Türkiye’ye karşı 20.5.2010 tarihli Aytimur kararı, BN. 20259/06; AİHM’in Türkiye’ye karşı 4.4.2017 tarihli Salgın kararı, BN. 63086/12, prg. 36.

¹⁵⁹ CMK’dan önce haksız yakalama ve tutuklama hallerinden doğan tazminat hakkını muhakeme kanunundan farklı bir kanun olan 7.5.1964 tarih ve 466 sayılı “Kanundışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki Kanun” düzenlemekteydi. 466 sayılı Kanun’da sadece yakalama ve tutuklama tedbirleri için tazminat öngörülmekteydi. 23.05.2005 tarih ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 18/1-c maddesi ile 466 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Bugün, koruma tedbirleri nedeniyle zarara uğrayan kişilere tazminat ödenmesine ilişkin düzenlemelere “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat” başlıklı, CMK m. 141 ve devamı maddelerinde yer verilmiştir (CMK m. 141-144). Bkz. Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi, s. 468; Karakehya, Ceza Muhakemesi I, s. 300; Baytar, *TBB D* 2005, S. 359.

ve yerinde bir güvence olup, AİHM içtihatlarıyla uyumlu gözükmektedir. Kişinin duruşması başlamadan 3 ayı geçmemek üzere verilen tutukluluk emirleri verilirken kişinin özgürlüğünün gereksiz yere kısıtlanmaması için azami titizlik gösterilmelidir. Bu doğrultuda, KKTC Yargıtay'ının tutukluluk süresinin uzatılabilmesi için, kişinin suç ile ilgili olabilme ihtimali değil; kuvvetli şüphe araması gerekmektedir. AİHM tutuklama tedbirine ilk başvurulduğu zaman sanığın kaçma ya da delilleri karartma veya yok etme tehlikesinin mevcut olmasını tutuklama için yeterli görebilmekte iken, yargılamanın belirli bir aşamasında aynı gerekçelerle tutukluluk halinin devamına karar verilmesini yeterli görmeyebilmektedir. Yargılamanın ilerleyen aşamalarında bu nedenler tek başına tutukluluk nedeni olarak kabul edilmemektedir ve yargılamanın hızlandırılması ile tutukluluk haline son verilmesi olup olmadığı değerlendirilmektedir. Tüm bu husular dikkate alınmalıdır. Öte yandan, tutuklama sırasında kelepçe kullanımının sınırlanmamış olması eksikliklerdir. Uygulamada çoğu zaman yakalanan kişinin tehlike arz edip etmediğine bakılmaksızın kelepçe takıldığı gözlemlenmektedir. Kolluk görevlileri çoğu zaman sorumluluk altına girmekten kaçınarak, neredeyse her olayda kelepçe kullanmaktadır. Kişinin yasal durumu göz önünde bulundurulmaksızın, gelişi güzel kelepçe takılması sürdürülebilir değildir. Kanun koyucu bu konuda bir an evvel harekete geçmelidir.

KKTC hukuk sisteminin bu alandaki en önemli sorununun, tutuklanan kişilerin haklarına ilişkin olduğu görüşümüzdür. Şüphelinin ifadesi alınırken avukatının hazır bulunamaması, şüphelilere baro tarafından avukat tayin edilmesine ilişkin herhangi yasal bir düzenleme olmayışı bu alandaki en önemli eksikliklerin başında gelmektedir. Bu hukuksal gerçekler karşısında, şüphelilerden bir itiraf elde edebilmek için, kolluk görevlilerinin bu kişiler üzerinde baskı kurmaları, onları tehdit etmeleri, şiddet uygulamaları, korkutmaları veya yardım vaatlerinde bulunmaları kaçınılmaz hale gelmektedir. Ayrıca, Anayasa'da hukuka aykırı bir tutuklamanın mağduru olan herkese tazminat isteminde bulunma hakkı tanınmış olmasına rağmen, bu konuya ilişkin daha ayrıntılı düzenlemelere ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz. Kanun koyucu, Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nda gerekli değişiklikleri yapmak suretiyle bu konudaki eksiklikleri gidermelidir. CMK'nın *koruma tedbirleri nedeniyle tazminat* başlıklı 141-144. maddelerinde düzenlenene benzer bir modelin benimsenmesi KKTC hukuku açısından olumlu olacaktır.

Kaynakça

Kitaplar

- Balcı Ahmet/Balcı Murat/Alşahin M. Emin/Çakır Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Adalet, Ankara 2018.
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul 2015.
- Dijk P/Hoof G.T.H, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International, Hague, 1998.
- Doğru Osman/Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri (1995-2000), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2001.
- Doğru Osman/Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi C.1, Legal, İstanbul 2016.
- Follesdal Andreas/Peters Birgit/Ulfstein Geir, Constituting Europe, CUP, Cambridge 2013.
- Gözübüyük Şeref/Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- İnceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Beta, İstanbul 2013.
- Kempees Peter, A Systematic Guide to the Case-Law of the European Court of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague 1996.
- Mowbray Alastair, Cases, Materials and Commentary on the European Convention on Human Rights, OUP, Oxford 2012.
- Necatigil Zaim M., KKTC Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukuku, Lefkoşa 2015.
- Necatigil Zaim, Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AİHM Kıskaçında Türkiye, Turhan Kitabevi, Lefkoşa 2006.
- Özbek Veli Özer/Kanbur M. Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, 8. Baskı, Ankara 2016.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Kırt Saygılılar, Yasemin/Özaydın Özdem/Akcan Alan Esra/Erden Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, 10. Baskı, Ankara 2016.
- Rainey Bernadette/Wicks Elizabeth/Ovey Clare, The European Convention on Human Rights, OUP, Oxford 2014.
- Sağlam Fazıl, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Hukuku Dersleri, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa 2016.
- Sarıgül Tanju, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiyi Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Seçkin, 1. Baskı, Ankara 2013.
- Soyaslan Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin, 5. Baskı, Ankara 2014.
- Sözmener Hasan, Ceza Genel ve Ceza Usul Hukuku Cilt 1, Lefkoşa 2014.
- Stone Richard, Textbook on Civil Liberties & Human Rights, OUP, 10. Baskı, Newark 2014.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sancakdar Oğuz/Önok Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin, 6. Baskı, Ankara 2016.

- Ünver Yener/Hakeri Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, Ankara 2016.*
- Veziroğlu Çetin/Gümüş Aysun, *KKTC Ceza Usul Hukuku, Lefkoşa 2012.*
- Yenidünya Caner Ahmet/İçer Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, Ankara 2016.*
- Yenisey Feridun/Nuhoglu Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, 4. Baskı, Ankara 2016.*
- Yurtcan Erdener, *CMK Şerhi, Adalet, Ankara 2017.*

Makaleler

- Azer Can, "KKTC İdari Yargısında İstinafa Genel Bir Bakış", *TBBĐ, 2017(128), 169-186.*
- Baytar Serdal, "Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılanması", *TBBĐ, 2005(61), 359-373.*
- Eker Kazancı, Behiye, "AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması" *TBBĐ, 2012(98), 74-104.*
- Erhürman Tufan, "Çok Katmanlı Topumlarda İstikrarlı Demokrasi: Birleşik Kıbrıs Örneği", *AÜHFD, 61(1) 2012, 107-147.*
- Keskin Serap, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler", *İÜHFM, C.LX, S.1-2, 2002, 49-64.*