

**"Benim
naçiz vücudum
elbet bir gün
toprak olacaktır,
ancak
Türkiye
Cumhuriyeti
ilelebet
payidar
kalacaktır."**

K. Atatürk

Sayı 51 / Ekim 2023

Mersin Barosu Dergisi



Mersin Barosu
Dergisi

Sayı 51 / Ekim 2023

CUMHURİYETİMİZİN

100
YILI

Kutlu Olsun...



Mersin Barosu Dergisi

Ekim 2023 / Sayı 51

Mersin Barosu Dergisi

Ekim 2023 / Sayı 51

Mersin Barosu Adına Sahibi
Av. Gazi Özdemir

Yayın Kurulu Başkanı ve
Sorumlu
Yazı İşleri Müdürü
Av. Gazi Özdemir

Yayın Kurulu
Av. İsmail Karadana
Av. Hatice Kübra Turgut
Av. Mustafa Şükrü Demirkanlı

Tasarım ve Yayına Hazırlık
Begüm Acımiş

Düzeltili
Gülhan Avşar Demirkanlı

Yazışma Adresi
Gökdelen 16. Kat Mersin

Baskı

Üç ayda bir yayımlanır. Dergimizde yer alan yazıların sorumluluğu yazarlarına, yayım hakları Mersin Barosu Dergisi'ne aittir. Kaynak gösterilerek alıntı yapılabilir.

İÇİNDEKİLER

BAŞYAZI	6	167	SES VEYA GÖRÜNTÜ KAYITLARININ DELİL OLMA VASFI
Av. Gazi ÖZDEMİR			Av. Arb. Ersin ŞARE
LİMİTED ŞİRKET MÜDÜRLERİNİN SORUMLULUKLARI	9	240	ÇOCUK İSTİSMARININ FARKLI BİR FORMU OLARAK MUNCHAUSEN BY PROXY SENDROMU (BAŞKASINA YÜKLENEN YAPAY BOZUKLUK)
Av. Arb. Furkan DÜNDAR			Stj. Av. Derya EGİLMEZ
ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ YOLUYLA EDİNİLEN MALLARIN TASFİYESİ	22	255	TTK 55/1-a, DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI REKLAMLAR VE SATIŞ YÖNTEMLERİ İLE DİĞER HUKUKA AYKIRI DAVRANIŞLAR
Av. Mehmet Altunoğlu, LL.M.			Av. Nazmiye KARADANA
KAMULAŞTIRMADA SATIN ALMA USULÜ	43	279	ALDATMA HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİDEN TAZMİNAT İSTENİP İSTENMEYECEĞİ SORUNU
Av. Nazmiye KARADANA			Av. Zeynep ERTEN SARI
ORTAK VELAYET	57	281	YÜKSEK YARGI KARARLARI IŞIĞINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ
Av. Hatice Kübra TURGUT			Sinem Gül SARAK
TÜRK HUKUKUNDA KARDEŞ GEMİLERİN İHTİYATİ HACZİ	68	295	AİHM KARARLARI IŞIĞINDA İKİ ÖZGÜRLÜK ARASINDA DENGİ KURMAK: DİNE YÖNELİK SÖYLEMLER İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN NERESİNDE?
Av. İsmail KARADANA			Mehmet Eren TEMİZ
BOŞANMA DAVALARI ÖZELİNDE HUKUKA AYKIRI DELİL KAVRAMI	88	318	TÜKETİCİ KANUNUNDA GENEL İŞLEM ŞARTLARI
Av. Suğdem GÖZALIR & Av. Arb. Volkan ALKILIÇ			Av. Burcu Ulusoy ÇANİ
YÜKSEK YARGI KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	96	340	İÇTİHAT DEĞİŞİKLİĞİ SEBEBİYLE YARGILAMANIN YENİLENMESİ
Efna Gizem KARABULUT			Av. Nazmiye KARADANA
GÜMRÜK KAÇAKÇILIĞI SUÇLARINDA SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA SÜREÇLERİ	125	355	YARGI KARARLARI
Av. Prof. Dr. Tunay KÖKSAL – Av. Tuğba DÜZLEME			
YÖNETİM KURULU TOPLANTI USULÜ VE GENEL KURUL TOPLANTISINA ETKİSİ	147		
Av. Burcu Ulusoy ÇANİ			



Değerli Meslektaşlarım ve Kıymetli Okuyucular,

Baromuzdergisinin yenisayısını, Ulu Önderimiz Gazi Mustafa Kemal ATATÜRK'ün, silah arkadaşlarının ve aziz milletimizin bizlere armağan ettiği Cumhuriyetimizin 100. yılı coşkusuyla sizlere sunarken, Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşunda gözlerini kırpmadan canlarını ortaya koyan ulu önderimizi, kahraman silah arkadaşlarını, kadın, erkek, genç, yaşlı tüm şehitlerimizi ve gazilerimizisaygı ve minnetle yad ediyor, yedi düvele karşı verilen onurlu mücadeleyi gururla selamlıyoruz.

Milli egemenliğe dayanan ve gücünü halktan alan Cumhuriyet; Ulusumuzun, Başkomutan Mustafa Kemal Atatürk'ün liderliğinde büyük mücadelesinin, özgür ve bağımsız yaşama iradesinin sonucudur. Türkiye'nin çağdaş, laik ve demokratik bir hukuk devleti olmasının, aydınlık geleceğimizin en önemli güvencesidir.

29 Ekim 1923 tarihinde, “Türk Milletinin karakterine ve adetlerine en uygun olan idare, Cumhuriyet idaresidir.” diyerek ilan edilen, bölücü ve yıkıcı tehlikelere karşı milli egemenlik ve bağımsızlığımızın temeli olan Cumhuriyet, Türk milletinin karanlıktan aydınlığa çıktığı, her bir bireyin, ortak bir geçmişle onurlanıp, yine ortak bir geleceğe umutla bakabildiği, laik, bilimsel temellere dayalı, eşit ve özgür bir hukuk devletinde, insanca yaşanabilmesinin teminatıdır. Etnik kökeni, inancı, cinsel kimliği ne olursa olsun; her birimizin, kendisini güvende hissettiği, yurttaş olmanın aslında kendisini yönetenleri bizzat seçen en üstün makam olduğunun bilinciyle yaşayabildiği bir rejimin adıdır. Gerekirse ölmeyi göze almış, asla teslim olmamış ve tarihten aldığı birikim ve güçle var

olmayı sonuna dek hak etmiş olan halkımızın, insan onuruna yaraşır bir var olma savaşının sonucunda elde ettiği, sonsuza kadar taşıyacağımız bir emanettir.

“Cumhuriyet, kimsesizlerin kimsesidir” der Ulu Önder Atatürk. Yurdumuzun her köşesinde, hukukun üstünlüğü ve adil yargılanma hakkının sorgulanmadığı, herkesin yargıya yürekten güvendiği, kutsal değerlerimizin en büyük teminatı olan laiklik ilkesi ile vicdanlarımızın tertemiz kalabildiği, kadın-erkek eşitliğinin sağlanarak, toplumun temel yapısının sağlamlaştırıldığı, eğitim ve sağlıkta, sosyal devlet ilkesi ile yurttaşların insan onuruna uygun yaşamalarının sağlandığı bir yönetim biçiminin tarifidir aslında. Ülkemizin, kan gölüne dönmüş bir Ortadoğu coğrafyasından ayıran, bugüne dek bir inci gibi parlamasının tek sebebi, laik bir hukuk devleti olma temelinde yükselen bir cumhuriyet olmasıdır. Eşit ve özgür yurttaşlık temelinde, cumhuriyetimize hep birlikte sahip çıkmamız gereği asla kuşku duyulmaz bir gerçeklik ve barış içinde yaşanacak, aydınlık güzel günlerin var olma nedenidir.

Tüm meslektaşlarımızı ve yurttaşlarımızı bu bilinçle el ele vermeye, ortak paydamız olan adalet duygusunda kenetlenmeye ve hukuk devletinin şemsiyesi altında, insan hak ve özgürlüklerini temel alan “demokratik laik sosyal hukuk devleti” ilkelerini eksiksiz hayata geçirme hedefinde buluşmaya davet ediyoruz.

Saygılarımla.

Mersin Barosu Yönetim Kurulu adına
Mersin Barosu Başkanı Av. Gazi ÖZDEMİR



LİMİTED ŞİRKET MÜDÜRLERİNİN SORUMLULUKLARI

Av. Arb. Furkan DÜNDAR

GİRİŞ

Limited şirketler ülkemizde en çok tercih edilen şirket türüdür. Bunun belli başlı sebepleri vardır. Limited şirketin kolay kurulumu, tek ortak ile kurulabilmesi, muhasebe anlamında ki avantajları ve diğer özellikleri sebebiyle yeni şirket kuracak şahıslar tarafından limited şirketler tercih edilmektedir. İstanbul nezdinde şirket kurulumu için gerekli belgeler hazırlanarak, İstanbul Ticaret Odasından randevu alınmalı ve şirket için seçilen unvanın uygunluğu da denetlendikten sonra ilgili işlemler için İTO'ya başvuru yapılmalıdır. Gelişen teknoloji ve sistemler sayesinde İTO nezdinde işlemler aynı günde tamamlanabilmektedir. Şirket kurulumunu yapan taraflar, şirketin yönetimine ilişkin kararları İTO'ya bildirir ve şirketin müdürünü de seçerler. Limited şirket müdürünün belli başlı kanuni yükümlükleri mevcuttur. Şirketin müdürü, şirketin kurucusu olabileceği gibi dışarıdan üçüncü bir kişi de şirket müdürü olabilir. Limited şirket müdürlerinin yükümlülükleri nedeniyle meydana gelebilecek olumsuzluklardan ve zararlardan dolayı hukuki ve cezai sorumlulukları mevcuttur. Kanun koyucu, limited şirket müdürlerine ilişkin sorumluluk hükümlerini, anonim şirketlere atf yaparak düzenlemiştir. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen TTK m.553 hükmü limited şirket müdürleri açısından da geçerli olacaktır. Makalemizde limited şirket müdürlerine ilişkin cezai ve hukuki sorumluluğa değinilecek olup, kusur neticesinde meydana gelen zararlara ilişkin görevli ve yetkili mahkemelerde belirtilecektir. Limited şirket müdürlerinin sorumluluklarına ilişkin doktrin ve yargı kararları detaylı olarak incelenerek çalışmamız sonlandırılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

A. LİMİTED ŞİRKET MÜDÜRLERİNİN GENEL NİTELİKLERİ

1. Genel Olarak

TTK m.623 uyarınca, limited şirketlerde yönetim ve temsil yetkileri şirket müdürlerine tanınmıştır.¹ Anonim şirketlerde yönetim kurulunun işlevini, limited şirketlerde müdürler devralmıştır.² Görülmektedir ki kanun koyucu limited şirket müdürlerine ilişkin hükümlerinde anonim şirketlere ilişkin hükümlerden faydalanmış ve gerektiğinde anonim şirket hükümlerine de atıfta bulunmuştur.

TTK m. 623; “(1) Şirketin yönetimi ve temsili şirket sözleşmesi ile düzenlenir. Şirketin sözleşmesi ile yönetimi ve temsili, müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebilir. En azından bir ortağın, şirketi yönetim hakkının ve temsil yetkisinin bulunması gerekir. (2) Şirketin müdürlerinden biri bir tüzel kişi olduğu takdirde, bu kişi bu görevi tüzel kişi adına yerine getirecek bir gerçek kişiyi belirler. (3) Müdürler, kanunla veya şirket sözleşmesi ile genel kurula bırakılmamış bulunan yönetime ilişkin tüm konularda karar almaya ve bu kararları yürütmeye yetkilidirler.”

Şirketin yönetim ve temsili için şirket sözleşmesi ile düzenlenebileceği, bir veya birden fazla müdür sıfatının verilebileceği bu kişilerin, üçüncü kişi olabileceği gibi ayrıca müdürlerin şirketin ortaklarından da olabileceği düzenlenmiştir. Kanun koyucu ilk fıkrada gerçek kişilerin müdürlük sıfatına ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. İlgili maddenin ikinci fıkrasında ise tüzel kişilerin müdürlük sıfatını temsil edebileceği fakat bunun için bir gerçek kişiyi kendi adına belirlemesi gerektiği de belirtilmiştir. Buradan anlaşılması gereken, tüzel kişinin kendisini temsil edecek müdürü belirleme yetkisinin kendisinde olduğudur.³ Kanun koyucu anonim şirketlere ilişkin hükümlerinde “Tüzel kişi yönetim kuruluna bizzat gelemeyeceği için toplantıya katılacak olan gerçek kişi onun tarafından belirlenir ve onun adına tescil ve ilân olunur. Toplantılara anılan gerçek kişi katılıp oy kullanır. Kullanılan oy tüzel kişindir. Tescil, tüzel kişinin üyeliğini söz konusu gerçek kişinin kişiliğinde somutlaştırıp belirgin konuma getirmekte ve bu yönden kurucu bir etkiye sahip bulunacağını” açıklamıştır.

Buradan anlaşılması gereken ise tüzel kişilerin yerine gelen müdür sıfatına haiz kişi, tüzel kişiliği hem temsil edecek hem de onlar adına oy kullanabilecektir.⁴ Şöyle ki gerçek kişilerin müdürlük sıfatında yapmış olduğu iş ve işlemlerden sorumlu olabilmesi için tam ehliyetli olması gerekmektedir. Tam ehliyetli kimseler, kısıtlanmamış, ergin olan ve ayırt etme gücüne sahip kişilerdir.⁵

¹ BİLGİLİ Fatih, DEMİRKAPI Ertan, Şirketler Hukuku, Dora Yayıncılık, 9 Basım, Bursa, 2013, s.675

² ARSLANLI Halil, DOMANIÇ Hayri, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi III, Temel Yayınları, İstanbul 1983, s.658

³ BAHTİYAR Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 9 Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 422 ve ayrıca bkz. TTK m.359 gerekçesi.

⁴ KIRCA İsmail, Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği, Batider Cilt, XXVIII, S 2, Ankara 2012

⁵ AKİPEK Jale, AKINTÜRK Turgut, ATEŞ KARAMAN Derya, 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu’na Uyarlanmış Türk Medeni Hukuku, (Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku) Beta Yayınları, Birinci Cilt, Yenilenmiş 9 Bası, İstanbul 2012,s.324

B. LİMİTED ŞİRKET MÜDÜRLERİNİN SORUMLULUKLARI

1. Genel Olarak

Limited şirket, kurulumunda ortaklardan biri, bir kaçı veya şirket ortağı olmayan üçüncü bir kişi veyahut da birden fazla kişi esas sözleşme neticesinde müdür olarak seçilebilir ve de ataması yapılabilecektir.⁶ Buradan da anlaşılacağı üzere Limited Ortaklıklarda müdür olunması için ortaklık şartı yoktur. Kurumsallaşmasını tamamlamış, özel bilgi ve tecrübe gerektirilen işlerde, alanında uzman bir müdürün görevlendirilmesi isabetli olacaktır.

Limited şirketlerde müdürlerin yapmış olduğu iş ve işlemlerden ötürü tüzel kişi hak sahibi olacak ve gerektiğinde de borç altına girecektir. Bunun ana sebebi ise müdürlerin, limited şirketin kanuni temsilcisi sıfatına haiz olmasıdır.⁷ TTK m.623 ile birlikte limited şirketlerin yönetim ve temsilinden müdürler veya müdürlerin sorumlu olduğu gerçek kişilerin müdürlük yapabileceği, tüzel kişilerin de müdür olarak atanabileceği, tüzel kişiliğin müdür olması durumunda müdürlük için bir gerçek kişinin seçileceği açıkça belirtilmiştir. TTK m.623 uyarınca müdürler genel kurula bırakılan tüm konularda karar almada yetkili olacaktır.⁸

TTK m.623; 1.Şirketin yönetimi ve temsili şirket sözleşmesi ile düzenlenir. Şirketin sözleşmesi ile yönetimi ve temsili, müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebilir. En azından bir ortağın, şirketi yönetim hakkının ve temsil yetkisinin bulunması gerekir. 2.Şirketin müdürlerinden biri bir tüzel kişi olduğu takdirde, bu kişi bu görevi tüzel kişi adına yerine getirecek bir gerçek kişiyi belirler. 3. Müdürler, kanunla veya şirket sözleşmesi ile genel kurula bırakılmamış bulunan yönetime ilişkin tüm konularda karar almaya ve bu kararları yürütmeye yetkilidirler.

Limited şirket bünyesinde müdürlerin ilk olarak müdür seçimi şirket sözleşmesi ile belirlenecek olup daha sonrasında ilk müdürün seçiminden sonra yapılacak atamalarda ise organ olarak genel kurul, müdürlerin atamasına ilişkin karar alabilecektir.⁹ Limited şirket bünyesinde tek müdür seçilebileceği gibi müdürler kurulu da oluşturulabilecektir. Birden fazla müdürün varlığı halinde müdürler arasından bir başkan seçilecek olup, karar alınması çoğunluk esasına göre yapılacaktır. Eşitlik olması halinde ise başkanın oyu üstün sayılacaktır.¹⁰

C. LİMİTED ŞİRKET MÜDÜRLERİNİN CEZAI ANLAMDA SORUMLULUKLARI

Limited şirket müdürlerinin cezai sorumluluğu için ilk önce 213 sayılı Vergi Usul Kanunu Vergi Usul Kanuna (VUK) bakmak gerekmektedir. İlgili kanun’un Tüzel Kişilerin Sorumluluğu altında bulunan m.333 uyarınca; *Tüzel kişilerin idare ve tasfiyesinde Vergi Kanununa aykırı hareketlerden tevelliüt edecek vergi cezaları tüzel kişiler adına kesilir.*

⁶ PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4 Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 824

⁷ KARAHAHMETOĞLU, Özgün İsmail, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketin Temsili, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s.27

⁸ TTK m.623 <https://lexarin.com/mevzuat/ttk-madde-623> erişim tarihi 25.11.2022

⁹ YÜCE Alber Aydın, Şirketler Hukuku Ders Notları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 472

¹⁰ YÜCE, age, s.473

Tüzel kişilerin kanuni temsilcilerinin vergi sorumluluğu hakkındaki bu kanunun 10 uncu maddesi hükmü vergi cezaları hakkında da uygulanır. (Ek: 30/12/1980-2365/59 md; Değişik: 22/7/1998-4369/81 Md.) Bu Kanunun 359 uncu maddesinde yazılı fiillerin işlenmesi halinde bu fiiller için 359 ve 360'ıncı maddelerde öngörülen cezalar bu fiilleri işleyenler hakkında hükmolunur; hükmü yer almaktadır.¹¹

Tüzel kişilerin sorumluluğu başlığında görüleceği üzere müdürlerin VUK m.359 ve 360 yer alan kaçakçılık suçları ve cezalarına ilişkin, müdürlerin cezai sorumluluğuna değinilmiştir. Bu kanun hükmünden anlaşıldığı üzere limited şirket bünyesinde ki müdürlerin kaçakçılık suçu işlemesi halinde cezai sorumluluğu açıkça ortaya konmuştur.¹² VUK m.359 da düzenlenen eylemlerden herhangi bir tanesinin limited şirket müdürleri tarafından işlenmesi halinde, kaçakçılık suçu işlenmiş olacaktır ve bu suç maddi unsurlarına bakıldığında seçimlik hareketli suç olarak düzenlenmiştir. İlgili suç kasten işlenen suçlardandır. Limited şirketlerde müdürler kurulu olması halinde suçun işlenişinde rolü olan kanuni temsilcinin yani müdür veya müdürlerin ceza alması gerekeceği belirtilmiştir.

T.C. YARGITAY 11. CEZA DAİRESİ E. 2002/1198 K. 2001/3995 T. 9.5.2002; Tüzel kişilerde vergi kanunları yönünden sorumluluğu düzenleyen 213 Sayılı Yasanın 10. maddesinde yer alan “tüzel kişilerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevlerin kanuni temsilcileri tarafından yerine getirileceği” 333. maddenin 4369 Sayılı Yasayla değişik son fıkrasında da “359. maddede yazılı fiillerin işlenmesi halinde 359 ve 360. maddelerde öngörülen cezaların bu fiilleri işleyenler hakkında hükmolunacağı” şeklindeki hükmü ve tüzel kişilerin birden fazla kanuni temsilcilerinin bulunması, suçun eylem ve fikir birliği içinde işlenmediğinin anlaşılması halinde sorumluluk; dairemizin süreklilik gösteren içtihatları Ceza Genel Kurulunun 17.12.1990 gün ve 312/340 sayılı kararında da açıklandığı üzere, cezanın şahsiliği ilkesine de bağlı olarak temsil yetkisinin bölüşümündeki ağırlık ve sınırlar dikkate alınıp suçun ayrıntısını bilen ve oluşumunda rolü olan temsilciye ait olacağı ve buna göre mevcut olması halinde temsil yetkisinin bölüşümüne ilişkin önceden belirleme iş bölümü ve gerektiğinde vergi dairesine beyannamelerin hangi temsilci tarafından verildiği de sorulmak suretiyle suça konu olup sahte oldukları anlaşılan faturaları temin eden ve kullanan temsilci tespit edilerek, cezai sorumluluğun tayin ve takdiri gerekirken yönetici durumunda sorumlu olduklarından bahisle her iki sanığın mahkûmiyetlerine hükmolunması, yönünde karar verilmiştir.¹³

¹¹ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.4.213.pdf> erişim tarihi 28.11.2022

¹² 1) Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgili bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler, 2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, Hakkında on sekiz aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir. Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibarıyla gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belgedir. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.4.213.pdf> erişim tarihi 28.11.2022

¹³ <https://www.adaletbiz.com/yargitay-kararlari/vergi-suclarinda-sirket-yoneticilerinin-ceza-sorumlulugu-h21599.html> erişim tarihi 28.11.2022

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir başka kararında ise; “Tüzel kişilerde vergi kanunları yönünden sorumluluk 213 Sayılı Kanunun 10 ve 333. maddelerinde hükme bağlanmıştır. 10. maddede tüzel kişilerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevlerin kanuni temsilciler tarafından yerine getirileceği; 333 maddenin 4369 Sayılı Kanunla değişik son fıkrasında da 359. maddede yazılı fiillerin işlenmesi halinde 359 ve 360. maddelerde öngörülen cezaların, bu fiilleri işleyenler hakkında hükmolunacağı açıklanmıştır.” Tüzel kişilerin birden fazla kanuni temsilcisinin olabilir fakat suçun eylem ve fikir işbirliği içinde işlenmediğinin anlaşılması halinde sorumluluk, cezanın şahsiliği ilkesine bağlı olarak temsil yetkisinin bölümündeki ağırlık ve sınırlar dikkate alınarak suçun şekil sorumluluğu değil ayrıntısını bilen ve oluşumunda rolü olan temsilciye aittir.¹⁴

VUK m.360 uyarınca; suçun işlenişinde menfaati olmayan suç ortağının, cezası yarı oranında indirilecektir. Limited şirkette bir kaçakçılık işlemi yapıldığı düşünüldüğünde, suçun meydana gelmesinde menfaati olmayan bir limited şirket müdürünün bulunması halinde ilgili kişiye verilecek ceza oranı yapılacak yargılama sonucunda yarı oranında indirilebilecektir. Limited şirket müdürlerinin TCK uyarınca birçok suça karışabileceği olasılık dâhilindedir. TCK ve diğer kanunlarda belirtilen suçlara karışan müdürlerinin, cezası şahsiliği ilkesi gereği, yargılama sonucunda şahsın kendisine verilecektir.

1. TTK UYARINCA MÜDÜRLERİN İŞLEDİKLERİ SUÇLARA İLİŞKİN DÜZENLENEN CEZA TÜRLERİ.

TTK m.562 ile suç ve cezalara ilişkin yaptırımlar belirtilmiştir. TTK m. 562'ye göre; idari para cezası ve adli para cezası gerektiren haller sayılmıştır. İdari para cezası gerektiren haller,

- Defter tutma yükümlülüğünü ihlal etme suçu
- Şirkete ait defterlerin tasdikini yaptırmama suçu
- Usulüne uygun olmayan şekillerde evrak, envanter çıkartmak
- Belgelerin kopyalarını yapmamak
- İlgili belgeleri ibraz etmemek
- İlgili kurumun (Kamu Gözetim, Muhasebe ve Denetim Kurumu) standartlarına uymamak
- Doğru beyanlarda bulunmamak

Yukarıda sayılanlara uygun hareket etmeyenlerin dört bin Türk Lirası para cezasına çarptırılacağı açıklanmıştır.¹⁵

TTK, cezai müeyyideleri içeren Suçlar ve Cezalar başlığının, İdari para cezası ve hapis cezası gerektiren haller ise TTK m. 562 de sıralanmıştır.¹⁶

¹⁴ T.C.YARGITAY 11. CEZA DAİRESİ E. 2001/5007 K. 2001/8710 T. 27.9.2001,

<https://www.adaletbiz.com/yargitay-kararlari/vergi-suclarinda-sirket-yoneticilerinin-ceza-sorumlulugu-h21599.html> erişim tarihi 28.11.2022

¹⁵ YÜCE, Mehmet, Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeleri, Kanuni Temsilciler, Müdürler ile Ortakların Hak ve Sorumlulukları, Ekin Yayınevi, 2014, s.75

¹⁶ Detaylı bilgi için bkz TTK m.562, YÜCE, s. age 75-76

Para cezaları, kişinin malına yönelik bir yaptırım türü olup, işlenen suç karşılığında mahkemece failin maddi ve ekonomik durumu araştırılarak bu hususlara göre verilen bir ceza türüdür. Bu ceza türünde hükümlüden alınan bedel devlete ödenmektedir.¹⁷

TTK m. 562 ile birlikte kanun koyucu şirketlerin daha şeffaf olunmasını, kurumsallaşmanın artmasını, şirketlerin daha düzenli hale gelmesini ve kamunun aydınlatılmasını amaçlamıştır.¹⁸

İKİNCİ BÖLÜM

A. LİMİTED ŞİRKET MÜDÜRLERİNİN HUKUKİ SORUMLULUKLARINA GENEL BİR BAKIŞ

Öncelikle limited şirket müdürlerinin hukuki sorumluluklarında, TTK uyarınca anonim şirket yönetim kurulu ve üyelerine ilişkin sorumluluğu düzenleyen TTK m.553 uygulanacaktır. TTK nezdinde, limited şirket müdürlerine yönelik özel bir düzenleme yapılmamış olup, anonim şirket yönetim kurulu üyelerine uygulanacak olan hukuki sorumluluk düzenlemeleri aynen limited şirket müdürlerine de uygulanacaktır.¹⁹

Limited şirket müdürleri, şirket iş ve işlemlerine ilişkin davranışlarında kusurlu davranır ise kusurundan ötürü sorumluluğu meydana gelecektir. Müdürlerin kusurları ile sözleşmeye aykırı davranması sonucunda şirkete zarar vermesi halinde hukuki sorumlulukları meydana gelecektir. Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri, kanundan ve sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmeleri halinde, vermiş oldukları zararlarda kusur oranlarına göre hukuken sorumlu tutulacaklardır.²⁰ TTK m.553 hükmünden anlaşıldığı üzere kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülükler denilerek limited şirket müdürlerinin sorumluluğunu doğuracak sebepler açıklanmıştır.²¹

Sorumluluk davasının açılabilmesi için anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin, limited şirketlerde ise kanuni atıf sebebiyle müdürlerin yapmış olduğu davranışlardan dolayı şirketin zarar görmesi gerekmektedir.²² Kanun koyucu yönetim kurulu ve müdürlere ilişkin sorumlulukta, kusur prensibine dayanmış bu prensipten yola çıkarak, hukuki olarak yapılan hatalı işlemlerden kusur oranında sorumluluğa gidilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Limited şirket müdürlerinin kusurlarından kaynaklı hukuki sorumluluğun doğabilmesi için ortada bir zarar olmalı ve bu zararın da somut bir zarar olması gerekir çünkü zarar oluşma ihtimali ya da tehlikesi, müdürlerin sorumluluğuna gidilebilmesi için yeterli değildir²³

¹⁷ ÇOLAK, Haluk/ALTUN, Uğurtan, “Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi”, TBB Dergisi, S. 69, 2007, s.241-242

¹⁸ KERVANKIRAN/ Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler ile Bunlar İçin Öngörülen Cezai Yaptırımların Hukuki Niteliği- I, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi VI/10 s. 182-183

¹⁹ YAVUZ, Mustafa, Limited Şirketlerde Müdürlerin Hukuki Sorumluluğu, Mali Çözüm Dergisi, Ocak-Şubat, 2013, s.182-183

²⁰ DAL, Seniha “Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Genel Hukuki Sorumluluğu”. PressAcademia Procedia 12 / 1, Aralık 2020: s 112,

²¹ YAVUZ, age, s.183

²² DAL, age s.113

²³ DOĞANAY İSMAİL, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Batider C.XVII, S.3, s. 63

1. Kusur ve Zarar Yönünden İnceleme

TTK m. 553 incelendiğinde; müdürlerin kusurları sebebiyle zararın ortaya çıkması halinde, “...hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar...” hükmü getirilerek, zararlardan dolayı sorumluluk yükümlülüğü açıklanmıştır.²⁴ Burada dikkat edilmesi gereken husus kusurlarının ispatına yöneliktir. Kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere yükümlülüklerin kusurları ile ihlal edilmesi ibaresinden, kusurun ispat edilmesi gerektiği ve bu ispat yükünün de davacıda olduğu anlaşılmaktadır. Sorumluluk kural olarak bir kusura dayanmakta olup bu kusuru da açılacak davalarda davacı ispatlamak zorundadır.²⁵

İncelenen kanun metninde kusurun ağırlığına yönelik bir ibare bulunmamakta olup kusurun varlığı ve ispatı yeterli görülmüştür. ²⁶ O halde, açılan davalarda hafif kusur dahi hukuki sorumluluğun doğmasına sebebiyet verecektir.²⁷ Burada kusurun hafif mi yoksa ağır kusur mu olduğunun tespiti ise tazminat açısından önem kazanır ve yapılan araştırma sonucunda tazminat miktarı kusurun ağırlığına göre tazminat miktarı belirlenecektir. Tazminat hesaplamasında ve kusurun oranında TBK hükümlerine göre hareket edilmelidir. Maddi tazminatın yanında TTK m.553 uyarınca manevi tazminatlarda, şirkete verilen zarar uyarınca talep edilebilecektir.²⁸

Müdürlerin kusurlu sayılabilmesi için şirket sözleşmesinde belirlenen veyahut da kanundan doğan yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi sonucunda bir zarar meydana gelmelidir. Limited şirket müdürlerine yönelik kusur, basiretli bir yöneticiden beklenen bilinç, öngörü ve sorumluluk ile hareket etmesidir. Objektif kusur olarak adlandırılan bu kusur ilkesine göre, sorumluluğun ihlali, limited şirket müdürünün objektif kusur ilkesini ihlaline göre de şekillenecektir.²⁹ Limited şirketler ile müdürler arasında bir sözleşme bağı vardır ve bu sözleşme sebebiyle müdürler, organ sıfatına haiz olurlar.³⁰ Bu sebeple müdürlerin sorumluluğu, organ sorumluluğu olarak da görülmektedir.

²⁴ MADDE 553– (1) Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla[1] ihlâl ettikleri takdirde, [2] hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar. (2) Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar. (3) Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmaz. <https://www.ticaretkanunu.net/ttpk-madde-553/> erişim tarihi 01.12.2022

²⁵ BAHTİYAR, Ortaklıklar Hukuku - Yeni TTK’ya Göre Yazılmış, 7.Bası, İstanbul 2012 s.381, AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul, 2016 s.305

²⁶ YILDIZ Şükrü, ‘Limited Ortaklıklarda Müdürlerin Sorumluluğu’, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.12, S.24, Güz 2013/2, s.61-79 s.67-68

²⁷ ŞENER, Oruç Hami, Teorik Ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015. s.790

²⁸ Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi, 2016/263 Esas, 2017/3219 K. 31/05/2017 T. Erişim tarihi 05.01.2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

²⁹ PULAŞLI, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Mütesselsil Sorumluluğu”, Özen Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXV, S.1, Y.:2009, s.27 vd, s.34-35

³⁰ YILDIZ, age, s.64

Müdürler, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini, haklarını ihlal etmesi de bir sorumluluk ihlali olarak karşımıza çıkacaktır. Kanun maddesindeki yükümlülük ibaresi müdürlerin görev ve yetkilerine ilişkin neyi yapıp neyi yapamayacağı hususuna ilişkindir.³¹ TTK md.626, md.623/3, md.586/2, md.594, md.610, md.611, md.603/5, md.598/1, md.611, md.614, md.616, md.617 ve md.633 ilgili maddeleri yükümlülük kapsamına girer ve bu maddelere ilişkin hak ve sorumluluklarını yerine getirmeyen müdürler, ihlalleri sebebiyle sorumlulukları kapsamında sorumlu tutulabilecektir. Fakat müdürlerin sorumlu tutulabilmesi için bir zarar meydana gelmeli ve bu zarar sonucunda da şirketin, ortakların yahut şirket alacaklılarının, zarara uğraması gerekmektedir. Zarar, nedensellik, hukuka aykırılık ve zarar şartlarının aynı anda oluşması gerekmekte olup bu şartlardan herhangi bir tanesinin olmaması dahi müdürlerin sorumluluğunu ortadan kaldırmaya yetecektir.³²

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi; 29.11.2011 T. 2010/15997 E. 2011/16277 kararında, şirket müdürünün işlemiş olduğu haksız fiilden dolayı ceza mahkemesinin vermiş olduğu kararın hukuk mahkemesinde ki davayı da bağlayacağı bu sebeple de şirket organı olan müdürün işlemiş olduğu haksız fiillerden dolayı şirketinde sorumlu tutulabileceğine yönelik bir açıklama mevcuttur.³³

Müdürler, esas sözleşmede yazması halinde, aldıkları kararları şirketin genel kurullarına sunmak zorunda olabilirler. Limited şirket genel kurullarına sunulan ve onay sonrası işlemin yapılması ile sorumluluğun meydana gelmesi halinde dahi müdürlerin sorumluluğu devam edecek olup, genel kurulun onayı nedeniyle hükmedilecek tazminatta indirimine gidilebilecektir.³⁴

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 14.10.2021, E. 2021/586, 2021/1229K sayılı kararında; *“yönetim ve denetim kurulu üyeleri, ancak kendilerine bir kusur izafe edilemeyeceğini kanıtlayarak bu sorumluluktan kurtulabilirler”* yönünde karar vermiştir.³⁵

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 2013/10171 E. 2014/8779 Karar ve 08/05/2014 tarihli kararında; *“...şirketin mal varlığında meydana gelen azalmanın zararın varlığı ve tespiti için yeterli olduğuna...”* yönelik karar vermiştir.³⁶

2. Farklaştırılmış Teselsül Yönünden Genel Bir Bakış

TTK eski kanundan farklı olarak birden fazla müdürün varlığı halinde mutlak teselsül ilkesinden vazgeçmiştir. TTK ile birlikte farklılaştırılmış teselsül ilkesi benimsenmiştir. Farklaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca, ortaya çıkan zararda, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri, limited şirketlerde ise müdürlerin olayda ki zararına göre sorumlu olmasıdır.

³¹TEKİNALP Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası İstanbul 2012, s. 271

³²YILDIZ, age, s. 65

³³Yargıtay 11. Hukuk Dairesi; 29.11.2011 T. 2010/15997 E. 2011/16277 K, için bkz. KARAAHMETOĞLU İsmail Özgün,6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketlerin Temsili, Seçkin Hukuk,1 Bası, Ankara , s.213

³⁴YÜCE, age, s.475

³⁵Erişim tarihi 05.01.2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

³⁶Erişim tarihi 05.01.2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Teselsül ilkesinin en önemli ve ayırt edici farkı yönetim kurulu üyelerinin ve müdürlerin verilen zarardan tek başına sorumlu olmasıdır.³⁷ Yönetim kurulu veya müdürlerin sorumlu tutulabilmesi içinde daha önceden de bahsettiğimiz üzere meydana gelen zarardan dolayı kusurlu olması gerekmektedir.³⁸ Özetlemek gerekirse burada her müdürün hukuki sorumluluklarının kusurları oranında ayrıştırılmasıdır.³⁹ Mahkeme hakimi önüne gelen davada kusur oranlarını belirlemeli ve kusur oranına göre farklılaştırılmış teselsül ilkesini de göz önüne alarak bir karar vermelidir.

3. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Limited şirket müdürlerinin kusuru sebebiyle ortaya çıkan zararlardan dolayı şirket tüzel kişiliği, şirket ortakları ve yönetim kurulunca dava açılabilir olup açılacak dava Asliye Ticaret Mahkemesi nezdinde açılmalı ve dava şirketin merkezine bağlı bulunan Asliye Ticaret Mahkemesinde görülmelidir.⁴⁰ Yargıtay bir kararında davacı için seçimlilik hak tanındığını ve dilerse davayı müdürün ikametgâh adresinde de açabileceğine hükmetmiştir. Ayrıca Yargıtay bir başka kararında açılan davalarda ortaklar kurulu kararı olup olmadığının araştırılmasının şart olduğunu, araştırma yapılmadan incelenen davaların bozulacağına hükmetmiştir.⁴¹ Yargıtay eski tutumundan vazgeçmiş ve davayı tümden reddetmek yerine açılan davalarda taraflara bu konuda süre vermeyi seçmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2015/1754, K. 2015/2626, 26. 02. 2015 Tarihli kararında⁴² bu hususu açıklığa kavuşturmuştur. Şöyle ki; “Mülga 6762 sayılı TTK’nın 556. maddesinde şirket yöneticilerinin sorumlulukları hakkında anonim şirketin bu hususlara ilişkin hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüş olup, bu yollama ile uyumsuzluğa aynı Yasa’nın 341. maddesi uygulanacaktır. Bu maddeye göre sorumluluk davasının açılabilmesi için, bu yönde alınmış bir ortaklar kurulu kararı bulunması gerekmekte olup bu husus dava şartıdır. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu uygulaması da aynı yöndedir. (m. 618/ son) Dava konusu olayda sorumluluk davası açılması için alınmış

³⁷BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 15. Baskı, Beta Yayınları, 2021, s. 402

³⁸KAYAR İsmail, Ticaret Hukuk Dersleri, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, 2018, s. 460

³⁹YAVUZ, age, s.190

⁴⁰YÜCE, Mehmet, Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeleri, Kanuni Temsilciler, Müdürler ile Ortakların Hak ve Sorumlulukları, Ekin Yayınevi, 2014, s.64.

⁴¹Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Esas: 2016/5212 Karar: 2017/7552, Tarih: 21.12.2017; *Limited şirket müdürünün sorumluluğuna ilişkin işbu davada, mülga 6762 sayılı TTK’nın 556. maddesinde şirket yöneticilerinin sorumlulukları hakkında anonim şirketin bu hususlara ilişkin hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüş olup, bu yollama ile uyumsuzluğa aynı yasanın 341. maddesi uygulanacaktır. Bu maddeye göre, sorumluluk davasının açılabilmesi için, bu yönde alınmış bir ortaklar kurulu kararı bulunması gerekmekte ve bu husus dava şartıdır. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 618/son madde hükmü de aynı yöndedir. Bu nedenle, dava konusu olayda sorumluluk davası açılması için alınmış bir genel kurulu kararı bulunup bulunmadığı hususunun araştırılması, bulunmaması halinde bu hususun yargılama sırasında tamamlanabileceği gözetilerek, genel kurul tarafından bu yönde bir karar alınması için davacı tarafa mehil ve gerektiğinde kesin mehil verildikten sonra sonucuna göre bir hüküm tesisi gerekirken bu eksiklik giderilmeden davanın esası hakkında karar verilmesi doğru görülmemiş, dairemizin 17.11.2015 tarih 2014/17261 Esas 2015/12141 Karar sayılı bozma ilamının kaldırılarak mahkeme kararının açıklanan değişik bu gerekçe ile re’sen bozulması gerekmiştir. <https://beykenthukuk.com.tr/limited-sirket-muduru-hakkinda-sorumluluk-davasi-acilabilmesi-icin-bu-yonde-alinmis-ortaklar-kurulu-karari-gereklidir/> erişim tarihi 05/01/2022*

⁴²Erişim tarihi 06.01.2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

bir genel kurulu kararı bulunmadığından dava açma koşulu oluşmamış ise de bu husus yargılama sırasında tamamlanabilir” denilerek davacı yana mehil verilmesi gerektiğini mehil verilmeden davaların reddinin, bozma sebebi olduğuna hükmetmiştir.

Açılacak davanın usulen reddedilmemesi açısından davayı açacakların bu hususa dikkat etmesi zaruridir. Şirket merkezinin bulunduğu sınırlarda Asliye Ticaret Mahkemesi olmaması halinde ticaret mahkemesi sıfatı ile dava Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmelidir. İşbu davayı açacak tarafların bu hususlara dikkat etmesi önem arz etmektedir.

4. Açılacak Davanın Tarafları

Sorumluluk sebebiyle açılacak dava öncelikle ticari bir davadır. Bu davada davacı taraf; TTK da belirtildiği üzere kusur sebebiyle etkilenen, zarar gören, yönetim kurulu, ortaklar⁴³ yahut şirket tüzel kişiliğidir. Davalı ise müdür veya müdürlerdir. Sorumluluk davaları konusunda TTK m.644/1-a maddesi ile anonim şirketlere atıf yapılmış ve TTT m.555 hükmü dolayısıyla taraflar belli edilmiştir.

Şirket nezdinde birden fazla müdür görev alıyorsa dava tüm müdürlere karşı açılmalıdır.⁴⁴ Tüm müdürlere karşı dava açılması halinde mahkemece müdürsüz kalan limited şirkete kayyım atanmalı, şirket temsili de kayyıma devredilmelidir.⁴⁵ Limited şirketlerde, idare ve temsil müdürler tarafından görülmektedir, şirket adına davayı açacak müdürün olmaması durumunda yeniden bir müdür tayin edilmeli ve yeni müdür davayı açmalıdır. Doktrinde davanın açılıp açılmaması hususunda genel kurulda karar alınıp alınmaması hususunda tartışmalar mevcut olup, bizce genel kurulda karar alınmalı ve dava açılacak müdür veya müdürler kurulunun da ibra edilmemiş olması gerekmektedir.⁴⁶ Mahkemece açılan dava da birden fazla müdür var ise zararı kimin verdiğinin ispatlanması gerekmekte olup, zararı tek bir müdür vermiş ise bu durumda sorumluluğu zarar veren müdüre yöneltmeli ve o müdürden tazminat alınmasına karar vermelidir.⁴⁷ Burada önemli olan husus zararın birlikte mi ayrı ayrı mı verildiğidir. Zararın tespiti davalarda önem arz etmektedir. Zararda kusuru olmayanlar için davanın reddi kararı verilmeli, zarara sebebiyet verenler için dava kabul edilmelidir. Şirket bünyesinde tek bir müdür görev alıyorsa ve ortada bir zarar var ise bu halde sorumluluk tamamen ilgili müdürün olacaktır.

SONUÇ

Limited şirket müdürlerinin sorumluluğuna ilişkin olarak kanun koyucu açık hükümler koymak yerine, anonim şirkete ilişkin hükümlere atıfta bulunmuştur. Anonim şirket yönetim kuruluna ilişkin sorumluluk hükümlerinin limited şirket müdürlerine de uygulanacağı açıklanmıştır. Limited şirketlerde bir veya birden fazla müdür olabilmektedir. Sorumluluk davalarında bu önem arz etmekte olup, şirket nezdinde birden fazla müdür olması halinde mahkeme hâkimince kusur oranlarının belirlenmesi gerekecek olup, kusur oranı nezdinde müdürler sorumlu tutulabilecektir. Limited şirket müdürlerinin esas sözleşmeye ve kanuna aykırı davranışlarında, kusurları olmalı, kusurları sonucunda da bir zarar meydana gelmelidir. Şirket ortakları, şirket tüzel kişiliğinin ve şirketten alacaklı olanların dava açma hakkı mevcuttur. Açılacak davada limited şirket müdürleri kusurlu olmadıklarını ispatlamaya çalışacak ve ispatladıkları takdirde de sorumluluktan kurtulacaklardır. Limited şirket müdürlerinin ayrıca cezai sorumlulukları da mevcut olup makalemizde bu hususlara da değinilmiştir. Limited şirket müdürleri, belgeleri kanuna aykırı kullanılması, şirket sermayesi hakkında gerçek dışı beyanlarda bulunulması, değerlerin biçilmesinde yolsuzluk, halktan para toplamak gibi sayılan suçlar sebebiyle limited şirket müdürleri hapis cezası alabileceği gibi adli para cezası ile de cezalandırılabilir.

⁴³ YÜCE, age, s.483

⁴⁴ YILDIZ, s. 78-79

⁴⁵ YILDIRIM, Ali Haydar, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008, s.174

⁴⁶ Detaylı bilgi için bkz. Bahtiyar, Mehmet, ‘‘Anonim Şirket Adına Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu’’, Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı, Ankara, 2016, s.406

⁴⁷ YAVUZ, age, s.188

KAYNAKÇA

- AKİPEK Jale, AKINTÜRK Turgut, ATEŞ KARAMAN Derya, 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu'na Uyarlanmış Türk Medeni Hukuku,(Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku) Beta Yayınları, Birinci Cilt, Yenilenmiş 9 Bası, İstanbul 2012
- ARSLANLI Halil, DOMANIÇ Hayri, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi III, Temel Yayınları, İstanbul 1983,
- BAHTİYAR Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 9 Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2015
- BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 15. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021
- BAHTİYAR, Ortaklıklar Hukuku - Yeni TTK'ya Göre Yazılmış, 7.Bası, İstanbul 2012 s.381, AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul, 2016
- BİLGİLİ Fatih, DEMİRKAPI Ertan, Şirketler Hukuku, Dora Yayıncılık, 9 Basım, Bursa, 2013,
- ÇOLAK, Haluk/ALTUN, Uğurtan, “Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi”, TBB Dergisi, S. 69, 2007
- DAL, Seniha “Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Genel Hukuki Sorumluluğu”. PressAcademia Procedia 12 / 1, Aralık 2020
- DOĞANAY İSMAİL, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Batider C.XVII, S.3
- KARAAHMETOĞLU, Özgün İsmail, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketin Temsili, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014
- KAYAR İsmail, Ticaret Hukuk Dersleri, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018
- KERVANKIRAN/ Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler ile Bunlar İçin Öngörülen Cezai Yaptırımların Hukuki Niteliği- I, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi VI/10
- KIRCA İsmail, Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği, Batider Cilt, XXVIII, S 2, Ankara 2012
- Müdürler ile Ortakların Hak ve Sorumlulukları, Ekin Yayınevi, 2014,
- PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4 Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016,
- PULAŞLI, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu”, Özen Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXV, S.1, Y.:2009,
- ŞENER, Oruç Hami, Teorik Ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015
- TEKİNALP Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası İstanbul 2012,
- YAVUZ, Mustafa, Limited Şirketlerde Müdürlerin Hukuki Sorumluluğu, Mali Çözüm

Dergisi, Ocak-Şubat, 2013

YILDIRIM, Ali Haydar, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008

YILDIZ Şükrü, ‘Limited Ortaklıklarda Müdürlerin Sorumluluğu’, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.12, S.24, Güz 2013/2

YÜCE Alber Aydın, Şirketler Hukuku Ders Notları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022

YÜCE, Mehmet, Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeleri, Kanuni Temsilciler,

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ YOLUYLA EDİNİLEN MALLARIN TASFİYESİ

Av. Mehmet ALTINOĞLU, LL.M.
Adana Barosu

GİRİŞ

İnşaat sektörü, her zaman için ülkemizde önemli yatırım olanakları oluşturan bir alan olmuştur. Teknolojideki ilerlemeyle beraber yapı çeşitliliğinin giderek artması, taşınmaz yatırımadaki oranı da artırmış ve insanları taşınmaz sahibi olma çabasına itmiştir. Gerçekten de inşaat sektörünün 2014 yılı itibarıyla küresel ekonomiden aldığı payın %10-12 seviyesinde olduğu belirtilmektedir. Hatta gelişmekte olan ülkelerde inşaat sektörünün büyüme oranları, gelişmiş ülke ortalamalarının bile üzerinde seyretmektedir. Bugünkü seyrin doğrultusunda 2025 yılında inşaat sektörünün ekonomideki payının gelişmekte olan ülkelerde %16-17, gelişmiş ülkelerde ise %10 düzeyinde olacağı tahmin edilmektedir.¹

Ülkemizdeki nüfus artışının getirdiği ihtiyaçlar doğrultusunda yapılan imar düzenlemeleri ve kentsel dönüşüm uygulamalarıyla birlikte özellikle arsa sahibi olan bireylerin, arsası üzerinde bina inşa ettiği ve boş arazi şeklinde bulunan arsasını birden fazla bağımsız bölüme dönüştürmeyle arsasını değerlendirdiği görülmektedir. Bunun için de genellikle yükleniciler ile arsa sahipleri arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri düzenlenerek arsa üzerine bina inşa edilmekte ve bu binadan elde edilecek bağımsız bölümler, yüklenici ile arsa sahibi arasında paylaşılmaktadır.

Ne var ki, sözleşmelerle tarafların anlaşması, ardından inşaata başlanması, projenin düzeyine göre inşaatın uzun sürede tamamlanması gibi durumlar karşısında, bina tamamlandıktan sonra bağımsız bölümlerin paylaşılmasında birtakım sorunlar yaşanabilmektedir. Bu sorunlardan birini, aile hukuku bakımından, eşler arasındaki mal rejiminin sona ermesi nedeniyle yapılacak tasfiye işlemlerinde görmek mümkündür. Nitekim arsa sahibi veya yükleniciyle yapılan sözleşmenin ardından sözleşmedeki edimlerin ifasının, işin doğası gereği uzun süreceği göz önünde bulundurulduğunda taraflardan birisinin evlenebileceği, ihtimal dahilindedir. Tam tersi duruma göre de eşlerin evlilik birliği sırasında yapılan sözleşmenin ardından, henüz inşaat bitmemişken boşanmaları veya başka nedenlerle mal rejiminin sona ermesi ve tasfiyesi gündeme gelebilmektedir. Böyle bir durumla karşılaşıldığında inşaat tamamlandığında elde edilecek taşınmazın, mal rejiminin tasfiyesinde hangi mal grubuna dahil edileceği ve nasıl bir paylaşım tabi tutulacağı tartışmalara yol açmaktadır. Bu doğrultuda çalışmamızda, öncelikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri hem de yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejimi ve bu rejimin tasfiyesine ilişkin bilgiler verilecektir. Ardından yasal mevzuat hükümleri, yüksek yargı kararları ve öğretideki çeşitli görüşler çerçevesinde arsa

¹ Emrehan İnal/Başak Baysal (Ed.), **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 1.

payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması ile gerek arsa sahibinin gerekse yüklenicinin elde edeceği bağımsız bölümlerin, eşlerin mal rejimi tasfiyesinde nasıl değerlendirileceği ve eşlerin birbirlerinden olan alacak haklarına nasıl etki ettiği değerlendirilerek tasfiyenin nasıl yapılacağı hususları açıklanmaya çalışılmıştır.

1. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

1.1.Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri, yüklenicinin finansı kendisi tarafından sağlanarak arsa sahibinin arsası üzerine bina yapım işini üstlendiği, arsa sahibinin ise bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölümün mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği sözleşmelerdir.²

Yapılan bir diğer tanıma göre ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin arsasına ait belirli payları yükleniciye ve üçüncü kişilere devretmeyi, yüklenicinin ise bu paylar karşılığında arsa üzerinde bağımsız bölümler yapma ve bu bağımsız bölümlerden arsa sahibinin hissesine ait olacak kısmı devir borcu altına girdiği sözleşmedir.³

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları, yüklenici ve arsa sahibidir. Bu sözleşme ile arsa sahibi, çok defa yeterli parası olmadığından, para yerine arsasından belli payları yükleniciye devretmek suretiyle karşılığında belirli bağımsız bölümlerin inşasını yapması imkânını elde etmektedir. Böylece arsa sahibi, hem arsasını daha iyi değerlendirerek kullanılacak bir veya birden fazla bağımsız bölüme sahip olmakta; hem de bunun için parasal bir bedel ödemek durumunda kalmamaktadır. Yüklenici ise, yeni iş yapma imkânı yanında, arsa sahibinden inşaata karşılık aldığı arsa paylarını veya bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satarak tüm inşaatı tamamlamakta ve kâr sağlamaktadır. Sonuçta arsa sahibi arsasını, yüklenici ise teşebbüs gücünü ve pazarlama olanaklarını değerlendirmiş olmaktadır.⁴

Tanımı genel olarak yukarıda açıklandığı gibi yapılsa da bilindiği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yasal mevzuatımızda özel olarak düzenlenmiş değildir. Ancak inşaat sözleşmesinin, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 470 vd. hükümlerinde düzenlenmiş eser sözleşmesinin özel bir görünümü olarak kabulü gerekmektedir. Kaldı ki, inşaat işleri, eser sözleşmesinin en önemli ve en yaygın uygulama alanlarından birini oluşturmaktadır.⁵

² İlker Hasan Duman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenmelidir?**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 13.

³ Yasemin Durak, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.6, S.3, Malatya 2016, s. 208-209. Benzer tanımlar için bkz. Durak, s. 208.; İnal/Baysal (Ed.), s. 3,6.; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 107.; Mehmet Emin Öcal, **İnşaat Projelerinde Sözleşme Yönetimi**, 1. Baskı, Birsan Yayınevi, İstanbul 2014, s. 111.; Cengiz Kostakoğlu, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2015, s. 75.; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen (hızl.), **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, İstanbul 2016, Beta Yayıncılık, s. 581.; Nihat Yavuz, **Eski ve Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Eser ve Hizmet Sözleşmeleri**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 615.

⁴ Yavuz/Acar/Özen (hızl.), s. 580.; Durak, s. 209.

⁵ İnal/Baysal (Ed.), s. 3.

Uygulamada bu sözleşmenin, “kat karşılığı inşaat sözleşmesi”, “arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi”, “taşınmaz satışı ve inşaat sözleşmesi” gibi farklı isimlerle düzenlendiği görülmektedir. TMK’nin 1009. maddesi uyarınca tapu kütüğüne şerh edilebilecek haklar arasında “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri” de yer almaktadır. Bu nedenle kanaatimce bu tür sözleşmelerin, sözleşmenin içeriği ve sonuçlarına göre “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” veya “taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” olarak adlandırılması gerekmektedir.⁶

1.2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Unsurları

TBK470. maddesi “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Yasa hükmünün bu tanımlamasından ve yukarıda belirtilenlerden hareketle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin genel olarak unsurları aşağıdaki şekildedir.

1.2.1. Arsa Sahibinin Arsa Paylarını Devir Borcu

Yüklenicinin sözleşme ile kendisine yüklenilen edimi yerine getirmesinin karşılığı olarak, arsa sahibinin kendisine verilecek bağımsız bölümlere isabet eden arsa payını kendi üzerinde bırakarak diğer payları devretme borcu altına girmesi, bu sözleşmenin bir unsurunu oluşturmaktadır. Bu unsur, eser sözleşmesinde işsahibinin ücret ödeme borcunu karşılamaktadır.⁷

Eser sözleşmesinde ücret, sözleşmenin esaslı unsurudur fakat ücretin para olması bir koşul değildir. Bu sözleşmelerde ücret (bedel), arsa sahibi tarafından mal varlığı değeri (ayın) olarak ödenmektedir. Dolayısıyla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ücret, para yerine yükleniciye devredilecek arsa paylarıdır.⁸

Gerek bedeli karşılığı işsahibi adına yapılacak inşaatla dair sözleşmeler, gerekse arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin inşaatla başlayabilmesi için, öncelikle işsahibi tarafından üzerine inşaat yapılacak arsanın, inşaatla elverişli biçimde yükleniciye teslim edilmesi gerekmektedir. Sözleşmeye ve işin mahiyetine göre öncelikli edim borçlusunu olan işsahibi, arsayı inşaatla elverişli şekilde teslim edimini ifa etmedikçe, yükleniciden işe başlama yükümlülüğünü yerine getirmesi talebinde haklı görülemez. Ayrıca, inşaat yapılmak üzere teslim edilecek arsanın üzerinde inşaat yapılmasına engel bulunmaması ve ayıpsız olması gerekir.⁹ Örneğin, arsada veya üzerindeki binada kiracılar varsa ve tahliyeleri sağlanmamışsa, arsa üzerinde gecekondular varsa, tapu kaydına ipotek konulmuşsa, arsanın imar engeli varsa ancak arsa sahibi bu engelleri kaldırmadığı gibi bu engelleri kaldırmak için yükleniciye vekâletname de vermemişse, yüklenici, inşaatla başlayamamasından dolayı temerrüde düşmeyecektir.¹⁰

⁶ Benzer görüşte bkz. Yavuz/Acar/Özen (hızl.), s. 580.

⁷ Yavuz/Acar/Özen (hızl.), s. 581.; Yavuz, s. 615.; Durak, s. 209.

⁸ Durak, s. 209.; Duman, s. 13.; Kostakoğlu, s. 75.

⁹ Kostakoğlu, s. 261.; Duman, s. 44.

¹⁰ Duman, s. 44.

1.2.2. Yüklenicinin İnşaat (Bağımsız Bölüm) Yapma Borcu

TBK 470. maddesi “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Burada belirtilen “yüklenicinin bir eser meydana getirme” yükümlülüğü, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yerini, sözleşmede kararlaştırılan şekilde inşaat (bağımsız bölüm) yapma yükümlülüğüne bırakmaktadır.¹¹

Yüklenici, inşaatı eksiksiz ve ayıpsız olarak tamamlayıp teslim edecektir. Teslim olgusu, sözleşme ile kararlaştırılan işin tamamlanmış ve amacına uygun, kullanılabilir nitelikte işsahibinin hakimiyetine, diğer bir deyişle zilyetliğine verilmesidir.¹²

Bununla beraber, yüklenicinin yapımını yüklediği işe, işsahibinin menfaatlerini gözетerek, sadakatla özen göstermesi ve bu özenle işi tamamlayıp teslim etmesi, özen sorumluluğunun bir gereğidir.¹³

Sonuç olarak yüklenici, yapılan sözleşme ile iki edimi borçlanmaktadır. Birincisi kendine verilen arsa payına karşılık bu arsada bina yapmak; ikincisi ise bağımsız bölümlerden arsa sahibine ait olanı devretmektir.¹⁴

1.2.3. Arsa Sahibi İle Yüklenicinin Anlaşması

Borçlar hukukumuzdaki genel prensip uyarınca sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı birbirine uyan irade beyanlarının varlığı gerekmektedir (TBK m. 1). Karşılıklı borç yükleyen her sözleşmetüründe olduğu gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de tarafların sözleşme konusu ve koşulları üzerinde taraf iradelerinin birleşmesi gerekir. Ancak, sözleşmede söz konusu olabilecek boşlukların ve sözleşme ile ilgili olarak ortaya çıkacak uyuşmazlıkların TBK m. 19 kapsamında belirtilen genel kural uyarınca taraf iradelerinin amaçladıkları gerçek ve ortak sonuca göre yorumlama yapılması gerekir.¹⁵

¹¹ Durak, s. 209.; Yavuz/Acar/Özen (hızl.), s. 582.; Yavuz, s. 615.

¹² Duman, s. 38.; Kostakoğlu, s. 577

¹³ Kostakoğlu, s. 319.; Nitekim Nitekim TBK 471. maddesinde de “*Yüklenici, üstlendiği edimleri işsahibinin haklı menfaatlerini gözетerek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.*” şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁴ Durak, s. 210.

¹⁵ Yavuz/Acar/Özen (hızl.), s. 582.; Durak, s. 209.; Yavuz, s. 615.

1.3. Sözleşmenin Şekli

İlke olarak, eser sözleşmelerinin oluşturulmasında herhangi bir şekil şartı aranmasa da eser sözleşmelerinin özel bir görünümü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri resmi şekilde (düzenleme şeklinde) yapılmak zorundadır.¹⁶ Bu durum kaynağını TMK m. 706, 1009; 2644 sayılı Tapu Kanunu m. 26; 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 60, 89 hükümlerinden almaktadır. Öğretide bazı yazarlar, bu tür sözleşmelerin Tapu Kanunu m.26 hükmünden dolayı noterliklerde değil, tapu sicil müdürlüklerinde resmi şekilde düzenlenmesi gerektiği görüşündedir.¹⁷ Ancak Yargıtay'ın öteden beri benimsediği görüş uyarınca noterlerce resmi şekilde düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, şekil yönünden geçerlidir.¹⁸ Konuya ilişkin bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında¹⁹ “*Kat Mülkiyeti Kanununa tâbi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hâkimin Medeni Kanunun 2 nci maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine*” dair karar verilmiştir.

Kararda ayrıca, “*Böyle uyumsuzluklarda, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı değil, şekil şartı kuralı ihmal edilebilir. Zira İsviçreli Prof. MERZ'in de dediği gibi (Medeni Kanun Şerhi art. 2, Nr.21), şekli hukuktaki hakkı maddi adalet düşüncesi ve gerekleri sınırlar onu gerçek ölçülerine götürebilir; gerçek hak korunur, şekli veya görünen hak korunmaz. Gerçekten şekle ilişkin hükmün gayesi dışında menfaat temini yoluna gidilmek istenildiği durumlarda yargı hassas olmaya mecburdur. Zira hukuk ancak, meşru menfaatlerin tatminine yarar; başka bir şeye yaradığı takdirde ise mevcudiyet sebebini kaybeder...*” şeklinde belirtilerek dürüstlük kuralının önemine dikkat çekilmiştir.²⁰

İlgili içtihadı dayanılarak kabul edilen bir diğer istisnaya göre, her ne kadar yapılan sözleşme şekle aykırı olsa dahi taraflar, sözleşmedeki borçlarını bilerek, isteyerek ve tamamen veya reddolunamayacak derecede büyük oranda yerine getirmişse, artık taraflardan herhangi birinin şekle aykırılığı ileri sürmesi halinde bunun TMK m. 2'ye aykırılık oluşturacağı kabul edilmektedir.²¹

¹⁶ Yargıtay HGK., T. 9/7/2020, E. 2017/853, K. 2020/553: “*Tapulu taşınmazlarda mülkiyetin devrini öngören sözleşmelerin resmî şekilde yapılması zorunludur. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibi yönünden, taşınmaz mülkiyetinin ileride yükleniciye devrine ilişkin bir yükümlülüğü (bu yoldaki vaadi) içerdiğinden, bu tür sözleşmelerin noterde resen düzenleme şeklinde yapılması, geçerlilik koşuludur. Nitekim, aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulunun 23.05.2018 tarihli ve 2017/23-1611 E., 2018/1128 K., sayılı kararında da vurgulanmıştır.*”; Aynı yönde bkz. Kostakoğlu, s. 75.; Yavuz, s. 616.; Durak, s. 210.; Duman, s. 13,14.

¹⁷ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 596.; Gümüş, s. 109.

¹⁸ Yargıtay İBBGKK., T. 24/4/1978, E. 1978/3, K. 1978/4. www.resmigazete.gov.tr/arsiv/16312.pdf e.t.: 04/01/2022.

¹⁹ Yargıtay İBBGKK., T. 30/9/1988, E. 1987/2, K. 1988/2. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20026.pdf>, e.t.:20/10/2021.

²⁰ Yargıtay İBBGKK., T. 24/4/1978, E. 1978/3, K. 1978/4. www.resmigazete.gov.tr/arsiv/16312.pdf e.t.: 04/01/2022.

²¹ Yavuz/Acar/Özen (hızl.); Gümüş, s. 110.; Yavuz, s. 628.; Duman, s. 14.; Durak, s. 221. Kostakoğlu, s. 78.

İnşaatın büyük bir kısmının yapılmış olması deyimi üzerinde de durmak gerekir. Önceki Yargıtay uygulamalarına göre; çatısı kapanmış, doğramaları takılmış, iç ve dış ince sıvaları ile fayans işçiliği bitmiş ve bu suretle %65-70 oranına ulaşmış bir inşaatın büyük bir kısmının yapılmış olduğu kabul edilmekteydi. Ancak bu oran seviyesinin kesin olduğu kabul edilmemelidir. Nitekim Yargıtay'ın son yerleşik içtihatlarında bir inşaatın büyük oranda tamamlanmış olarak nitelendirilebilmesi için %90-95 oranlarında tamamlanmış olması gerektiği kabul edilmektedir.²²

1.4. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

1.4.1. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Çifte Tipli Karma Sözleşmelerdir

Bilindiği üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, mevzuatta kendine ait özel bir düzenlemesi bulunmayan dolayısıyla yasal bir tanımlaması olmayan, isimsiz (atipik) bir sözleşmedir. İsimsiz sözleşmeler nezdine de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri nitelik olarak çifte tipli bir karma sözleşmedir.²³

Arsa sahibinin borcu olan taşınmaz mülkiyetini geçirme, yüklenicinin inşaatı yapma ve bağımsız bölümü devretme borcu ile mübadele ilişkisi içinde bulunmaktadır. Böylece kanunla düzenlenmiş iki sözleşme tipine ait edimler, kanunun öngörmediği bir biçimde bir araya gelmektedir. Burada iki sözleşmeden yalnız birine ait unsurların varlığı ile hukukî sonuç meydana gelmemektedir. Eser sözleşmesine ait hüküm ve sonuçlar ile tarafların istedikleri amaca ulaşamayacağı gibi, taşınmaz satışı veya vaadine dair sözleşme hükümleriyle de taraf iradelerine uygun sonuç elde edilmemektedir.²⁴

1.4.2. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Ani Edimli Sözleşmelerdir

Öğretide tartışmalı olmakla beraber arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin sürekli değil ani edimli birer sözleşme olduklarının kabulü gerekir.²⁵

Burada iş görme faaliyeti sonucunda meydana getirilen eser ister maddi ister gayrimaddi olsun, alacaklının menfaati ifaya bağlıdır; yani sorunun çözümü, borçlunun edime yönelik hareketlerinin uzun sürmesi değil edimin yerine getirilmesinin yani alacaklının çıkarının bir anda mı yoksa zaman içinde yayılmış olarak mı gerçekleştiğinin tespiti.²⁶

Aksi görüşe göre ise, bu tür sözleşmelerde edimler, bütünlük arz eden sonucun meydana gelmesinden önce de bir zaman süreci içinde ve bölümler halinde ifa edilmektedir. Bundan dolayı bu süreç içinde taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi kurmaktadır.

²² Kostakoğlu, s. 78,79.; Gümüş, s. 110, dn. 582.

²³ Eren, s. 941.; Yavuz, s. 619.; Yavuz/Acar/Özen (hızl.), s. 583.; İnal/Baysal (Ed.), s. 6.; Gümüş, s. 107.; Kostakoğlu, s. 75.; Duman, s. 13.; Yargıtay HGK. T. 21/1/2020, E. 2018/240, K. 2020/43. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, e.t.: 16/11/2021.; Yargıtay 15. HD. T. 28/11/2019, E. 2019/337, K. 2019/4918. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, e.t.: 16/11/2021.; Yargıtay 15. HD. T. 18/1/2021, E. 2020/766, K. 2021/65. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, e.t.: 16/11/2021.

²⁴ Durak, s. 211.; Yavuz/Acar/Özen (hızl.), s. 583.; Eren, s. 941.

²⁵ Aynı görüşte bkz. Yavuz/Acar/Özen (hızl.), s. 584.; Yavuz, s. 619.

²⁶ Yavuz/Acar/Özen (hızl.), s. 584.; İnal/Baysal (Ed.), s. 4.

Yargıtay ise bu iki görüşü harmanlar nitelikte bir görüş benimsemiş ve somut olayın özelliklerine göre dürüstlük kuralı kapsamında bir orta yol bulmaya çalışmıştır. Nitekim bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme içtihadında²⁷ “İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak “ani edimli” sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içine yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. O halde, inşaat sözleşmeleri “geçici - sürekli karmaşığı” bir özellik taşımaktadır... Eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak BK m.106-108 hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına...” ifade edilerek hüküm kurulmuştur.

Buna göre, inşaat sözleşmesi yüklenicinin temerrüdü nedeniyle arsa sahibi tarafından tek taraflı irade beyanı ile sona erdirildiği takdirde sözleşme kural olarak geçmişe etkili olarak sona erecek (dönme), yani sözleşme yapıldığı andan itibaren geçerli olmak üzere ortadan kalmış sayılacak; ancak dürüstlük kuralı (objektif iyiniyet) gereğince geçmişe etkili sona ermenin kabul edilemeyeceği durumlarda ise, sözleşmenin ileriye yönelik olarak sona ereceği (fesih) kabul edilecektir. Sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiği durumlarda, sözleşme fesih anına kadar varlığını ve geçerliliğini koruduğundan, yüklenici o ana kadar meydana getirdiği kısımla orantılı bağımsız bölümlerin mülkiyetinin kendilerine geçirilmesini talep edebilecektir.²⁸

2. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ VE TASFİYESİ

2.1. Mal Rejimi Kavramı

İlk çağlardan bu yana bütün toplumlar en yaygın ve normal birlikte yaşama formu olan evlilik ilişkisinin kurulmasıyla birlikte “hayat ortaklığı” olarak nitelendirilen birlik ortaya çıkmaktadır. Bunun sonucunda eşler arasında farklı türde birçok ilişki doğmaktadır.²⁹ Hayatı paylaşmak üzere evlilik birliğini kuran eşler arasında ortaya çıkan bu ilişkilerin bir kısmı duygusal, ruhsal ve bedensel nitelikteki kişisel ilişkilerdir. Fakat evlilik birliğinde ortaya çıkan ilişkiler sadece bahsedilen türden manevi yönü ağır basan kişisel ilişkiler değildir. Bu duygusal birliktelikle beraber hayat ilişkileri, birtakım mali sonuçları ortaya çıkarır. Mal rejimi kavramı da evliliğin devam ettiği dönemde eşlerin mali ilişkilerine işaret eden bir kavramdır.³⁰

Ailenin zaman içinde geçirdiği değişikliklere paralel olarak, mal rejimi hukuku, evlilik birliğinde eşlerin malvarlıkları üzerine yaptığı etkiyi, özellikle eşlerin mülkiyet, yönetim,

yararlanma ve tasarruf yetkilerini, evlilik birliğinin sona ermesinde malların paylaşımını ve bu malvarlığı değerleri ile üçüncü kişilere karşı ilişkilerini konu alır olmuştur. Birlikte yaşama olayı sebebiyle eşlerin kazanımlarının aidiyeti, yönetimi, tasarruflara konu edilmesi gibi sorunların doğması karşısında, bunların disipline edilmesi mal rejimi hukukunun temel işlevini ortaya koyar. Mal rejiminin sona ermesine bağlı olarak bu tür mevcut kazanımların paylaşılması (tasfiyesi), bu işlevin en önemlisi olup en belirgin kısmını oluşturur.³¹

Bu açıklamalar doğrultusunda eşler arasındaki mal rejimieşlerin, evlilik birliğiyle bağlantılı olarak sahip oldukları mallar nedeniyle, kendi aralarında meydana gelen ve dolaylı olarak üçüncü kişilerle ortaya çıkan ekonomik ilişkilerini düzenleyen; bu malların mülkiyet durumuna, mallardan yararlanmaya, malların yönetimine, mallar üzerindeki tasarruflara, mallar dolayısıyla doğan borçlardan sorumluluğa ve evlilik sona erdiğinde veya yasanın öngördüğü diğer hallerde malların paylaşımına ilişkin kuralların tümünün oluşturduğu sistem olarak tanımlanabilir.³²

TMK m. 202 vd. hükümlerinde yer alan eşler arasındaki mal rejimine ilişkin düzenlemeler, genel malvarlığı hukuku kurallarından kısmen saparak, evlilik sırasındaki malvarlıklarına ilişkin olarak eşlerin birbirlerine ve üçüncü kişilere karşı olan konumlarını belirler. Yasa koyucu, bu belirlemenin temelinde eşlere, “tipe bağlılık” ilkesi çerçevesinde öngördüğü mal rejimi türleri ile sınırlı seçeneklere dayalı olanaklar tanımaktadır. Bu seçenekler hukukumuzda yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejimi ve bunun yanında mal ayrılığı rejimi, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi ve mal ortaklığı rejimidir.³³

TMK m. 202/2 hükmüne göre eşlere seçim hakkı tanınmışsa da yasa koyucu, mal rejimi seçiminde eşleri tamamen özgür bırakmamıştır; eşler bu konuda sınırlı serbestiye sahiptirler. Bu konudaki ilk sınırlama, TMK m. 202 hükmü uyarınca, eşlerin mutlaka bir mal rejimine tabi olması zorunluluğudur. Dolayısıyla eşler, evliliklerin “mal rejimsiz” olarak yürütmesi şeklinde bir kararlaştırma yoluna gidemez.³⁴

Kanunda bu konudaki ikinci sınırlama ise, eşlerin ancak kanunda sınırlı olarak sayılmış olan mal rejimlerinden birini seçebilmesidir. Eşlerin, milletlerarası özel hukuk kuralları saklı kalmak kaydıyla, mal rejimi olarak yasanın belirttiği mal rejimlerinden başka bir mal rejimini kabul etmeleri, örneğin, yabancı bir ülkede geçerli bir mal rejimini seçmeleri mümkün değildir. Böyle bir sözleşme, TMK m. 202 ve 203 hükümlerinin emredici niteliği sebebiyle batıl olacaktır. Bununla beraber eşler, tamamen farklı, yeni bir mal rejimi veya yasada düzenlenen mal rejimleri unsurlarından oluşan karma bir mal rejimi meydana getirip aralarında geçerli olacak şekilde kararlaştıramazlar. Ayrıca bir diğer sınırlandırma TMK m. 203’te belirtilmiştir ki buna göre eşler, seçtikleri mal rejimlerinde ancak kanunda yazılı sınırlar içerisinde değiştirebilirler.³⁵

²⁷ Yargıtay İBGKK., T. 25/01/1984 E. 1983/3, K. 1984/1 www.resmigazete.gov.tr/arsiv/16312.pdf.e.t.: 04/01/2022.

²⁸ İnal/Baysal (Ed.), s. 5.

²⁹ Mehmet Beşir Acabey, *Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 2020, s. 1.; Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu – Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 77.

³⁰ Acabey, s. 1.; Acar, s. 77.

³¹ Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2020, s. 33,34.; Acar, s. 78.

³² Acabey, s. 3.

³³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 195.; Zeytin, s. 43.; Özer Deniz, s.4.; Hilal Demirel Hazan, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesi”, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Kültür Üniversitesi SBE, İstanbul 2018, s. 3,4.

³⁴ Özer Deniz, s. 5.; Acar, s. 81.; Acabey, s. 16,17.

³⁵ Özer Deniz, s. 5.; Zeytin, s. 51.; Acabey, s. 16.

2.2.1. Genel Olarak

TMK'den önce yürürlükte bulunan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin (TKM) 170. maddesi uyarınca, eşler arasında mal ayrılığı rejimi, yasal mal rejimi olarak kabul edilmekteydi. 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren TMK hükümlerinde ise bu kural değiştirilerek eşler arasındaki yasal mal rejiminin TMK m. 202 hükmü uyarınca edinilmiş mallara katılma rejimi olacağı kabul edilmiştir.

4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 10. maddesi hükmü gereği, TMK yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tâbi oldukları mal rejimi devam eder. Eşler, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, bu tarihten (01.01.2002) geçerli olmak üzere yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimini, kendiliğinden seçmiş sayılırlar. Bu durumda evlilik, TMK döneminden önce gerçekleşmiş ve TMK yürürlüğe girdikten sonra bir yıl içerisinde herhangi başka bir mal rejimi seçilmemişse evliliğin başlangıcından TMK'nin yürürlüğüne kadar TKM hükümleri, yürürlük tarihinden itibaren ise TMK hükümleri uygulanacaktır. Ancak aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca eşler, madde hükmünde öngörülen bir yıllık süre içinde, mal rejimi sözleşmesiyle, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin, evlenme tarihinden geçerli olacağını kabul edebilirler.

Eşlerin farklı ailevi ve ekonomik ihtiyaçlarının olması sebebiyle kanun koyucu, eşlere, ihtiyaçlarına uygun olabilecek seçimlik bir mal rejimini seçme ve gerektiğinde içeriğini sınırlı da olsa değiştirme imkânını tanımıştır. Fakat eşler, mal rejimi sözleşmesi ile seçimlik mal rejimlerinden birini seçmedikleri takdirde, aralarında yasal mal rejiminin geçerli olduğu kabul edilecektir. Bu haliyle, bir mal rejimi sözleşmesi yapılmadığı durumlarda, eşlerin yasa gereği tabi oldukları mal rejimine, yasal mal rejimi denir. Bu yasal mal rejimi ise TMK m. 202 hükmü uyarınca edinilmiş mallara katılma rejimidir.³⁶

TKM hükümlerine kıyasla TMK hükümlerince yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejimi, eşler arasındaki malvarlığı ilişkilerini büyük ölçüde evlilik birliğinin ruhuna ve eşitlik ilkesine uygun olarak düzenlemektedir.³⁷

2.2.2. Kapsamı, Özellikleri ve Hakim Olan İlkeler

TMK m. 202 uyarınca, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır. Bununla birlikte TMK 218. maddesinde “*Edinilmiş mallara katılma rejimi, edinilmiş mallar ile eşlerden her birinin kişisel mallarını kapsar.*” şeklinde hükmedilmiştir. Bu kapsamda edinilmiş mallara katılma rejimini, eşlerin iktisap ettiği edinilmiş mallar ile eşlerin kişisel malları meydana getirmektedir.

Eşlerin malları öncelikle kadının ve erkeğin malları olmak üzere dikey bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Ardından eşlerin malları arasında, ayrı olarak yatay bir ayrıma gidilmektedir. Bu da kadının edinilmiş ve kişisel malları ile erkeğin edinilmiş ve kişisel malları olarak sınıflandırılmaktadır. Bununla birlikte, TMK m. 222 hükmü gereği, belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispat etmekle yükümlüdür ve bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir.³⁸

³⁶ Zeytin, s. 50,51.; Acabey, s. 18,19.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 195.; Özer Deniz, s. 4.

³⁷ Zeytin, s. 95.

³⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 204,205.

Mal ayrılığı rejimindekine benzer olarak, edinilmiş mallara katılma rejiminde de mal rejiminin devamı boyunca eşlerin malvarlıklarının birbirinden ayrı ve bağımsız kalması esastır. Nitekim TMK m. 223 düzenlemesi uyarınca her eş, yasal sınırlar içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir. Buna göre her eş, yasal mal rejimi devam ettiği sürece kural olarak kendi mal varlığını diğer eşin rızası olmadan yönetebilir, kullanabilir ve mal varlığı üzerinde tasarrufta bulunabilir.³⁹

TMK m. 219 hükmüne göre edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir. Kanun hükmünün bu düzenlemesi uyarınca edinilmiş mallara hakim olan bazı ilkeler bulunmaktadır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde geçerli olan ilkelerden birincisi, eşlerin hak sahipliğinin “*karşılığını vererek*” elde etmesidir. Burada “karşılık” deyiminden ne anlaşılması gerektiği hususu, öğretide farklı şekillerde yorumlanmıştır. Buna göre bir kısım görüş, bu karşılığın bir “emek karşılığı” olduğunu savunurken⁴⁰; diğer bir görüşe göre buradaki karşılık, sadece emek olarak değil, malvarlığına giren bir şeyi verme veya bir şeyi yapmama şeklinde de olabilir.⁴¹

Dural/Öğüz/Gümüş’e göre ise eşlerin edinilmiş mallarını; karşılığını emek, para veya diğer malvarlığı unsurları ile vererek sağladığı edinimler oluşturur. Dolayısıyla karşılık, hukuksal işlemlerde mübadele değeri olarak sunulan eşlerin kişisel edimlerinde olduğu gibi eşlerin bedensel ve fikri gücü ve emeğinden veya eşlerden birine yönelik üçüncü kişinin haksız fiilinden kaynaklanabilir.⁴² Bu açıklamalar doğrultusunda kanaatimizce de Kanunun “karşılık” deyiminden yalnızca “emek” unsurunun anlaşılması gerekir.

TMK m. 219 hükmünden çıkarılan bir diğer ilke de edinilen malların üzerindeki hak sahipliğinin yalnızca mal rejimi süresince geçerli olmasıdır. Madde hükmünde “... *mal rejiminin devamı süresince...*” şeklindeki düzenlemeden de görüleceği üzere bir malın edinilmiş mal olarak nitelendirilebilmesi için zamansal bir sınırlama bulunmaktadır. O halde, mal rejiminin başlamasından önce veya mal rejiminin sona ermesinden sonra edinilen kazanımlar, edinilmiş mal olarak nitelendirilemeyecektir.⁴³

Edinilmiş mallara katılma rejimine hakim olan bir diğer ilke ise mal rejiminin sona ermesi neticesinde yapılacak tasfiyede eşlerin birbirine karşı hak sahibi olduğu katılma alacağının aynî değil, şahsî hak kazandırmasıdır. Ancak bir istisna olarak, TMK m. 240 hükmü gereği, mal rejiminin ölümle sona ermesi halinde, sağ kalan eşin aile konutu ve ev eşyası üzerinde aynî hak tesisini talep etme hakkı bulunmaktadır.⁴⁴

³⁹ Acabey, s. 65.; Zeytin, s. 101,102.; Özer Deniz, s. 13.; Kübra Kamelya Efedayioğlu, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesinde Sağ Kalan Eşin Talep Hakkı”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Çankaya Üniversitesi SBE, Ankara 2019, s. 1.

⁴⁰ Zeytin, s. 109.; Efedayioğlu, s. 9,10.; “Nitekim TMK m. 220’de sayılan kişisel mallar üzerinde diğer eşin hak sahibi olmamasının nedeni de eşin bu malların elde edilmesinde emek harcamaması, karşılığını vererek elde etmemesidir.” Özer Deniz, s. 6

⁴¹ Acabey, s. 70.; “Emek veya çalışma kökenli edimlerin karşılık kavramına girmesinin pratik bir önemi yoktur, zira TMK m. 219/1, b. 1 uyarınca bunların edinilmiş mal olduğu zaten yasa tarafından ortaya konulmuştur.” Acar, s. 160.

⁴² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 205.

⁴³ Özer Deniz, s. 6.; Aral, s. 156.; Hazan, s. 5.

⁴⁴ Özer Deniz, s. 6.; Hazan, s. 5.; Mustafa Batuhan Yıldız, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesi”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Kültür Üniversitesi SBE, İstanbul 2018, s. 15.

Edinilmiş mallara katılma rejimine hakim olan bir diğer ilke de mal gruplarının kural olarak değişmezliği ve ikame ilkesidir. Yukarıda da değinildiği üzere, eşlerin mal grupları edinilmiş mallar ve kişisel mallar olmak üzere iki alt dalda sınıflandırılmaktadır ve kural olarak bu mal gruplarına dahil olan mallar, her iki mal grubunun da varlığının güvencesi için sınırlayıcı düzenlemelerle korunmaktadır. Bu kapsamda TMK m. 219/1 b. 5 hükmünde, edinilmiş malların yerine geçen değerlerin edinilmiş mal olacağı; TMK m. 220/1 b. 4 hükmü gereği ise kişisel mallar yerine geçen değerlerin ise kişisel mal olarak nitelendirileceği kararlaştırılmıştır.

İkame ilkesinden, yeni elde edilen malvarlığı değerinin eşlerin iradeleri dışında o eşin hangi mal grubuna ait olduğunun, o malın edinilmesinde ağırlıklı katkısı olan mal grubuna göre belirlenmesi anlaşılmaktadır. Yasal hükümler uyarınca ikame ilkesi, bir eşin malvarlığı grubundan elde ettiği malvarlığının da o gruba dahil olacağı sonucunu doğurur. Örneğin, eğer bir mal, eşin edinilmiş malı yerine geçecek biçimde elde edilmişse ikame ilkesi gereği iktisap edilen mal da edinilmiş mallar grubuna dahil olacaktır.⁴⁵

Burada söz konusu ikame olunan değerın kullanım amacına değil, yerine geçtiği malın niteliğine bakılmalıdır.⁴⁶ Örneğin, bir eşin evlendikten sonra edinilmiş mal niteliğindeki kazandığı para ile kendi şahsi kullanımı için araba almış olması durumunda da alınan araba, edinilmiş mal sayılacaktır. Aynı otomobilin kaza yapması veya sel baskınında hasar görmesi sonucunda sigortadan alınan tazminat da aynı şekilde edinilmiş mal sayılır.⁴⁷ Aksi durumda da örneğin, evlilikten önce edinilen ve kişisel mal niteliğindeki bir arsanın satılarak ailenin kullanımı için alınan ev her ne kadar ailenin kullanımı için alınmış olsa da kişisel mal niteliğinde olacaktır.⁴⁸ Çalışmamızın konusunu oluşturan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de bu kural kendisini gösterecek ve tasfiye sürecinde etkili olacaktır.

2.2.3. Mal Grupları

TMK'nin yürürlüğe girmesiyle yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejiminde mal grupları, kadının ve erkeğin edinilmiş ve kişisel malları olarak sınıflandırılmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, burada kullanılan “mal” kavramı dar anlamda taşınır veya taşınmaz malları değil, bunun üstünde ve ötesinde her türlü malvarlığı değerini içermektedir. Bu doğrultuda; taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklar, kişinin her türlü parasal değere sahip her türlü alacak hakkı, yenilik doğurucu hakları, beklenen hakları ve mali yönleriyle fikrî haklar bu kapsamda “mal” kavramı içerisinde değerlendirilecektir.⁴⁹

2.2.3.1. Edinilmiş Mallar

TMK m. 219 hükmü uyarınca edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir. Yasa metninden bir malın edinilmiş mal olarak kabul edilebilmesi için o malın, mal rejiminin devamı sırasında ve

ancak karşılığının verilerek elde edilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte edinilmiş mal, “*Kanun gereği kişisel mal sayılmayıp, edinilmiş mallara katılma rejimi süresince karşılığı verilerek edinilen ve kanun gereği edinilmiş mal kabul edilen malvarlığı değerleri*” şeklinde tanımlanabilir.⁵⁰

Nelerin edinilmiş mal olarak kabul edileceği TMK m. 219'da belirtilmiştir. Ancak bu mallar, sınırlayıcı (tahdidi) olarak değil örnekseme yoluyla yasa hükmünde sayılmıştır. Madde hükmünde geçen “Bir eşin edinilmiş malları özellikle şunlardır...” hükmünden, edinilmiş malların, sadece madde hükmünde bahsi geçenlerle sınırlı tutulmadığı anlaşılmaktadır.⁵¹

TMK m. 219 hükmünde sayılanlara göre bir eşin; çalışmasının karşılığı olan edimimler, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler, çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar, kişisel mallarının gelirleri ve edinilmiş malların yerine geçen değerler, edinilmiş mallarıdır.

Kanunda örnek olarak sayılı bu durumlar dışında, edinilmiş malların gelirleri (ürünleri),⁵² adın gaspı veya şeref ve haysiyetin ihlali nedeniyle ödenen maddi tazminatlar,⁵³ çalışma gücü kaybı dışındaki maddi tazminatlar ile kıdem tazminatı⁵⁴ da edinilmiş mal olarak kabul edilmektedir.

2.2.3.2. Kişisel Mallar

Kişisel mallara ilişkin temel hükümler, TMK m. 220'de düzenlenmiştir. Edinilmiş mallardan farklı olarak kişisel mallar, kural olarak, yasa hükmünde sayılanlarla sınırlıdır. Madde hükmüne göre; eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya, mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri, manevî tazminat alacakları ve kişisel mallar yerine geçen değerler eşlerin kişisel mallarını oluşturur (TMK m. 220).

Yukarıda belirtilen kişisel mallar, eşlerin, kanundan kaynaklanan ve sınırlı sayıda belirtilen malvarlıklarıdır. Ancak TMK m. 221 hükmü uyarınca eşler, aralarında yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle yasada belirtilenlerin aksine hükümler öngörebilir. Bu kapsamda örneğin, edinilmiş mal olmak koşuluyla bir hekimin sahip olduğu muayenehane malzemeleri, bir akademisyenin veya avukatın uzmanlık alanıyla ilgili kütüphanesi veya bir mimarın çizim malzemeleri,⁵⁵ çiftçinin traktörü, terzinin dikiş makinesi,⁵⁶ eşler arasında yapılacak anlaşmayla kişisel mal olarak kararlaştırılabilir.

Edinilmiş malların aksine kişisel mallar, evlilik birliğinin paylaşılması gereken

⁵⁰ Zeytin, s. 115,116.; Özer Deniz, s. 46.; Efedayioğlu, s. 6,7.; Acabey, s. 74.

⁵¹ Acar, s. 161.; Zeytin, s. 115.; Efedayioğlu, s. 13.; Yıldız, s. 23.; Acabey, s. 75.

⁵² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 207.; Efedayioğlu, s. 27.; Acar, s. 183.

⁵³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 207.; Efedayioğlu, s. 26,27.; Acar, s. 182.

⁵⁴ Zeytin, s. 152.; Acar, s. 182-183.

⁵⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 209.; Zeytin, s. 175,176.; Acar, s. 210.; Yıldız, s. 36.; Efedayioğlu, s. 39,40. Acabey, s. 98.

⁵⁶ Özer Deniz, s. 58.; Acar, s. 210.

bir edinimi olarak değerlendirilmemektedir. Dolayısıyla kişisel mal olarak nitelendirilen malvarlığı değerleri evlilik birliğine değil sadece eşlere aittir. Bundan dolayı, kişisel mallar, eşler arasındaki edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesiyle birlikte yapılacak tasfiyenin dışında tutulur.⁵⁷

2.2.4. Sona Erme ve Tasfiye

2.2.4.1. Mal Rejiminin Sona Erme Halleri

Edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erme halleri TMK m. 225'te düzenlenmiştir. Söz konusu maddede *“Mal rejimi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle sona erer. Mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hâllerinde, mal rejimi dava tarihinden geçerli olmak üzere sona erer.”* şeklinde hükmedilmiştir.

Eşlerden birinin ölümüyle birlikte evlilik birliği sona ereceği için doğal olarak mal rejimi de son bulacaktır. Yasada açıkça düzenlenmiş olmasa da, TMK m. 31 hükmü uyarınca, eşlerden birisi hakkında ölüm karanesi olması da aynı sonucu doğuracaktır. Bu durumda edinilmiş mallara katılma rejimi, ölüm karanesine sebep olan olayın gerçekleştiği tarihte sona ermiş sayılır. Başka bir deyişle, mal rejiminin sona erme anı, ölüm tehlikesi içinde kaybolma tarihi olup bu tarih aynı zamanda mirasın da açılması tarihidir.⁵⁸

Ölüm karanesine benzer nitelikte olan ve kişiliğin sona ermesine sebebiyet veren gaiplik kararlarında da benzer kurallar geçerlidir. Ancak gaiplik kararı tek başına edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi için yeterli değildir. Çünkü gaiplik kararının verilmesiyle evlilik, kendiliğinden sona ermemektedir. Diğer eş mutlaka bu kararla birlikte evliliğin feshini istemelidir. ⁵⁹Gaiplik kararıyla birlikte evliliğin iptali neticesinde edinilmiş mallara katılma rejiminin hangi tarihten itibaren sona ereceği tartışılmakla beraber öğretideki hakim görüşe göre mal rejimi, evliliğin feshi ile sona ermesinden itibaren değil, gaiplik kararının geçmişe yürütmesi ilkesinden dolayı, gaiplik kararına konu ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haber alındığı tarihten başlayarak sona erecektir.⁶⁰ Acabey'e göre, evliliğin feshinin talep edilip edilmediği dahi bu hususta önem taşımamaktadır.⁶¹

Eşler arasındaki mal rejimi, başka bir mal rejiminin seçimiyle de sona erebilir. Eşlerin başka bir mal rejiminin uygulanmasını kabul etmeleri halinde, edinilmiş mallara katılma rejimi de yeni mal rejimi sözleşmesinin yapıldığı tarihte sona erecektir.⁶² Benzer nitelikte olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığına geçiş halleri de yasa hükmünde mal rejiminin sona erme sebepleri arasında gösterilmiştir. Ancak burada TMK m. 225/2'nin açık hükmü gereği, eşlerden birinin olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığına geçiş için açtığı dava tarihi, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erdiği tarih olarak kabul edilecektir.⁶³

Edinilmiş mallara katılma rejimi, yukarıda belirtilenlerle beraber asıl olarak eşlerden birinin boşanma davası açmasıyla sona ermektedir. Burada dikkat edilecek husus, TMK m. 225/2 hükmünde de ifade edildiği üzere, boşanma davasında verilen boşanma kararının kesinleştiği tarihin değil, davanın açılma tarihinin mal rejiminin sona erdiği tarih olmasıdır. Boşanma davasının açıldığı tarihle boşanma kararının kesinleştiği tarih arasında mal rejimi askıya alınır ve boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte geriye etkili olarak dava tarihinden itibaren mal rejimi sona erer.⁶⁴ Aynı durum, boşanma talebinin reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi için de geçerlidir ve kararın kesinleşmesiyle birlikte edinilmiş mallara katılma rejimi davanın açıldığı tarihten itibaren evlilik geçerliymiş gibi uygulanmaya devam eder.⁶⁵

Boşanmaya benzer olarak yasa hükmünde, evliliğin iptali de mal rejiminin sona erme sebepleri arasında gösterilmiştir. Burada da TMK m. 225/2 hükmü uyarınca mal rejimi, dava tarihinden itibaren geçerli olmak üzere sona erer. Mahkeme tarafından evliliğin butlan nedeniyle geçersizliğine karar verilmesine kadar butlanla sakat evlilik, sanki geçerli bir evlilikmiş gibi hüküm ve sonuçlarını doğurur. Başka bir deyişle, evliliğin butlanına dair verilen karar, kesinleşmeyle birlikte ileriye dönük olarak hükümlerini doğuracaktır. Ancak boşanmada olduğu gibi, mal rejimi, geriye etkili olarak evliliğin butlanı için açılan davanın tarihinden itibaren sona ermiş sayılacaktır.⁶⁶ Bu koşulların gerçekleşmesiyle beraber artık tasfiye aşamasına geçilecektir.

2.2.4.2. Mal Rejiminin Tasfiyesi

Yasal mal rejiminin sona ermesiyle mal grupları belirlenecek ve malların tasfiyesi aşamasına geçilecektir. Burada amaç, ilk önce eşlerin evlilik birliğinin devamı süresince edindikleri malların tespit edilerek ayrılması, daha sonra da birbirlerinden olan artık değer alacakları ile değer artış paylarının hesaplanmasıdır.⁶⁷ Tasfiye işlemi sonucunda ise artık değer bulunacak, bunun da katılma alacağı oranında (TMK m. 237 uyarınca aksi kararlaştırılmamışsa kural olarak artık değer yarısı) pay edilmesiyle her bir eşin katılma alacağı hesaplanacaktır.⁶⁸

Tasfiye sonucunda katılma alacağının belirlenebilmesi için öncelikle eşlerden birinin talepte bulunması gerekir. Bu talep, tasfiye davası olarak görülebileceği gibi, yasa düzenlenmemiş olsa bile öğretide de kabul edildiği üzere eşlerin anlaşarak bir “Tasfiye Sözleşmesi” oluşturmasıyla da yapılabilir. Eşler arasındaki mal rejimi boşanma sebebiyle sona eriyor ise tasfiye sözleşmesinin hakim tarafından onanması gerekmektedir. Boşanma dışındaki sona erme durumlarında ise herhangi bir şekil şartı veya bir makamın onayı aranmamaktadır.⁶⁹

⁵⁷ Zeytin, s. 162.; Acar, s. 185.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 207.; Acabey, s. 86.; Efedayioğlu, s. 27.

⁵⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 212.; Zeytin, s. 108.; Özer Deniz, s. 26.; Efedayioğlu, s. 69.

⁵⁹ Zeytin, s. 108.; Özer Deniz, s. 26.; Acabey, s. 141.; Efedayioğlu, s. 70.

⁶⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 212.; Zeytin, s. 108-109.; Özer Deniz, s. 26,27.; Efedayioğlu, s. 70.

⁶¹ Acabey, s. 141.

⁶² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 213.; Özer Deniz, s. 33.; Zeytin, s. 106.; Efedayioğlu, s. 64,65.

⁶³ Zeytin, s. 106.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 213.; Özer Deniz, s. 32.; Acabey, s. 148.

⁶⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 213.; Özer Deniz, s. 28.; Acabey, s. 145.; Zeytin, s. 106.; Efedayioğlu, s. 65.

⁶⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 213.; Özer Deniz, s. 29.

⁶⁶ Acabey, s. 145.; Özer Deniz, s. 28.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 213.

⁶⁷ Zeytin, s. 267.; Acar, s. 215.; Özer Deniz, s. 35-36.

⁶⁸ Acar, s. 215,216.; Özer Deniz, s. 36.

⁶⁹ Acabey, s. 148.; Özer Deniz, s. 35.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde ilk olarak, her iki eşin malları ayrılır ve eşlerin mallarını geri almaları sağlanır ayrıca borçlar düzenlenir. Ardından her iki eşin artık değeri hesaplanır. Bundan sonra, eşlerin artık değere katılma alacakları bulunur. Son olarak katılma alacağının ve değer artış payının ödemesi yapılır.⁷⁰

Bu konuda ilk düzenleme TMK m. 226’de yapılmış olup maddede “*Her eş, diğer eşte bulunan mallarını geri alır. Tasfiye sırasında, paylı mülkiyete konu bir mal varsa, eşlerden biri kanunda öngörülen diğer olanaklardan yararlanabileceği gibi, daha üstün bir yararı olduğunu ispat etmek ve diğerinin payını ödemek suretiyle o malın bölünmeden kendisine verilmesini isteyebilir. Eşler karşılıklı borçları ile ilgili düzenleme yapabilirler.*” şeklinde hükmedilmiştir. Burada yapılması gereken, bir eşin zilyetliğinde bulunan ancak diğer eşe ait olan malların iade edilmesi ve eşler arasındaki karşılıklı borçların, değer artış payı ve/veya katılma alacağı ödenmeden önce muaccel olduğu ölçüde kapatılmasıdır.⁷¹ Malın, hangi eşin mülkiyetinde olduğu hususu her türlü delille ispat edilebilir.⁷²

Sonrasında artık değer hesabına geçilir. TMK m. 231 uyarınca artık değer, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktardır. Artık değer hesaplanmasında sadece edinilmiş mallar dikkate alınacak ve sadece bu mal grubuna ait borçlar tespit edilecektir. Artık değer, sadece hesaplama ile tespit edilen, edinilmiş mal grubunun aktif ve pasiflerinin hesaba katılmasıyla ortaya çıkan pozitif değerdir.⁷³ Burada değer, aynı anlamda bir karşılık değil sadece kâğıt üstünde yapılan bir işlemden ibarettir.⁷⁴

Buna göre, artık değer; edinilmiş mallar, eklenecek değerler ve edinilmiş mallardan kişisel mallara giden değerlerin karşılıkları toplamından, değer artış payı, kişisel mallardan edinilmiş mallara giden değerlerin karşılıkları ve borçları toplamının çıkarılması yöntemiyle hesaplanabilir.⁷⁵ Burada ilk başta toplananlar malvarlığının aktifini, ikinci toplananlar ve ilkenden çıkarılanlar da malvarlığının pasifini oluşturmaktadır.

TMK m. 235/1 hükmü gereği mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş mallar, tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılırlar. Ancak edinilmiş mallara hesapta eklenecek olanların değeri, malın devredildiği tarih esas alınarak hesaplanır (TMK m. 235/2).

TMK m. 236’da “*Her eş veya mirasçısı, diğer eşe ait artık değer yarısı üzerinde hak sahibi olurlar.*” hükmü düzenlenmiştir. Bu kuralın istisnası olarak, zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir (TMK m. 236/2). Ayrıca artık değere katılmada, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarının zedelenmemesi koşuluyla, mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esas kabul edilebilir (TMK m. 237).

⁷⁰ Zeytin, s. 268.; Acar, s. 220.

⁷¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 216.

⁷² Zeytin, s. 279.

⁷³ Zeytin, s. 284.; Acar, s. 260.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 213.

⁷⁴ Acar, s. 261.; Acabey, s. 149.

⁷⁵ Acar, s. 260.

3.ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ YOLUYLA EDİNİLEN MALLARIN TASFİYESİ

3.1. Alacağın Doğumunun Tespiti ve Mal Grubu Sınıflandırması

Uygulamada farklı türleri bulunmakla beraber, temel olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi, üzerinde inşaat yapılması için arsasını yükleniciye teslim etmektedir. Bunun karşılığında arsa sahibi, yüklenicinin yapacağı inşaatın, sözleşmede belirlenen arsa payı oranları veya bağımsız bölüm sayısı kadar bağımsız bölümün iktisabına hak kazanmakta ve geri kalan kısmını da yüklenicinin kullanması veya üçüncü kişilere satarak kazanç sağlaması gibi tasarruflar için yükleniciye bırakmaktadır.

Bu kapsamda, eşlerden birinin arsa sahibi veya yüklenici olarak böyle bir sözleşmeye taraf olması durumunda, diğer eşin tasfiye esnasında sözleşme gereği elde edilecek bağımsız bölümlerin yarısı üzerinde hak iddia etmesi gündeme gelebilecektir. Bu durumda öncelikle yapılması gereken, bağımsız bölüm alacağının hangi mal grubuna dahil olacağının tespit edilmesidir.⁷⁶

Her şeyden önce bir malvarlığının, mal gruplarından edinilmiş mal grubuna dahil olabilmesi ve tasfiyede dikkate alınabilmesi için o malın, mal rejimi devamı sırasında edinilmiş olması gerekmektedir. Mal rejimi başlamadan önce veya tasfiyeden sonra elde edilen mallar edinilmiş mal olarak kabul edilemeyecek dolayısıyla katılma alacağı hesabında dikkate alınmayacaktır.⁷⁷

Zamansal sınırlama açısından özellikle borçlandırıcı işlem – kazandırıcı işlem ayrımı karşısında edinimin ne zaman gerçekleşeceğinin belirlenmesi gerekir. Bu noktada öğretide de kabul edildiği üzere, her bir malvarlığı değerinin kendisine ait edinim kurallarına bakmak gerekir.⁷⁸ Yükleniciyle yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de alacak hakkı, sözleşmenin yapıldığı anda doğmaktadır. Bu durumda sözleşme eğer mal rejiminin başlangıcından önce kurulmuşsa alacak kişisel mal; aksi halde edinilmiş mal sayılacaktır. Yüklenicinin, daireleri ne zaman tamamlayıp teslim ettiğinin bir önemi bulunmamaktadır.⁷⁹

Örneğin, eşlerden biri, evlenmeden önce parasını verdiği fakat inşaatın tamamlanmamasından dolayı taşınmazın kendisine evlilik birliği kurulduktan sonra teslim edilmesi veya evlilik birliği kurulmadan önce ısmarlanan bir eserin evlilik birliği kurulduktan sonra teslim edilmesi durumunda söz konusu mallar edinilmiş mal olarak kabul edilemez.⁸⁰ Aksi durumda da, örneğin, fabrikada çalışan A’nın, on yıllık evliliği süresince biriktirdiği ücretleriyle bir arsa satın alması durumunda, bu arsa edinilmiş mal olacak; A, daha sonra bu arsayı yükleniciye verip karşılığında bir daire alırsa arsanın yerine geçen daire de edinilmiş mal grubunda olacaktır.⁸¹

⁷⁶ Şahin Akıncı, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Karşılaşılan Bazı Meseleler ve Çözüm Önerileri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, İstanbul 2016, s. 176.

⁷⁷ Akıncı, s. 176.; Hazan, s. 31.; Acar, s. 156.; Zeytin, s. 116.

⁷⁸ Acar, s. 156.

⁷⁹ Akıncı, s. 176.

⁸⁰ Özer Deniz, s. 52.

⁸¹ Efedayioğlu, s. 25.

Bu konuda Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararında⁸² “...Dava konusu 47 ada 14 sayılı parselde bulunan taşınmaz, 08.06.2004 tarihinde edinildiğine, 2005-2007 tarihleri arasında üzerinde 5 katlı bina yapıp bitirildiğine göre edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde edinildiğinden TMK.nun 219 ve 222/3. fıkrası gereğince edinilmiş mal olduğunun kabulü gerekir. TMK.nun 219/-5. bendi uyarınca edinilmiş malların yerine geçen değerler de edinilmiş mal sayılır...” şeklinde hükmedilmiştir.

Konuya ilişkin başka bir olayda Yargıtay'ın vermiş olduğu kararda⁸³ “...Mahkemece, tasfiyeye konu 1 nolu ve 9 nolu dubleks yazlıkların arsa dahil değerleri üzerinden muris ... lehine katkı payı alacağına hükmedilmiş ise de dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler incelendiğinde dubleks yazlıkların arsalarının davacı-birleşen davada davalı ...'nın kişisel malı oldukları anlaşılmaktadır. Tedavüllü tapu kaydından yazlıkların yer aldığı 5 parsel sayılı taşınmazın arsa olarak tarafların evlilik tarihi (25.08.1986) öncesinde, diğer bir ifadeyle mal rejimi başlamadan önce 13.01.1984 tarihinde kadın adına tapuya kayıt edildiği sabittir. Yazlıklar ise 11.06.1999 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereği arsa malikinin bir kısım bedel ödemesi karşılığı inşa edilerek 2005 yılında kat irtifakı tesisi yoluyla kadın adına tescil edilmiştir. Buna göre, 1 ve 9 nolu dubleks yazlıklar yönünden arsa hariç bedeller üzerinden katkı payı alacağı hesaplanması gerekirken arsa değerlerinin hesaplamaaya dahil edilmesi doğru değildir...” şeklinde hüküm kurulmuştur.

3.2.İkame Kuralının Etkisi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri gibi tam iki tarafa borç yükleyen ivazlı bir sözleşmesel ilişkide dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, bir karşılık verilerek elde edilen malın karşılığını oluşturan değerın hangi mal grubundan karşılandığıdır. Eğer ivaz, malı elde eden eşin edinilmiş mallarından karşılanmışsa, bu sözleşme sonucunda elde edilen taşınmaz da edinilmiş mal grubuna dahil olacaktır. Benzer şekilde ivaz, eşin kişisel malından karşılanmışsa, elde edilen mal da o eşin kişisel malı olacaktır. Bu durum, edinilmiş mallara katılma rejiminde kabul edilen ikame ilkesinin bir gereğidir.⁸⁴ Diğer bir deyişle örneğin, bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde arsa sahibi, arsasını bir yükleniciye vermiş ve karşılığında dört adet bağımsız bölüm almış ise, aldığı bu dairelerin hukuksal niteliğini arsanın niteliğine göre belirlemek gerekecektir.⁸⁵

Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu bir kararda⁸⁶ “...1.1.2002 öncesi edinilen kişisel mal niteliğindeki bir kısım taşınmazın 1.1.2002 tarihi sonrası müteahhide verilerek kat karşılığı edinilen daireler kişisel mal yerine geçen ve ikame niteliğinde kişisel mal olduklarından edinilmiş mal içerisinde değerlendirilmemiş olması da yerindedir...” şeklinde karar vermiştir.

Benzer biçimde Yargıtay'ın bir başka içtihadında⁸⁷ “...Mahkemece 26604 ada 6 parsel sayılı taşınmazda davalının 60/139 olan hissesinin davalı tarafından satış yoluyla 05.05.2004 tarihinde edinildiği, bilirkişi raporunda belirtildiği gibi trampa suretiyle edinilmediğinin belirlendiği belirtilerek, davalı adına bulunan 60/139 hissenin tamamının edinilmiş mal olduğu kabul edilip alacağına hükmedildiği anlaşılmaktadır. Temyiz aşamasında dosya kapsamına getirtilen tapu kayıtları ve resmi senetlere göre, davalının 239/1112 hisseyi 02.10.2003 tarihinde...26628 ada 1 parselde 8 nolu bağımsız bölüm karşılığı trampa suretiyle edindiği, 241/1112 hisseyi de 05.05.2004 tarihinde satın aldığı ve toplam 60/139 hisse sahibi olduğu; ... ili ...ilçesi ... Mahallesi 26628 ada 1 parselde 8 nolu bağımsız bölümü ise davalının arsa karşılığı inşaat sözleşmesi karşılığında edindiği, arsasının davalı tarafından 15.09.1999 tarihinde satın alındığı anlaşılmaktadır. O halde, Mahkemece, davalının trampa yoluyla edindiği 239/1112 hisse yönünden davalının kişisel malı (ikame mal) olduğu dikkate alınarak davanın bu hisse yönünden reddine, davalının 05.05.2004 tarihinde satın aldığı 241/1112 hisse yönünden ise katılma alacağına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olmuştur...” ifade edilmiştir.

Öğretideki görüşler kapsamında ayrıca, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeyle edinilen malvarlığı değerlerinde bir ayırıma gidilmiştir. Buna göre, karşı edimin bir iş görme olduğu durumlarda yani eşin kendi kişisel faaliyetleri karşı edimi oluşturduğunda elde edilen malvarlığı her zaman edinilmiş mal grubuna dahildir. Ancak karşı edimin bir mal veya para olduğu durumlarda, karşı edimi oluşturan mal veya paranın ait olduğu mal grubuna göre malın kişisel mal veya edinilmiş mal sayılacağı kabul edilmektedir.⁸⁸ Bu ayırım da özellikle eşlerden birinin yüklenici olduğu durumlarda önem kazanmaktadır.

TMK m. 219 gereği, sermaye olarak konulan malvarlığı değerindeki artış ya da azalış serbest pazarda oluşan arz ve talep sonucu olarak konjonktüre bağlı ise (konjonktürel değer artışı) bu artış ya da azalışın o malvarlığının ait olduğu gruba ait olacağı kabul edilmektedir. Eğer artış konjonktürel değil de, eşin olağan yönetim faaliyetlerini aşan çalışmasının karşılığı ise, bu halde endüstriyel değer artışından söz edilmektedir. Bu durumda söz konusu artış, TMK m. 219 kapsamında “eşin çalışmasının karşılığı”dır ve yasal mal rejiminde edinilmiş mal olarak değerlendirilmelidir.⁸⁹

Bu kapsamda, eşlerden birinin arsa sahibi değil de yüklenici olduğu durumda, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde çalışmasının karşılığı olarak elde ettiği bağımsız bölümler, kural olarak edinilmiş mal sayılacaktır.⁹⁰ Çünkü yüklenicinin iş ve emek sarfı, “karşılık” kavramına dahildir. Ancak yüklenicinin kullandığı malzemelerin kişisel mal olması olasıdır. Böyle bir durumda ise yüklenicinin yararına olmak üzere denkleştirme kurumu işletilecektir.⁹¹

Nitekim Yargıtay bir kararında⁹² “Dava konusu bağımsız bölümlerin (katların) davalı ile 3. kişiler arasında akdedilen düzenleme şeklinde Kat Karşılığı İnşaat

⁸² Yargıtay 8. HD. T. 20/5/2013, E. 2012/11057, K. 2013/7419. <https://karararama.yargitay.gov.tr, e.t.:23/11/2021>.

⁸³ Yargıtay 8. HD. T. 3/11/2020, E. 2019/6699, K. 2020/6729. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t.: 23/11/2021>.

⁸⁴ Acabey, s. 71.

⁸⁵ Acar, s. 160.

⁸⁶ Yargıtay 8. HD. T. 26/6/2012, E. 2012/5049, K. 2012/6308. <https://karararama.yargitay.gov.tr, e.t.:25/12/2021>.; Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK. T. 5/10/2016, E. 2016/1061, K. 2016/959. <https://karararama.yargitay.gov.tr, e.t.:25/12/2021>.

⁸⁷ Yargıtay 8. HD. T. 20/3/2019, E. 2019/1185, K. 2019/2930. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr, e.t.: 25/12/2021>.

⁸⁸ Acabey, s. 71.

⁸⁹ Zeytin, s. 154-155.; Akıncı, s. 176-177.

⁹⁰ Şükran Şıpka, **Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, 3. Baskı, İstanbul 2013, aktaran Acar, s. 160, dn. 80.; Akıncı, s. 177.

⁹¹ Acar, s. 160, dn. 80.

⁹² Yargıtay 8. HD. T. 5/11/2015, E. 2015/16727, K. 2015/19749. <https://karararama.yargitay.gov.tr, e.t.:25/12/2021>.

Sözleşmeleri uyarınca yapıldığı, tarafların ise bu sözleşmenin imza edilmesinden kısa bir süre önce 08.09.2007 tarihinde evlendikleri görülmektedir. Davalı, babasının verdiği ve bu nedenle kişisel mal sayılması gereken sermaye ile bağımsız mesleki faaliyet niteliğindeki yüklenici sıfatıyla, kendi bedeni ve fikri çalışması organizasyon becerisi ile kazanç sağlama çabasına girişmiştir. Bu faaliyeti sonunda bir kazanç sağladığı takdirde; bu kazanç, evlilik döneminde elde edilmiş olduğundan; edinilmiş mal niteliğinde olacaktır.” şeklinde hüküm kurmuştur.

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, her iki tarafa da borç yükleyen ivazlı bir sözleşme olduğundan tarafların karşılıklı olarak bu sözleşmeden kaynaklanacak hak ve alacakları mevcuttur. Bu tür sözleşmeler, mahiyeti gereği uygulanması uzun süren ve teslimin geç yapıldığı sözleşmeler olsa da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklı hak ve alacaklar sözleşmenin kurulması anında doğmaktadır. Dolayısıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden elde edilecek hak ve alacakların, mal rejiminin tasfiyesi esnasında değerlendirmesi yapılırken sözleşmenin kurulduğu ve alacak hakkının doğduğu tarih önem arz etmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden elde edilecek malların tasfiyesinde iki unsurun ön plana çıktığı görülmektedir. Birincisi, sözleşmenin arsa sahibi açısından sözleşmenin karşılığını (bedelini, ivazını) oluşturan arsanın hangi mal grubuna ait olduğunun tespittir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle beraber, arsanın belirli bir oranı veya tamamı meskene, mağazaya veya herhangi başka bir bağımsız bölüme dönüşmektedir. Dolayısıyla burada eşin arsa niteliğindeki malvarlığı, yapılan sözleşme hükümleri çerçevesinde başka türden bir malvarlığına dönüşmekte ve arsanın yerine geçmektedir. Edinilmiş mallara katılma rejimine hakim olan ilkelerden ikame ilkesi bu kapsamda uygulama bulmaktadır. Gerçekten, hem TMK m. 219/1 b.5 uyarınca edinilmiş malların yerine geçen değerler, edinilmiş mal olarak kabul edilerek; hem de TMK m. 220/1 b.4 uyarınca kişisel mallar yerine geçen değerler kişisel mal kabul edilerek bu ilke yaşama geçmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yoluyla elde edilecek malların tasfiyesinde de bu prensip öncelikli olarak ele alınacak ve ardından buradaki belirlemeye göre genel hükümler uyarınca tasfiye işlemleri gerçekleştirilecektir.

Eşlerden birinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici tarafta yer alması durumunda ise kendisinin bir çalışması ve emek ortaya koyarak değer oluşturması sebebiyle bu durumda tasfiyede endüstriyel değer artışı gündeme gelecektir. Böyle bir durumda da yüklenici, kendi çabasıyla bir değer ve gelir elde ettiğinden dolayı sözleşme kapsamında elde edeceği bağımsız bölümler edinilmiş mal olarak kabul edilecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yoluyla edinilen malların tasfiyesinde önemli olan bir diğer husus da arsanın kazanımı tarihidir. Yani evlilik birliği ve mal rejimi başlamadan önce yahut yasal mal rejimi sona erdikten sonra eşlerden birinin arsa sahibi olması bu arsanın kişisel mal niteliğinde olmasına sebebiyet verecektir. Bu arsa üzerinde bir inşaat yapılmasına dair sonradan yapılan sözleşme, evlilik birliği içinde yapılmış olsa dahi bu sözleşmeden elde edilecek karşılıklar kişisel mal sayılacaktır.

Esasen isimsiz bir sözleşme türü olmasından dolayı, arsa payı karşılığı inşaat

sözleşmelerinin uygulanmasında birçok uyuşmazlık meydana gelmekte ve yargıya yük oluşturmaktadır. Sözleşmelerin düzenlenmesinde de birçok hatalar yapılmakta ve taraflar karma nitelikteki sözleşmenin sonuçlarına göre yükümlülük altına girmektedir. Öğretide de birçok yazar tarafından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun kabulü sırasında getirilen özel sözleşme tipleri arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin yer almaması eleştirilmiştir. Kanaatimizce de böylesine kendine has özellikler barındıran ve günlük yaşamda da sıkça karşımıza çıkan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin uygulamadaki sorunları da karşılayacak biçimde özel olarak yasal zemine kavuşturulması gerekmektedir. Yasal düzenlemenin tek başına hiçbir sorunun çözümü olamayacağı kuşkusuzdur. Ancak böyle bir düzenleme her türlü soruna çare olmamakla birlikte birçok uyuşmazlığa dayanak oluşturan karışıklıkları ortadan kaldıracak ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin gerçek amacına daha iyi hizmet etmesini sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- ACABEY**, M. Beşir. Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi. Turhan Kitabevi. Ankara 2020.
- ACAR**, Faruk. Aile Hukukumuzda Aile Konutu – Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı. Seçkin Yayıncılık. Ankara 2014.
- AKINCI**, Şahin. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Karşılaşılan Bazı Meseleler ve Çözüm Önerileri. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 165-190. İstanbul 2016.
- DEMİREL HAZAN**, Hilal. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesi [Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi]. İstanbul 2018.
- DUMAN**, İlker Hasan. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Nasıl Düzenlenmelidir?. Seçkin Yayıncılık. Ankara 2020.
- DURAK**, Yasemin. Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(3), 207-246. Malatya 2016.
- DURAL**, Mustafa & **ÖĞÜZ**, Tufan & **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper. Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku. Filiz Kitabevi. İstanbul 2015.
- EFEDAYIOĞLU**, Kübra Kamelya. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesinde Sağ Kalan Eşin Talep Hakkı [Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi]. Ankara 2019.
- EREN**, Fikret. Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Yetkin Yayınları. Ankara 2017.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper. Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II. Vedat Kitapçılık. İstanbul 2012.
- İNAL**, Emrehan & **BAYSAL**, Başak (Ed.). İnşaat Hukuku ve Uygulaması. On İki Levha Yayıncılık. İstanbul 2017.
- KOSTAKOĞLU**, Cengiz. İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri. Beta Yayıncılık. İstanbul 2015.
- ÖCAL**, M. Emin. İnşaat Projelerinde Sözleşme Yönetimi. Birsan Yayınevi. İstanbul 2014.
- ÖZER DENİZ**, Miray. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi. Vedat Kitapçılık. İstanbul 2016.
- ŞIPKA**, Şükran. Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar. İstanbul 2013.
- aktaran ACAR**, Faruk. Aile Hukukumuzda Aile Konutu – Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı. Seçkin Yayıncılık. Ankara 2014.

YAVUZ, Cevdet&**ACAR**, Faruk&**ÖZEN**, Burak. Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler). Beta Yayıncılık. İstanbul 2016.

YAVUZ, Nihat. Eski ve Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Eser ve Hizmet Sözleşmeleri. Adalet Yayınevi. Ankara 2011.

YILDIZ, Mustafa Batuhan. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesi [Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi]. İstanbul 2018.

ZEYTİN, Zafer. Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi. Seçkin Yayıncılık. Ankara 2020.

<https://karararama.yargitay.gov.tr>

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/16312.pdf>

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20026.pdf>

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

KAMULAŞTIRMADA SATIN ALMA USULÜ

Av.Nazmiye KARADANA

Bu çalışmamızda, Kamulaştırma Kanunu'nun 8.maddesinde düzenlenen satın alma usulü incelenecektir. Satın alma usulünde 4650 sayılı kanun ile kapsamlı bir değişiklik yapılmış ve kanun sistematigi değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile satın alma usulü, kamulaştırma sürecinde başvurulması zorunlu bir kurum olarak düzenlenmiştir. Bu husus bireylerin mülkiyet hakkı ve hukuk devleti ilkesi bakımından oldukça önem arz etmektedir.

Satın alma usulü ile kamulaştırma konusuna taşınmazın malikinin rızası kısmen de olsa sürece dâhil edilmiş ve malike idare ile pazarlık yapma hakkı tanınmıştır. Bu durum ise yargı mercilerindeki iş yükünü azaltmış ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine AİHM'e yapılan başvurular neticesinde ödenen tazminat yükünden kurtarmıştır.

Çalışmamızda satın alma usulünün değişiklik öncesi hali ve değişikliğin gerekliliğine değinilmiştir. Devamında satın alma prosedürünün işletilme süreci açıklanmış ve sürecin sonunda ortaya çıkabilecek ihtimaller yargı kararları ile anlatılmaya çalışılmıştır. Son olarak ise kurumun hukuki niteliği üzerinde durulmuş ve çalışma genel değerlendirme ile sonlandırılmıştır.

nahtar Kelimeler:Kamulaştırma, Satın Alma Usulü, Kıymet Taksir Komisyonu, Uzlaşma Komisyonu, Pazarlık.

ABSTRACT

In this study, the procurement procedure regulated in Article 8 of the Expropriation Law will be examined. A comprehensive change was made in the procurement procedure with the law numbered 4650 and the law systematic was changed. With this amendment, the procurement procedure was regulated as a compulsory institution in the expropriation process. This issue is very important in terms of the property right of individuals and the principle of the rule of law.

The consent of the owner of the immovable subject to expropriation with the purchase method has been included in the process, albeit partially, and the owner has been given the right to bargain with the administration. This situation, on the other hand, reduced the workload of the judicial authorities and relieved them from the burden of compensation paid as a result of the applications made to the ECtHR against the Republic of Turkey.

In our study, the state of the purchasing procedure before the change and the necessity of the change are mentioned. Afterwards, the operation process of the purchasing procedure is explained and the possibilities that may arise at the end of the process are tried to be explained with judicial decisions. Finally, the legal nature of the institution was emphasized and the study was concluded with a general evaluation.

Keywords: Expropriation, Procurement Procedure, Valuation Commission, Conciliation Commission, Negotiation.

GİRİŞ

Satın alma usulü, 4650 sayılı kanun ile Kamulaştırma Kanunu'na getirilmiş olan bir kurumdur. Bu usulün denemesi, bireylerin mülkiyet hakkına, zorla satın alma niteliğinde olması sebebiyle, yapılan ağır bir müdahalenin kamulaştırma öncesi taşınmaz maliki ile anlaşma yapma yoluna gidilerek, kamulaştırma konusu taşınmazın malikinden satın alınarak elde edilmesi anlamına gelmektedir.

Satın alma usulü kurumunun getirilmiş olması, kişi haklarına saygılı devlet olabilme bakımından isabetli görülmektedir. Bu kurumun getirilmesiyle birlikte devletle birey arasındaki ihtilaflar en aza indirgenecek, kamulaştırma sürecinin haddinden fazla uzamasının önüne geçilerek Asliye Hukuk Mahkemelerine başvurmada, hızlı bir şekilde sonuç alınabilecektir.

Çalışmamızın üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, satın alma usulünün değişiklik öncesi ve sonrası durumuna yer verilmiş, değişiklik yapılmasının nedenleri açıklanmaya çalışılmıştır. Bunun yanında satın alma sürecinde rol oynayan kıymet takdir komisyonu ve uzlaştırma komisyonunun oluşturulması ve özelliklerine yer verilmiştir. Devamında ise kamulaştırma konusu taşınmazın maliki ile yürütülmeye çalışılan uzlaşma süreci çeşitli ihtimaller üzerinde değerlendirilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, satın alma sürecinin denemesi akabinde taşınmaz maliki ile uzlaşma yoluna gidilmesi yahut gidilememesi durumları anlatılmaya çalışılmış ve bu konuda adli ve idari yargı mercilerinin yaklaşımlarına yer verilerek konu açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise satın alma usulünde yapılan değişiklik sonrasında kurumun hukuki niteliğinin ne olduğu hususunda tartışılmıştır. Bu tartışma yapılırken değişiklik öncesi ve sonrası öğretilerde görüşlere de yer verilmiştir.

Sonuç kısmında ise çalışmamız genel hatlarıyla konu özetlenmiş ve kuruma ilişkin nihai görüşlerimiz ortaya konulmaya çalışılmıştır.

I. SATIN ALMA USULÜNÜN DENENMESİ

A. GENEL OLARAK

4650 sayılı Kanun ile 2001 yılında, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Yapılan bu değişikliklerden en önemlisi Kamulaştırma Kanunu'nun 8.maddesine getirilen ve idarelere kamulaştırma işlemlerinde öncelikli olarak malik ile anlaşma yoluna giderek satın alma usulünü deneme zorunluluğunun getirilmesidir. Yapılan bu değişiklik ile kamulaştırma işleminin sistematığı değiştirilmiş ve bunun dışındaki maddelerde değişiklik yoluna gidilerek, satın alma usulü ile uyumlu bir hale getirilmiştir.

4650 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik öncesinde kamulaştırma bedeli, idarenin kendi içinde işlemlerini tamamlamasında sonra kıymet takdir komisyonlarınca tespit edilmekteydi. Kıymet takdir komisyonu, kanundaki usullere uygun olarak taşınmazın bedelini tespit etmekte ve bu bir raporla idareye sunmaktaydı. İdare söz konusu kamulaştırma işlemi taşınmaz malikine noter aracılığı ile tebliğ edilmekteydi. Taşınmaz maliki ise tebliğden itibaren otuz gün içerisinde adli yargı mercilerinde bedel artırım davası

açma hakkına sahipti.

Yapılan değişiklik öncesinde her ne kadar 8.maddede, idarelerin kamulaştırmanın her aşamasında taşınmazı satın alma yoluna gidebileceğini düzenlemiş olsa da, bu konuda zorlayıcı bir düzenleme söz konusu değildi. Satın alma usulüne başvurunun zorunlu olmaması ve kıymet takdir komisyonunca tespit edilmiş olan değerlerin oldukça düşük olması ve kamulaştırma konusu taşınmazın gerçek değerini yansıtmaması sebebiyle taşınmazın bedeli konusunda birçok uyuşmazlık çıkmış ve hemen hemen tüm kamulaştırma işlemlerine karşı bedel artırım davası açılmıştır¹.

İdare aleyhine açılmış olan bedel artırım davalarında, mahkemelerce tespit edilen taşınmaz bedellerinin yükselmesi ve yükselen bu bedellerin devlet tarafından kişilere geç ödenmesi neticesinde AİHM'e birçok başvuru yapılmıştır. Yapılan bu başvurular neticesinde Türkiye, ağır tazminatlar ödemek zorunda kalmıştır. Bunun yanında, kıymet takdir komisyonlarının idarelerin kamulaştırma işlemi için ayrılmış olan bütçelere göre taşınmaz bedelini tespit etmeleri neticesinde de taşınmaz maliklerince iptal davaları açılmıştır. Bu iptal davaları neticesinde idarece yapılmış olan işlemler iptal edilmiş ve kamu hizmetinin kesintisizliği ilkesi sağlanamamıştır. Bu durumlar Devletin itibarı bakımından uluslararası alanda olumsuz bir etki doğurmuş, aynı zamanda ekonomik anlamda da zarara uğranılmıştır. Bu sebeple Kamulaştırma Kanunu'nda değişik yapılması kaçınılmaz hale gelmiştir. 4650 sayılı Kanun ile yapılmış olan değişiklik ile Kamulaştırma Kanunu'nun "satın alma usulü" kenar başlıklı 8.maddesine kapsamlı bir yenilik getirilmiştir.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun "satın alma usulü" kenar başlıklı 8.maddesi uyarınca idareler, tapuda kayıtlı bulunan taşınmazlarla ilgili olarak yapılacak olan kamulaştırmada satın alma usulü öncelikli olarak uygulanacaktır².

4650 sayılı Kanun'un gerekçesinde satın alma usulü ile daha hızlı, sorunsuz ve dava konusu olmayacak şekilde kamulaştırma yapılmasının amaçlandığı belirtilmiştir.³

Hızlı ve sorunsuz bir kamulaştırmanın söz konusu olmasının yanı sıra, satın alma usulünün en önemli sonuçlarından bir tanesi de bireyin rızasının kamulaştırma sürecinde belirli bir noktaya kadar dahil olmasıdır⁴. Bilindiği üzere kamulaştırma işlemi ile ilgili

tartışmaların odağı olan husus önceden malikin rızasının aranmamasıydı. Malikin rızasının dışında taşınmazına el konulması hususunu meşrulaştırmak için "kamu yararı" kavramı ileri sürülmüştür. Getirilen yeni düzenlemeyle birlikte, taşınmaz malikin rızasının varlığı tüm süreçte aranmasa bile, en azından kamulaştırmayı yapacak olan idareyi bu konuda bir girişimde bulunmaya zorlamaktadır. Bu durumda ise idare öncelikle kamulaştırma konusu olan taşınmazın maliki ile pazarlık süreci yürütecek ve bu süreç sonunda taşınmazı malikin rızası ile satın alması söz konusu olmaz ise bu kez Asliye Hukuk Mahkemesi'ne başvurarak sürece devam edecektir.

Yapılan değişiklik öncesinde de Kamulaştırma Kanunu'nun 8.maddesinde satın alma usulü düzenleniyordu. Bu düzenlemeye göre idare, kamulaştırma sürecinin her aşamasında taşınmaz maliki ile anlaşma yoluna giderek, kamulaştırma konusu taşınmazı satın alabiliyordu⁵. Ancak bu hususta idarenin bu yola başvurması için zorlayıcı bir düzenleme söz konusu değildi. 4650 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, satın alma usulü yapılacak olan her kamulaştırmadan öncesi başvurulması gereken zorunu bir usul olarak düzenlenmiştir. Bu durum madde metninde yer alan "öncelikle uygulamaları esastır" ifadesinden anlaşılmaktadır. Düzenlemenin lafzi yorumunun yanı sıra satın alma usulüne başvurulmasının zorunlu olduğuna ilişkin adli ve idari yargı kararları da mevcuttur. Danıştay vermiş olduğu kararlarda satın alma usulüne başvurulmadan yapılmış olan kamulaştırmayı hukuka aykırı olarak nitelendirirken⁶, Yargıtay da satın alma usulüne başvurulması hususunun bedel tespiti ve tescil davası için bir dava şartı olduğunu kabul etmektedir⁷.

Satın alma usulü yalnızca tapuda kaydı bulunan taşınmazlar için öngörülen bir usuldür. Tapuda kaydı bulunmayan taşınmazlar için bu usule başvurulması bakımından bir zorunluluk bulunmamaktadır. Zira tapuda kaydı bulunmayan bir taşınmazın malikin tespiti zor olacağından, bu usulün uygulanması da mümkün olmayacaktır.

Tapu kaydı olmayan taşınmazlar bakımından bedel tespiti ve tescil davası zilyetlik iddiasında bulunan kişiye karşı açılması gerekmektedir. Böyle bir durumda zilyet ile satın alma görüşmeleri yapılmayacaktır. Zira satın alma görüşmeleri sonunda taşınmazın gerçek malikin ortaya çıkması başka ihtilaflara yol açabilir. Satın alma konusunda taşınmazın zilyedi ile idarenin anlaşmaya varması ve söz konusu taşınmazın idareye geçmesi halinde artık dava açılmaz. Bu sebeple zilyet ile satın alma görüşmeleri hiç yapılmadan direkt

¹ Emine Gülnihal Şener, "Kamulaştırmada Satın Alma Usulü", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2009, s.63.

² İmge Kuru, "Mülkiyet Hakkı Kapsamında Kamulaştırma Bedelinin Tespiti ve Tescil Davaları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin, 2019, s.62.

³ 4650 sayılı Kanunun gerekçesinde satın alma usulünün denemesi ile ilgili şuaçıklamalar yer almaktadır: "...daha hızlı, sorunsuz ve dava konusu olmayacak bir kamulaştırma yapmalarının sağlanması amacıyla, gerekli görülen hallerde, kamulaştırma yolu ile edinebilecekleri taşınmaz mal, kaynak veya irtifak haklarının bedellerini, daha seri bir şekilde ve kısa zamanda kendi bünyesi içinden kurup görevlendireceği kıymet takdir komisyonu marifetiyle tespit ettirerek, yine kendi bünyesi içinden kurup görevlendireceği uzlaşma komisyonu vasıtasıyla mal sahibi ile pazarlıkla ve anlaşma yoluyla satın alma veya idareye ait bir başka taşınmaz malla trampa ederek sorunsuz bir şekilde devralmaları ve bu surette normal kamulaştırmada yapılması gereken diğer usulî işlemlerin yapılmayarak zaman kazanılması;..."(Çevrimiçi), <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss653m.htm>, 2 Haziran 2022.

⁴ Ayşegül Çoban Atik, Kamulaştırmada Yargısal Denetim, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.178.

⁵ "8. maddenin değişikliöncesindeki hali şu şekildedir: "Kamulaştırmayı yapacak idare, kamulaştırma kararının alınmasından sonra kamulaştırmalışleminin her safhasında kendi ihale komisyonu, yoksa bu amaçla kurulacağı komisyon marifetiyle tespit ettireceği bedel üzerinden mal sahibi ile anlaşarak taşınmaz mal, kaynağı veya bunlar üzerindeki irtifak haklarını satın alabilir. Bu suretle satın alınan taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkı, sahibinden kamulaştırma yolu ile alınmış sayılır. Ancak, kamulaştırmaya veya bedeline itiraz davaları açılmaz." Ali Arcak, **Yeni Kamulaştırma Yasası**, C. II, Ankara 1984, s. 253.

D6D, E. 2008/353, K. 2008/2371, KT. 16.4.2008, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/e-2008-353-k-2008-2371-t-16-4-2008>, 8 Mayıs 2022.

⁷ Y18HD, E. 2002/3179, K. 2002/4750, KT. 25.4.2002, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/18-hukuk-dairesi-e-2002-3179-k-2002-4750-t-25-04-2002>, 8 Mayıs 2022.

asliye hukuk mahkemesinde taşınmaz bedelinin tespiti ve tescili talebinde bulunulması gerekmektedir. Bu durumda satın alma usulüne başvurulmaması gerekçesiyle ön şart yokluğundan açılan dava reddedilmemelidir⁸.

B. KOMİSYONLARIN OLUŞTURULMASI

Kamulaştırma Kanunu'nun "satın alma usulü" başlıklı 8.maddesinin 2.fıkrası uyarınca kamulaştırma işlemini yapacak olan idare, satın alma usulünün uygulanabilmesi amacıyla iki komisyon oluşturur. Bu komisyonlar; kıymet takdir komisyonu ve uzlaşma komisyonudur.

Kıymet takdir komisyonu, kamulaştırma konusu taşınmazın tahmini bedelinin belirlenmesi amacıyla kurulan komisyondur. İdare belirlemiş olduğu taşınmazın kamulaştırılmasına için karar aldıktan sonra, bu taşınmazsın tahmini bedelinin tespit edilmesi yoluna gider. Bu amaçla kendi bünyesinde en az üç kişiden oluşacak bir veya daha fazla kıymet takdir komisyonu görevlendirir.

Uzlaşma komisyonu, satın alma ve trampa işlemlerinin yürütülmesi ve sürecin sonuçlandırılması amacıyla kurulan komisyondur. İdare, kendi bünyesi içinden, en az üç kişiden oluşacak şekilde bir veya daha fazla uzlaşma komisyonu oluşturabilir. Uzlaşma komisyonu, kamulaştırma konusu taşınmazın maliki ile yapacağı pazarlık görüşmelerini, kıymet takdir komisyonunun belirlemiş olduğu tahmini bedel üzerinden yapacaktır.

Kıymet takdir komisyonu ve uzlaşma komisyonunda yer alacak görevlilerde hangi niteliklerin olması gerektiğine ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır⁹. Bu komisyonlar kanunda belirtilmiş olan usule uygun olarak oluşturulması gerekmektedir¹⁰. Zira bu usullere uygun olmayan komisyonların oluşturulması durumunda kamulaştırma işleminin iptal edilmesinin gündeme gelecek derecede ağır sakatlıktan bahsedilecektir¹¹.

Komisyonların oluşturulması ile ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda görevli yargı yeri idari yargıdır¹². Zira komisyonların oluşturulması işlemi idari nitelikte bir işlemidir.

Satın alma usulüne ilişkin yapılan değişiklik öncesinde kamulaştırma, kıymet takdir komisyonu tarafından belirlenen taşınmaz bedeli üzerinden yapıldığından bu komisyonun

oluşturulması işlemi oldukça önem arz etmekteydi. Yapılan değişiklik sonrasında ise komisyonlar sadece satın alma usulünün uygulanması sürecinde etkili olmaktadır. Kamulaştırma konusu taşınmazın maliki komisyonlar tarafından belirlenen ve teklif edilen bedeli kabul etmek zorunda değildir. Teklif edilen bedelin taşınmaz maliki tarafından kabul edilmemesi ve taşınmazın elde edilememesi üzerine asliye hukuk mahkemesi bir bedel belirleyecek ve bu belirleme sürecinde kıymet takdir komisyonunun daha önceden belirlemiş olduğu bedel ile bağlı olmayacaktır¹³. Dolayısıyla taşınmazın gerçek bedeli asliye hukuk mahkemesince tespit edileceğinden, kıymet takdir komisyonunun belirlemiş olduğu bedel eskisi kadar önem arz etmeyecek ve aynı zamanda dava konusu yapılamayacaktır.

C.MALİKİN UZLAŞMAYA DAVET EDİLMESİ

İdare, satın alma usulünü denemek amacıyla kıymet takdir komisyonunun belirlediği tahmini bedeli taşınmaz malikine bildirimde bulunacaktır. Bu bildirim ile taşınmaz malikinin uzlaşmaya davet edilmesi amaçlanmaktadır. Bu uzlaşma sürecinde idare, maliki taşınmazı satması hususunda ikna etmeye çalışacaktır. Yapılacak olan bildirim, yazılı bir biçimde taşınmaz malikine tebliğ edilmesi gerekmektedir. Kanunda bu bildirimin şekli ile ilgili olarak "resmî taahhütlü bir yazı" nitelendirilmesi yapılmıştır.

Malike yapılacak olan tebliğin, 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine uygun olarak, taşınmaz malikinin adresine yapılması gerekmektedir. İdare malikin veya maliklerin adreslerini tespit etmekle yükümlüdür. Bu konuda taşınmaz malikinin veya vekilin adres bildirme gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁴. Kamulaştırma Kanunu'nun "kamulaştırmada önce yapılacak işlemler ve idari şerh" başlıklı 7.maddesine göre idare, kamulaştırılmak istenen taşınmazı, taşınmazın maliklerine ve maliklerin adreslerini araştırma ve tespit etme yükümlülüğü altındadır. Yapılacak olan bu tespitler, satın alma usulünün denenmesi aşamasında idarenin işini kolaylaştıracaktır. İdarenin taşınmaz maliklerinin adreslerini tespit ettikten sonra fakat maliklere tebligatın çıkarılmasından önce adres değişikliği olması durumunda idare, yeni adresleri de tespit etmekle yükümlüdür. İdarenin maliklerin yeni adreslerini tespit edememesi halinde ise ilânen tebligat yapması gerekmektedir¹⁵. Ancak idarenin yeterli bir adres araştırması yapmadan ilânen tebligat yapma yoluna gitmesi mümkün değildir¹⁶.

Taşınmazın bir fazla malikinin olması durumunda, bunlarda yalnızca bir tanesinin uzlaşmaya davet edilmesi ve yalnızca davetiye gönderilen kişi ile pazarlıkla satın alma görüşmelerinin yapılması yeterli değildir. Taşınmazın tüm maliklerinin adreslerin tespit edilmesi ve her biri ile uzlaşma görüşmelerinin yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde, bedel tespiti ve tescil davasının ön şartı yerine getirilmemiş olacaktır. Bu durumda ise mahkeme, uzlaşma görüşmelerine davet edilen malik bakımından davayı kabul etse de

⁸ Ayşegül Çoban Atik, **a.g.e.**, s.180.

⁹ Veli Böke, Kamulaştırma Kanunu ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları, 2.bası, Ankara,2004, s.147.

¹⁰ Ömer Can Ergüven, "Kamulaştırma Kanununa Göre Kamulaştırmada Satın Alma Usulü", Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013, s.78.

¹¹ D6D, E. 1995/7192 K. 1996/945 T. 4.3.1996 "Dava, ... Mevkii. 301. pafta, 1253 ada, 11 sayılı parsel ile 11 ve 12 sayılı parseller arasındaki imar yolu üzerinde bulunan bekçi kulübesi ve diğer müstemilatların kamulaştırılmasına ilişkin 11.2.1992 günlü. 238 sayılı belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılmış; İdare mahkemesince, belediye meclisi üyesi olan kişinin, dava konusu taşınmazın kamulaştırılmasına karar veren belediye encümeninde ve aynı zamanda kıymet takdir komisyonunda üye olarak yer almasının 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunun 10. maddesine aykırı olduğu, bu nedenle usulüne uygun olarak oluşturulmamış komisyonca hesaplanan kıymete göre kamulaştırma yapılmasında usul ve yasaya uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptali yolundaki temyize konu Sakarya İdare Mahkemesinin 25.4.1995 günlü, E:1992/289 K:1995/481 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından bozma istemi yerinde görülmemekle anılan mahkeme kararının ONANMASINA, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 04.03.1996 gününde oybirliğiyle karar verildi." (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/6-daيره-1995-7192-k-1996-945-t-4-3-1996>, 9 Haziran 2022.

¹² D6D, E. 1994/3179, K. 1994/4965, KT. 19.12.1994.

¹³ Ayşegül Çoban Atik, **a.g.e.**, s.185.

¹⁴ D6D, E. 2008/353, K. 2008/2371, KT. 16.4.2008, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/e-2008-353-k-2008-2371-t-16-4-2008>, 8 Mayıs 2022.

¹⁵ Ayşegül Çoban Atik, **a.g.e.**, s.186.

¹⁶ Ejder Yılmaz, Tacar, Çağlar, **Tebligat Hukuku**, 6.bası, Ankara, 2013, s.699 vd.

Y5HD, E. 2003/6611, K. 2003/8140, KT. 12.6.2003, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/5-hukuk-daيره-e-2003-5098-k-2003-8386-t-17-6-2003>, 8 Mayıs 2022.

diğer malikler açısından bedel tespiti ve tescili istemini reddetmelidir¹⁷. Ancak bu ihtimalde farklı malikler açısından farklı davalar görülecektir. Bu durumda farklı zamanlarda bedel tespiti yapılması mümkün olmayacağı gibi, usul ekonomi bakımından da aykırılıklar söz konusu olacaktır. Her ne kadar söz konusu taşınmazın malik sayısı fazla olsa da bedel tespiti yapılacak olan taşınmaz tektir. Dolayısıyla böyle bir durumda, kanaatimce, davanın tamamen reddedilmesi ve taşınmazın tüm malikleri ile satın alma görüşmelerinin yapılması ve kamulaştırma sürecine devam edilmesi gerekmektedir. Ancak Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, satın alma sürecine dâhil edilmemiş maliklere de dava dilekçesi gönderilerek esasa geçilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁸.

Taşınmazın malikine tebligat yapıldıktan sonra malik idareye herhangi bir başvuru yapmamış ve ölmüşse, mirasçılara tebligat yapıp yapılmayacağı konusunda kanun bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay, bu durumda mirasçılara tekrar tebligat yapılmasının gerekmediğini, mirasçılarla satın alma usulü denenmeden bedel tespiti ve tescil davasının açılabilceğini belirtmiştir¹⁹.

Bu aşamada yapılması gereken tebligatın kanunda belirtilen usullere uygun olmaması, kamulaştırma işleminin sakatlanmasına neden olmakla birlikte, bedel tespiti ve tescili davasının ön şartı olan satın alma usulünün de hukukiliğini etkileyecektir. Bu sebeple idari yargıda açılmış olan iptal davasında, kamulaştırma işleminin şekil açısından hukuka aykırı olması sonucu doğurarak iptal nedeni, asliye hukuk mahkemesine bedel tespiti ve tescili için başvurulması halinde ret sebebi olabilmektedir.

Ancak usulüne uygun tebligatın yapılmaması, satın alma usulünün uygulanamaması ve taşınmaz malikinin bedel tespit ve tescil davasını reddetmesi durumunun varlığı halinde Yargıtay, tebligat usulüne uygun olarak yapılsa dahi taşınmaz malikinin uzlaşma niyetinin olmadığı anlaşıldığından davanın ilk derece mahkemesince reddedilmemesi gerektiğini belirtmektedir²⁰. Zira taşınmaz malikinin bedel tespiti ve tescil davasında davanın reddini talep etmesi, taşınmazın kamulaştırılmasını istemediği, buna rızasının olmadığı anlamına gelmektedir. Malik taşınmazın kamulaştırılmasına razı değilse, satın alma usulünün denenmesi halinde de malik bu iradesini ortaya koyacak ve idarenin teklifini reddedecektir. İdare mahkemesi yargılama sürecinde işlemin şekil unsurunun denetiminde asli şekil ve tali şekil kuralı ayrımı yapmaktadır. Eğer bir şekil kuralına uyulmaması söz konusu ise ve söz konusu olan bu işlemin yapılması sonucu değiştirmeyecekse, bu durumda tali şekil kuralından söz edilir ve işlem iptal edilmez. Buradaki durum da buna benzemektedir. Kanaatimce, sürecin yavaşlatılmasına ve gecikmesine neden olan itirazın reddedilmesi ve bedel tespiti ve tescili davasına devam edilmesi konusunda Yargıtay'ın görüşü yerindedir.

Asliye hukuk mahkemesinde açılmış olan bedel tespit ve tescil davasının ön şartı, satın alma usulünün denenmesidir. Bununla birlikte, kamulaştırma konusu taşınmazın

maliklerine bildirim yapılmadan asliye hukuk mahkemesinde bedel tespit ve tescil davası açılmış, mahkemece bedel tespit edilmiş ve belirlenen bedel bankaya bloke edilmesinden sonra satın alma usulünün denenmediği fark edilmişse mahkemenin nasıl bir yol izlemelidir? Satın alma usulü başvurulması zorunlu olup, idarenin takdirinde değildir. Bu husus göz önüne alındığında davanın reddedilmesi gerektiği çıkarılabilir. Ancak Yargıtay, 4650 sayılı kanunun gerekçesi ve ilgili hükümlerin anlamsal yorumuyla, kamulaştırma işleminin hızlı bir şekilde sonuçlandırılması ve usul ekonomisini de gerekçe göstererek, satın alma usulüne başvurulmaması ve gelen aşama da göz önüne alındığında davanın reddedilmemesi gerektiğini belirtmektedir²¹.

Kıymet takdir komisyonu tarafından taşınmazın tahmini bedeli tespit edildikten sonra, ne kadar süre içinde taşınmaz malikinin pazarlığa çağırılacağı hususunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak tahmini bedelin tespiti ile malikin pazarlığa çağırılması işlemleri arasındaki sürenin makul ve hakkaniyete uygun olması gerekmektedir. 4650 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesinde Danıştay vermiş olduğu bir kararda, kıymet takdir komisyonu tarafından bedel tespit edildikten üç yıl sonra kamulaştırma işleminin yapılamayacağını belirtmiştir²².

Kamulaştırma konusu taşınmazın malikinin uzlaşmaya davet edilmesi amacıyla yapılmış olan bildirim, idari nitelikte bir işlem olmasına rağmen tek başına bir davaya konu edilemez. Zira bu işlem taşınmaz malikinin veya taşınmazın hukukî statüsünde bir değişiklik meydana getirmemektedir. Bu sebeple kesin ve yürütülebilir bir işlem olarak nitelendirilemez.

Öğretide bu bildirimin, taşınmaz malikini kamulaştırma işlemi hakkında bilgilendiren ilk işlem olması sebebiyle, davetin malike tebliğ edildiği tarihten itibaren kamulaştırma işlemine karşı dava yoluna gidilebileceği kabul edilmektedir²³. Danıştay ise vermiş olduğu kararlarda, kamulaştırma işleminin iptali davasının, taşınmaz bedelinin tespiti ve tescili talebiyle asliye hukuk mahkemesine yapılmış olan başvurudan sonra ve asliye hukuk mahkemesince taşınmaz malikine bildirimin yapıldığı tarihten itibaren açılabilceğini belirtmiştir²⁴.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun "dava hakkı" kenar başlıklı 14.maddesinde kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda açılacak olan iptal davası, asliye hukuk mahkemesinde açılmış olan taşınmaz bedelinin tespiti ve tescili davasında, istemin taşınmaz malikine bildirildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde açılabilceğini belirtmektedir. Dolayısıyla, kamulaştırma işlemini yapacak olan idarenin maliki uzlaşmaya davet etmesi, kamulaştırma işlemine karşı açılacak olan iptal davasının süresini başlatmayacaktır. Bu şekilde açılmış olan dava, süresinden önce açılmış bir dava olarak nitelendirilecek ve idarî yargı merciince davanın reddine karar verilecektir²⁵.

¹⁷YHGK, E. 2007/5-639, K.2007/601, KT. 19.9.2007, (Çevrimiçi),<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2007-5-639-k-2007-601-t-19-09-2007> , 2 Mayıs 2022.

¹⁸ Ayşegül Çoban Atik, **a.g.e.**, s.187.

¹⁹ Y18HD, E. 2002/11399, K. 2002/12486, KT. 23.12.2002, (Çevrimiçi),<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/18-hukuk-dairesi-e-2002-11399-k-2002-12486-t-23-12-2002> , 5 Mayıs 2022.

²⁰ Y18HD, E. 2010/4167, K. 2010/6703, KT. 3.5.2010, (Çevrimiçi),<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/18-hukuk-dairesi-e-2010-4167-k-2010-6703-t-03-05-2010> 2 Mayıs 2022.

²¹ YHGK, E. 2007/5-85, K. 2007/92, KT. 28.2.2007, (Çevrimiçi), <https://www.fullegal.com/karar-arama/yargitay-kararlari/yargitay-hukuk-genel-kurulu-20075-85-esas-200-10624121> , 8 Haziran 2022.

²² Ayşegül Çoban Atik, **a.g.e.**, s.191.

²³ Ramazan Çağlayan, "Kamulaştırma İşleminin İptali ve Mülkiyetin Akıbeti", **İÜHF, PROF.DR. İL HAN ÖZAY'a ARMAĞAN**, C. 69, S. 1 - 2, 2011, s. 457.

²⁴ D6D, E. 2004/7161, K. 2005/4737, KT. 14.10.2005.

²⁵ Ayşegül Çoban Atik, **a.g.e.**, s.193.

II. SATIN ALMA USULÜNÜN HUKUKİ SONUÇLARI

A. SATIN ALMA USULÜNÜN DENENMESİ SONUCUNDA ANLAŞMA SAĞLANMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

İdare ve malik kamulaştırma konusunda uzlaşmış ve buna ilişkin tutanak düzenlenmiş ise tutanağın düzenlemesinden itibaren kırk beş gün içerisinde idare, anlaşılan kamulaştırma bedelini ödemeye hazır hale gelmeli bu hususu malike yazılı olarak bildirmelidir²⁶. İdare bu şekilde kamulaştırma bedelinin ödeneceği sözünü vererek, taşınmaz malikinden tapuda ferağ vermesini talep eder. Malik söz konusu ferağı verir ise anlaşılan kamulaştırma bedeli kendisine ödenir²⁷.

İdare ve taşınmaz maliki pazarlık sürecinde anlaşmaya varsa ve hatta bu durum tutanağa geçirilse dahi malik, tapuda ferağ vermekten kaçınabilir. Yahut idare anlaşılan kamulaştırma bedelini taşınmaz malikine ödemekten ve kamulaştırmadan vazgeçebilir. Bu durumların söz konusu olması halinde taraflardan herhangi birinin anlaşmanın yerine getirilmesini talep etme ve bunun için yaptırımlar uygulama hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla yapılan bu anlaşma, klâsik bir satış sözleşmesi gibi sonuçlar doğurmamaktadır. Taraflar arasındaki anlaşmanın veya imzalanan tutanağın, herhangi bir bağlayıcı niteliği bulunmamaktadır. Bu tutanak sadece kamulaştırma yapmak isteyen idarenin, kanuna uygun olarak satın alma usulüne başvurduğuna bir kanıt olmaktan ileriye gitmeyecektir²⁸.

Taşınmaz bedelinin idare tarafından malike ödenmesi, malikin tapuda ferağ vermesi şartı bir yana, her türlü koşuldan, kısıtlamadan arî olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, malike yapılacak olan ödemeye herhangi bir kısıtlama yahut şart getirilemez.

Bu şekilde satın alınan taşınmaz kamulaştırma yolu ile elde alınmış sayılır. Ancak bu kamulaştırmaya veya kamulaştırma bedeline karşı dava açılmayacaktır. Yargıtay vermiş olduğu kararlarında, satın alma usulünün denenmesi ile taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesi ve taşınmaz bedelinin malike ödenmesinin ardından, idare tarafından taşınmaz bedelinin yanlış belirlendiği iddiası ile açılmış olan davanın reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir²⁹.

B. SATIN ALMA USULÜNÜN DENENMESİ SONUCUNDA ANLAŞMA SAĞLANAMAMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

Malikin idarenin yapmış olduğu davete olumlu cevap vermemesi veya hiç cevap vermemesi, pazarlık sürecinde uzlaşmanın sağlanamaması ya da uzlaşma sağlanmasına karşın malikin tapuda ferağ vermemesi durumunda, idare Kamulaştırma Kanunu'nun "Kamulaştırma bedelinin mahkemece tespiti ve taşınmaz malın idare adına tescili" başlıklı 10.maddesine göre, asliye hukuk mahkemesinde kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescili için dava açar.

Kamulaştırma bedeli konusunda anlaşılması ancak taşınmaz malikin tapuda

feraç vermemesi durumunda asliye hukuk mahkemesinin sadece tescil kararı vermesi gerektiği, kamulaştırma sürecinin hızlı bir şekilde sonuçlandırılması için yeterli görülebilir. Ancak Yargıtay'ın yerleşik içtihatları uyarınca, kamulaştırma bedeli üzerinde anlaşılmış olsa dahi, ilk derece mahkemesi sadece tescile ilişkin karar vermekle yetinemez. Mahkeme yeniden taşınmaz bedelinin tespit edilmesine karar vermelidir. Çünkü idarece kamulaştırma bedelinin tespit edilmesi, mahkemeyi ve tarafları bağlayacak nitelikte değildir.

Satın alma usulünün denenmesi neticesinde ortaya çıkabilecek taşınmaz bedeline ilişkin uyuşmazlıklar adli yargı mercilerince çözüme kavuşturulacaktır. Zira tarafların eşit iradelerinin varlığı sonucunda ortaya çıkmış bir hukuki ilişki söz konusudur. İdarenin malike nazaran üstün iradesi ile meydana getirilmiş bir işlem veya eylem bulunmamaktadır. Ancak, kamulaştırma bedelinin ödenmesine ilişkin idarenin kusuru veya bu kusura bağlanabilen bir zararın varlığı halinde, zararın giderilmesine yönelik tazminat davası idari yargı mercilerince görülmelidir³⁰.

III. SATIN ALMA USULÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Satın alma usulünün hukuki niteliği tespit edilirken ağırlıklı olarak bunun bir satış sözleşmesi olup olmadığı hususu konusunda tartışılmıştır. Satın alma usulü, yapılan değişiklikler önce de var olan bir kurumdu. Hükmün eski hali döneminde yazılmış olan eserlerde genellikle, bu kurumun uygulanması suretiyle yapılmış olan kamulaştırma işleminin satış sözleşmesi niteliğinde olmadığı belirtilmiştir³¹.

Kamulaştırma işlemi, bir satış sözleşmesinin niteliklerini taşımamakta olup, tipik bir idarî işlemdir³². Yapılan kanun değişikliği öncesinde satın alma usulü, satış sözleşmesinin unsurlarından yoksun olduğundan ve taşınmaz malikin pazarlık yapma hakkı bulunmadığından bir satış sözleşmesi niteliği taşımamaktaydı. Bunun yanında kanunun satın alma usulünü düzenleyen hükmünde idarece elde edilen taşınmaz malın kamulaştırma yolu ile alınmış sayılacağı belirtilmiş ve daha sonra da bu şekilde alınmış olan taşınmazın bedeline yahut kamulaştırma işlemine karşı dava açılmayacağı hususu eklenmiştir. Bu hüküm maddede yapılan değişiklik sonrasında da korunmuştur.

Yapılan değişiklik sonrasında ise, satın alma usulünün uygulanması zorunlu hale getirilmiştir. Dolayısıyla kamulaştırma yapmak isteyen idare, bu usulü uygulamadan kamulaştırmanın bir sonraki aşamasına geçemeyecektir. Değişiklik sonrasında bu usul daha detaylı bir biçimde düzenlenmiş, komisyonların nasıl oluşturulması gerektiği, malikin pazarlığa ne şekilde davet edileceği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Değişiklik öncesinde olduğu gibi, değişiklik sonrasında da öğretide kamulaştırma işleminin TBK anlamında bir satış sözleşmesi niteliğinde olmadığı görüşü ağırlıktadır³³.

³⁰ Ayşegül Çoban Atik, **a.g.e.**, s.197.

³¹ Aydın Zevkliler, "Kamulaştırma Satım Sözleşmesinin Özel Bir ÇeşidiMidir?", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları**, Prof. Dr. Osman F. BERKİ'ye Armağan, No. 411, 1977, s. 948.

³² İnci Ercan, "Yargıtay Kararlarında Oluşan Son Eğilimlerle Kamulaştırma, Acele İşlerde El Koyma, Ecele Kamulaştırma", Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2000 ,s.44.

³³ Mutlu Kutlu Gürsel, **Kamulaştırma Hukuku**, 3.bası, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 183; Emine Gülnihal Şener, **a.g.e.**, s. 64.

²⁶ Ömer Can Ergüven, **a.g.e.**, s.103.

²⁷ İmge Kuru, **a.g.e.**, s.67.

²⁹ Emine Gülnihal Şener, **a.g.e.**, s. 87.

²⁹ Y18HD, E. 2005/7484, K. 2005/8734, KT. 6.10.2005, (Çevrimiçi), <https://legalbank.net/belge/y-18-hd-e-2005-7484-k-2005-8734-t-06-10-2005/469097/>, 2 Haziran 2022.

Bu görüşü savunanlara göre, satın alma usulünün denenmesi sürecinde taşınmaz malikinin tam bir irade serbestisine sahip olduğundan bahsedilemez. Zira idarece kamu yararı ve kamulaştırma kararı hâlihazırda alınmıştır. Dolayısıyla taşınmaz malikinin rızası olmada dahi taşınmaz kamulaştırılacaktır. Taşınmaz maliki sadece taşınmaz bedeli konusunda idare ile pazarlık yapabilecektir. Dolayısıyla söz konusu kamulaştırma işlemi idari nitelikte bir işlemdir³⁴.

Kanaatimce, kanun koyucu 8.maddenin başlığını “*satın alma usulü*” olarak belirleyerek satış sözleşmesine benzer bir kurumu ortaya koymayı amaçlamıştır. Ancak madde metninde yer alan “*kamulaştırma yolu ile alınmış sayılır*” ibaresi söz konusu kurumun “satış sözleşmesi” olmadığını ortaya koymaktadır. Malik satın alma usulünde belirli bir noktaya kadar irade serbestisine sahiptir. Zira kamulaştırma bedeli konusunda idare ile pazarlık yapma hakkına sahiptir³⁵. Pazarlık yaparak, kıymet takdir komisyonunun belirlediği değeri aşmamak kaydıyla, istediği miktarı talep etme hakkı bulunmaktadır. Ancak malikin taşınmazın devredilmesi konusunda bir iradesinin varlığından söz edebilmek mümkün değildir. Malik satın alma usulünün denenmesi maksadıyla yapılan pazarlık görüşmelerinde, taşınmaz bedeli konusunda anlaşmaya vararak taşınmazı devredebileceği gibi herhangi bir anlaşmanın olmaması durumunda da taşınmazını devretmek zorunda kalacaktır. Dolayısıyla her halükârda taşınmazını devretmek zorunda kalacak olan malikin açısından bir irade serbestisinden bahsedilemez.

Satın alma usulünün denenmesi sonucunda malik ile anlaşmaya varılmış ise taşınmaz bedeline yahut kamulaştırma işlemine karşı iptal davası açılması söz konusu değildir. Zira yapılan görüşmelerin veya anlaşma sonunda tutulan tutanağın, taraflar bakımından bağlayıcı bir hükmü bulunmamaktadır.

Bununla birlikte satın alma usulünün icraî nitelikte bir idari işlem olduğu da söylenemez. Zira bir işlemin icraî olabilmesi için davaya konu edilebilmesi, aleyhine idari yargıya başvurulabilmesi gerekirdi.

Diğer sonuçlar bakımından, yani taşınmaz maliki ile kamulaştırmayı yapacak idarenin anlaşmaması durumunda, idarece asliye hukuk mahkemesinde bedel tespiti ve tescili davası açılarak kamulaştırma işleminin tamamlanması, kamulaştırma işlemi yapılmış gibi taşınmaz malikinin geri alma hakkının söz konusu olması, idarenin kamulaştırma işleminden tek taraflı vazgeçmesi gibi hususlar, satın alma usulünü satış sözleşmesinden ayıran temel farklılıklardır.

Sonuç olarak, özellikle dava hakkının olmadığı hususu göz önüne alındığında bu işlem, “satış benzeri bir hukukî işlem”, “satın alma usulüyle yapılan kamulaştırma hukukî işlemi” ya da “satış benzeri bir idarî sözleşme” olarak nitelendirilebilir³⁶.

SONUÇ

2001 yılında 4650 sayılı Kanun ile Kamulaştırma Kanunu’nda yapılan en kapsamlı değişiklik “satın alma usulü” ne ilişkindir. Buna göre idareler, tapuda kayıtlı olan bir taşınmaz için kamulaştırma sürecinde öncelikle satın alma usulüne başvurmak zorundadır. Satın alma usulü ile taşınmaz malikinin rızası kısmen de olsa kamulaştırma işlemine dahil edilmektedir. Bu süreçte taşınmaz maliki ile idarenin uzlaşarak taşınmazın elde edilmesi durumunda, taşınmaz malikinin kamulaştırma işlemine yahut bedeline ilişkin dava açma hakkı bulunmamaktadır.

Satın alma usulüne başvurulmadan kamulaştırma işlemine başlanması haline şekil açısından bir hukuka aykırılıktan bahsedilecektir. Bunun yanında satın alma usulünün denenmesi, bedel tespiti ve tescil davası bakımında da bir dava şartı olarak kabul edilmektedir.

Satın alma usulüne ilişkin Kamulaştırma Kanunu’nun 8.maddesinde idarenin, kamulaştırma konusu taşınmazın bedelinin kendi içinde kuracağı kıymet takdir komisyonunca tespit edileceğini düzenlemektedir. Bunun yanında ikinci bir komisyon olan uzlaşma komisyonunun oluşumu da düzenlenmektedir. Buna göre uzlaşma komisyonu, idarenin kendi bünyesi içinde oluşturulan ve kıymet takdir komisyonunca tespit edilen bedel üzerinden malikle uzlaşma görüşmelerini yürütmekle görevlidir. Kanaatimizce, kıymet takdir komisyonu ve uzlaşma komisyonunda yer alacak kişilerin niteliklerine yer verilmemesi büyük bir eksikliktir. Zira kamulaştırma işlemi bireylerin mülkiyet hakkında doğrudan müdahale edecek nitelikte bir işlemdir ve taşınmazın bedelinin tespit edilmesi ve malik ile görüşmelerin yürütmesinde rol oynayacak kişilerin bu konuda yetkin kişiler olması gerekmektedir.

Taşınmazın bedelinin tespitinin akabinde malik, idare tarafından çıkarılmış olan iadeli taahhütlü bir tebligat ile uzlaşma görüşmelerine davet edilir. Bu tebligat alan malik, on beş gün içerisinde tebligatı çıkaran idareye söz konusu taşınmazını satma istemiyle başvurduğu durumda, pazarlık görüşmelerine başlanacaktır. Malikin tebligatın kendisine verildiği tarihten itibaren on beş gün içerisinde idareye herhangi bir başvuru yapmaz ise idare, asliye hukuk mahkemesinde açacağı bedel tespiti ve tescili davası ile kamulaştırma işlemlerine devam edecektir.

Uzlaşma komisyonu ile yürütülecek olan pazarlık süreci sonunda, taşınmaz maliki ile idarenin anlaşması durumunda bir tutanak düzenlenir. Bu tutanak malik veya malikin vekili ve komisyon üyelerince imzalanır. Ancak bu belge çalışmamızda belirttiğimiz üzere, Türk Borçlar Kanunu anlamında bir satış sözleşmesi niteliğinde değildir ve taraflar açısından bağlayıcı bir hükmü de bulunmamaktadır. Dolayısıyla taşınmazın maliki tapuda ferağ vermekten kaçınabileceği gibi idare de kamulaştırma işleminden vazgeçebilir. Bu durumların varlığı halinde malikin veya idarenin imza altına alınan tutanağa dayanarak herhangi bir dava hakkı bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, kamulaştırma sürecinde satın alma usulünün denenmesinin zorunlu olması, bireylerin hak ve özgürlüklerine saygı oluşturabilecek ve yargı mercilerinin iş yükünü azaltabilecek önemli bir düzenlemedir.

³⁴ Mutlu Kutlu Gürsel, **a.g.e.**, s. 182-183.

³⁵ AYM, E. 2002/79, K. 2003/29, KT. 9.4.2003, RG. 25.12.2003, S.25327, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/RG801Y2003N25327S200329/1>, 28 Mayıs 2022.

³⁶ Ayşegül Çoban Atik, **a.g.e.**, s.200.

KAYNAKÇA

- Arcak, Ali: **Yeni Kamulaştırma Yasası**, C. II, Ankara 1984.
- Atik, Ayşegül Çoban: **Kamulaştırmada Yargısal Denetim**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- Böke, Veli: **Kamulaştırma Kanunu ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları**, 2.bası, Ankara,2004.
- Çağlayan, Ramazan: “Kamulaştırma İşleminin İptali ve Mülkiyetin Akıbeti”, **İÜHF**, Prof. Dr. İlhan Özay’a Armağan, C.LXIX, No:1-2, 2011.
- Ercan, İnci: “Yargıtay Kararlarında Oluşan Son Eğilimlerle Kamulaştırma, Acele İşlerde El Koyma, Ecele Kamulaştırma”, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2000.
- Ergüven, Ömer Can: “Kamulaştırma Kanununa Göre Kamulaştırmada Satın Alma Usulü”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013.
- Kuru, İmge: “Mülkiyet Hakkı Kapsamında Kamulaştırma Bedelinin Tespiti ve Tescil Davaları”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin, 2019.
- Kutlu Gürsel, Mutlu: **Kamulaştırma Hukuku**, 3.bası, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Şener, Emine Gülnihal: “Kamulaştırmada Satın Alma Usulü”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2009.
- Yılmaz, Ejder, Çağlar, Tacar: **Tebliğat Hukuku**, 6.bası, Ankara, 2013.
- Zevkliler, Aydın: “Kamulaştırma Satım Sözleşmesinin Özel Bir Çeşidi Midir?”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları**, Prof. Dr. Osman F. BERKİ’ye Armağan, No. 411, 1977, s. 935-958.

Çevrimiçi Kaynaklar

www.fullegal.com
www.legalbank.net
www.lexpera.com.tr
www.tbmm.gov.tr

ORTAK VELAYET

Av. Hatice Kübra TURGUT

GİRİŞ

Velâyet, tanımına bakıldığında anne babalarının¹, küçük yaştakilerin ve kısıtlıların² da istisnai, bakımı ve korunması için, şahsı ve malları üstündeki hak ve yükümlülüklerinin bütünüdür.³ TMK m.336 kapsamında anne baba evlilik devam ettiği sürece velayeti beraber kullanırlar. Anne ve babadan birinin vefatı durumunda velayet, sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olur. Son dönemlerde anne ve babanın hem çalışma hayatına hem de ev hayatına eşit katkı sağladıkları da göz önüne alınarak evlilik içerisinde olduğu gibi, boşanma sonrasında da anne ve babanın ortak bir şekilde velayeti kullanıp kullanamayacağı tartışma konusu haline gelmiştir.

Avrupa’da yürütülen bilimsel çalışmaların sonucunda, ortak velayetin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi halinde çocuğun menfaati için tek başına velayettendaha uygun olduğu görülmüştür. Yapılan çalışmalar, Anglosakson hukukunu uygulayan ülkelerin büyük bir kısmının boşanmadan sonra da ortak velâyetin bir velâyet türü olarak kabul edilmesini sağlamıştır. Kanunumuzda bu yönde bir düzenleme yapılmamışsa da Türk öğretisinde halihazırdaki düzenlemeler ışığında ortak velayete hükmedilmesi açısından bir zemin yaratılmaya çalışılmaktadır. Uygulamada ve yargı kararlarında da görüleceği üzere birtakım gerekçelerle ortak velâyetle hükmedilmeye başlandığı ve bu doğrultudaki hükümlerin de gün geçtikçe artış sağladığı görülmektedir. Fakat uygulamada fikir birliğinin oluşabilmesi adına bu mühim meselenin tüm hüküm ve sonuçları itibarıyla kanunda düzenlenmesinin gerekli olduğu da açıktır.⁴

1.VELAYET HAKKI VE KAPSAMI

Velayetin sözlük anlamına baktığımızda; velilik, otorite ve yetke kelimelerine karşılık gelir⁵. Velayet, anne ve babanın, küçüğün ve ergin olsa dahi kısıtlı çocuğun bakımı, yetiştirilmesi, gözetimi amacıyla, anne ve/veya babanın, çocukların maddi ve manevi değer

¹ Evlat edinmede ana-babaya ait hak ve yükümlülükler evlât edinene geçmektedir (TMK m.314/1)

² Ergin olmayan çocuk, ana-babasının velâyeti altındadır ve hâkim tarafından vasi atanmasına gerek görülmedikçe, kısıtlanmış ergin çocuklar da ana ve/veya babasının velâyeti altında kalır (TMK m.335)

³ TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, 6. Bası, Beta, İstanbul 1986 s.497; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Aile Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986, s.503-504; KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Aile Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s.245; ÇETİNER, Selma: “Velayet Müessesesinin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, 19(Özel Sayı), 2017, s.42.

⁴ ERCOŞKUN ŞENOL H. Kübra, “Türk Hukukunda Boşanma Halinde Ortak Velâyetle Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu”, İnÜHFD, 12(2), 2021, s.754-765

⁵Türk Dil Kurumu; Türkçe Sözlük, Ankara, 2005, s. 2085.

ve varlıklarının korunması, yükseltilmesi gibi konularda, temsil hakkı ve yükümlülüğü veren bir hukuki tanımdır.

Velayet altındaki kısıtlı ve çocuğun bakımı, gözetilmesi, yetiştirilmesi ve şahsi haklarının korunması gibi konularda temsile yetkisi verilen kişilerin kanundan doğan bir takım ödev sorumlulukları bulunmaktadır.

4721 sayılı TMK m.339 velayetteki temel kriteri çocuğun menfaatlerinin korunması ve eğitiminin, bakımının gerçekleştirilmesi olarak ele almıştır.⁶

Velayete ilişkin kanunda ilk karşılaştığımız düzenleme TMK m. 335/1. maddesidir:

“Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan alınamaz.” denilmektedir. Maddenin devamında da kısıtlanan ergin çocuk için vasi atanmadığı sürece, anne ve babanın velayetinin altında olacağı ifade edilmiştir.

Kanun koyucu yine TMK m.336/1’de “Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar.” demektedir. Maddenin devam eden fıkralarında da eşler ayrılık veya boşanma yaşadığı durumlarda, çocuğun velayetinin hâkim tarafından eşlerden birisine verilebileceğine hükmetmiştir. Anne ya da babanın ölümü durumunda da sağ kalan tarafa velayetin bırakılacağını; belirtmiştir. Evliliğin sonlandığı ya da ayrılık durumunun olduğu senaryolarda, çocuğun velayetinin hâkim tarafından tek tarafaverildiği görülecektir.

Mahkeme, çocuğun menfaati ve üstün yararını gözetmelidir. Bu bağlamda çocuğa daha iyi bakım ve iyi bir yaşam sağlayacağı, çocuğun tercihi gibi noktalara dikkat etmelidir. Velayetin hangi tarafa verileceği kararlaştırılırken dikkat gerektiren bir nokta da çocuğun yaşıdır. Örneklendirmek gerekirse annenin bakım ve gözetimine ihtiyacı olan bir çocuğun babaya verilmesi, ihtiyaç sağlık ve kişisel gelişim bakımından sağlıklı olmayacaktır. Fakat bu hal velayetin her halde anneye verilmesi gerekliliği sonucunu ortaya çıkartmaz.

Velayet lafzi olarak bir hak olarak anılsa da bir diğer yandan da yükümlülüktür.

2.ORTAK VELAYET

Ortak velâyet; en kapsamlı tanımıyla, velayetin anne ve baba tarafından uzlaşılarak eşit yetkilerle kullanılmasıdır. Bu velayet çeşidinde ebeveynlerin çocuğun eğitimi, bakımına ilişkin görevleri aralarında bölüşmeleri yada çocuğa beraber bakmaları şartı yoktur. Boşanmanın sonucunda ortak velâyetle hükmeden hâkim, çocuğun ebeveynlerinin yanında değişimli bir şekilde kalmasına ya da sürekli şekilde bir ebeveynde kalmasına diğeriyle de kişisel ilişki tesisine hükmedebilmektedir. Ortak velayetin esasını, özütünü anne ve babanın küçük ya da ergin kısıtlıya dair önemli konularda beraber karar verebilmeleri oluşturmaktadır. Örnekleyecek olursak, çocuğun ya da ergin kısıtlının gideceği okulun seçimi, ikamet edeceği ülke ya da şehrin seçimi, mesleğinin seçiminde yönlendirilmesi, hastalandığında uygulanacak tedavi yönteminin seçilmesi gibi mühim konularda ortak

⁶ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu; **Türk Medeni Hukuku, Cilt II Aile Hukuku** Cüz 1 ve 2, 4. b. , İstanbul 1960, s. 335 vd. Ayrıca yazar velayetten doğan hakları ve görevleri ayrı ayrı ele almıştır. Çocuğun şahsı üzerindeki hak, ad koyma hakkı, temsil ve tedip hakkını velinin hakları olarak, yetiştirme ve terbiyeyi ise velinin görevleri olarak ele almıştır. Ömer Uğur Gençcan; **Öğreti ve Uygulamada Boşanma, Tazminat, Nafaka, Bilimsel Açıklama, İhtihatlar ve İlgili Mevzuat**, C. 1, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000, s. 219-220.

velayette anne babadan biri tek olarak karar verememektedir; diğer tarafla ortak bir karar alıp uzlaşmaları gerekmektedir.⁷

Birlikte velayetin hukukumuzda yer alıp almayacağı ise öğretide tartışılan bir konu olmuştur. Boşanmanın sonucunda ortak velâyetle hükmedilip hükmedilmeyeceği hususu tartışılırken Türk hukukunda ele alınan hükümler TMK m.182/2 c.1 ve 336/3 hükümleridir. Zira TMK m. 336/f. 3 “Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.” şeklinde olup, bu maddede yer alan “...velayet...boşanmada ise kendisine bırakılan tarafa aittir” ibaresi ebeveynle öğretide bir görüş Medeni Kanun uyarınca velayetintaraflardan sadece birine verilebileceğini, bu hakkın birlikte olarak kullanılmasının boşanmadan sonra ortak bir şekilde olmasının bu maddenin hükmü ile zıt tabanda olacağını ve bu sebeplerle de imkânının olmadığı görüşünü savunmuşlardır.⁸

Bu görüştekiler ayrıca TMK m. 336/3 hükmünün emredici olduğu ve bu hükme aykırı karar verilmesinin mümkün olmadığını savunmaktadırlar. Yine aynı doğrultuda TMK m. 182 hükmünde yer alan “velayet kullanılması kendisine verilmeyen eş” ifadesi de boşanma sonucunda velayetin, anne ya da babadan sadece birine verileceği ve onun tarafından kullanılabileceği, bu sebeplerle de ortak velayetin hukukumuzda uygulanamayacağını savunmuştur.⁹

TMK m.182’ye bakıldığında velâyet kendisine verilmeyen tarafın çocuk ile kişisel ilişki tesisinde, küçüğün bilhassa eğitim, sağlık ayrıca ahlak açısından üstün yararı ve menfaati esas alınır. Fakat öğretide, hükümde belirtilen “velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş” ifadesinden, eşlerin velayeti ortak olarak kullanamayacağı sonucunun çıkarılacağı öne sürülmektedir. Hakikaten bu madde hükmü salt velâyet taraflardan birine bırakıldığında, ötekinin çocukla olan kişisel ilişkisinin tesisine ilişkindir.

Birtakım görüşlere göre ise, TMK. m. 336/ 3 hükmünün boşanma sonucunda çocuğun üstün yararı ve menfaati olduğu sürece annenin ve babanın velâyeti ortak kullanmasına hükmetmesine engel teşkil etmediği görüşündedirler. Madde lafzında geçen “taraf” ibaresinin bir üslup hatası olduğunu, bunun “taraf veya taraflar” olarak da anlaşılabileceğini ileri sürmektedirler. Madde metninin açık olduğu ve ortak velayete açık bir şekilde izin vermediği görülse dahi, “contra legem” yorum yöntemiyle ortak velâyetle imkân verilmelidir. Burada kanun koyucunun güttüğü amaç (ebeveynler ve çocuğun üstün

⁷ Boşanan ebeveynler arasında işbirliği istek ve yeteneğinin bulunmamasının velâyetin ebeveynlerden birine tevdiini haklı kılabilceği yönünde bkz. İsviçre Federal Mahkemesi’nin 10.6.2009 tarihli 5A_170/2009 sayılı kararı. (Karar için bkz. <https://www.swisslex.ch/Doc/ShowDocView/0fd38a70-0ff3-4420-8c74-f2da693c55f2?hitPos=1&source=find-redirect-from-single-hit&SP=2>) eapkyk, Erişim Tarihi: 1.6.2022)

⁸ Bu görüşte: KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz; **Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 96; ÖZTAN, Bilge; **“Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu”** (Birlikte Velâyet), in: Arkan, Sabih/Yongalık, Aynur/Şit, Başak (ed.), Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 253- 254; APAYDIN, Eylem; **“Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9 (1), 2018, s. 460

⁹Bu görüşte: Hatemi/Kalkan-Oğuztürk, S. 131; Dural/Öğüz/Gümüş, S. 140; Serozan, Soybaşı Hukuku, s. 772

yararının gözetilmesi) ve kullandığı araç (boşanma sonucu velâyetin sadece taraflardan birine verilmesi) arasında sonradan ortaya çıkan değişiklikler sebebiyle bir zıtlık oluştuğu belirlenmelidir. Hâkim TMK. m. 1/1 uyarınca, amaç ile araç arasında oluşan bu zıtlığı gidermeli ve TMK. m. 336/3'ün hükmüne rağmen ortak velâyetle hükmedebilmelidir.¹⁰

11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No.lu Protokol'ün 2016 yılında yürürlüğe girmesi sonucunda aslında Medeni Kanunumuzun ortak velayete engel teşkil eden madde hükümleri örtülü olarak kaldırılmıştır. Çünkü Anayasa m.90 hükmüne bakıldığında, yürürlükte olan temel hak ve özgürlüklere dair milletlerarası sözleşmelerle kanunların aynı meselede farklı hükümleriçermesi halinde, milletlerarası sözleşmeler üstün tutularak sözleşme hükümlerine göre karar verilmektedir .

Ek 7 No.lu Protokol'ün 5. maddesinde boşanma gibi evliliğin sona erdiği durumlarda,ebeveynlerin çocuklarıyla aralarındakikişisel ilişkilerinde yükümlülük ve haklardan eşit şekilde faydalanacakları düzenlenmesiyle birlikte, ortak velayetin uluslararası anlaşmayla beraber Türk hukukuna da uygulanabileceğinin kabulü gerekmektedir.¹¹

2.1.Türk Hukukunda Ortak Velayet Uygulamaları

Hukukumuzda ortak velâyetle dair ilk mahkeme kararı 2009 tarihinde İzmir'de bir aile mahkemesi tarafından anlaşmalı boşanma davasında verilmiştir. (İzmir 4. Aile Mahkemesi 2009/470 K. Sayılı Kararı) Ebeveynlerin birlikte velayet talebinde bulundukları bu dosyada Mahkeme, somut olayda çocuğun üstün yararı gözetilerek birlikte velâyetin daha uygun düştüğü esasıyla ortak velâyetle karar vermiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi¹² ortak velayete dair bir yabancı mahkeme kararının tanınmasına yönelik bir olayda “Boşanma veya ayrılığa karar verilmesi halinde hâkim velayeti eşlerden birine vermesi gerekmektedir. Velayet düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Yabancı mahkemenin müşterek çocukların velayetini anne ve babaya bırakması Türk Medeni Kanununa aykırıdır.” demek suretiyle velayetin kamu düzenine ilişkin bir konu olduğunu, bu sebeple hâkimin velayeti sadece anne ya da babaya vermesi zorunluluğu bulunduğu başka hukuk düzenlerinde yer alsa dahi Türk hukukuna uygun olmadığını hükmetmiştir.

Yargıtay, benzeri olaylardaki görüş birliğini 2017 senesine kadar sürdürmüş ve kamu düzenini göz önüne alarak ortak velayetin TMK'da olmaması hasebiyle talepleri reddetmiştir. Ancak, 20.02.2017 tarihinde Yargıtay verdiği kararla (2016/15771 E. ve 2017/1737 K. sayılı Kararı) köklü görüşünden ve içtihadından vazgeçmiş ve “ortak velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığına” karar vermiştir. Somut dava İngiliz vatandaşı bir babanın, çocuğun evlilik dışı dünyaya gelmesi sebebiyle velayetinin annesiyle beraber kendisine de hakkın tanınmasını istemiş ve aile mahkemesi,ortak velayetin kamu

¹⁰ KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: **Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 124, SERDAR, İlknur: **“Birlikte Velâyet”**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, 2008, s. 162

¹¹ GENÇCAN, Ömer Uğur: **“Ortak Velâyet”**, İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı, Yıl: 27, Mart 2017, s. 24-30

düzenine uygun olmaması sebebiyle reddine karar vermiştir. Yargıtay ise Türk kamu düzenine zıt düşmediğine veya toplumun yapısını ya da ortak menfaatlerini ihlal etmediğine hükmederek ilk derece mahkemesi kararını tüm üyelerin oy bütünlüğüyle bozmuştur. Yine önüne gelen bir olayda bir yabancı mahkeme kararının tanınmasında 2017 tarihli kararıyla ebeveynlerin ortak velâyet sahibi olduğuna hükmedilen kararın tanınmasına karar vermiştir. Bu kararlarda Ek 7 Numaralı Protokol'ün “Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir.” Hükümünün yer aldığı 5. maddesinin Türk hukukumuzda da yer edindiği özellikle belirtilmiştir.

Yargıtay'ın ortak velâyetin Türk kamu düzenine aykırı olmadığını belirten kararlarından sonra Bölge Adliye Mahkemeleri de Yargıtay'ın bu kararlarından sonra salt iç hukukumuzun uygulanması gereken dosyalarda küçüğün üstün yararını gözeterek, ebeveynlerin ortak velayete hükmedebileceğine dair kararlara hükmetmeye başlamıştır.¹³ Bazı kararlarında ebeveynlerin her ikisinin de ortak velayete rıza göstermesi hususuna dikkat çekmiştir.

2.2. Uluslararası Antlaşmalar

Yargıtay'ın köklü görüşünden vazgeçmesinin nedenine bakılacak olursa Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 7 nolu protokolünün Türkiye'de 2017 yılında Resmî Gazete'de yayınlanarak, hukukumuzda uygulanmaya başlamasıdır.¹⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 7 nolu Protokolünün 5. maddesine göre “Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir” şeklindedir.

Bir başka Türkiye'nin tarafı bulunduğu, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'nin 16.maddesinde “anne ve babanın medenî hallerine bakılmaksızın çocuklarla ilgili konularda eşit hak ve sorumluluklara sahip oldukları” şeklindeki düzenleme ve yine Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 18. maddesinde sorumluluğun anne ve babaya ait olduğu küçüğün yetiştirilmesinde ayrıca

¹³ Birçok karar içinden örnek niteliğinde olmak üzere: Ankara BAM 1. HD, T: 10.05.2017, E: 2017/121, K: 2017/601: “Ek 7 Nolu Protokolün 6684 Sayılı kanun ile yürürlüğe girmesiyle birlikte usulüne göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Antlaşma hükümler esas alınacağından (T.C Anayasa 90.maddesi) ortak velayeti engelleyen Türk Medeni Kanununun hükümleri örtülü olarak ortadan kaldırılmıştır. Bu sebeplerle, çocuğun güvenine ve üstün yararına aykırı olduğuna dair dava dosyasında herhangi bir iddia ve delil bulunmaması da gözetilerek çocuğun üstün yararı gereğince ortak velayete hükmedilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır...”. Karar için bkz.: APAYDIN, s.463-465

¹⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 Numaralı Protokolü Türkiye, 1985 yılında imzalamıştır ancak Türkiye için, 10.03.2016 tarih ve 6684 sayılı Onaya Uygun Bulma Kanunu ile 25.03.2016 tarih ve 29664 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak, ülkemiz bakımından 01.08.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

gelişiminde ikisinin de hak ve yetkilerinin bulunduğu halindeki düzenlemelerle beraber iç hukukumuzda da ortak velayetin uygulanması gerektiği anlaşılmıştır.¹⁵

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (84)4 sayılı Ebeveyn Sorumluluklarına İlişkin Tavsiye Kararı'nın¹⁶ 5. ilkesi , anne ve babanın velayet dolayısıyla sahip oldukları hak ve sorumluluklarının evlilik içerisinde beraber getirileceği ve 6. İlkeye göre de evliliğin boşanma yahut başka sebeple sona ermesinde de yetkili makamların, karar verirken ebeveynlerin hak ve sorumluluklarını beraber kullanması hususunda anlaşılmışsa buna riayet etmeleri gerektiği bildirilmiştir.

2.3.Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

2.3.1.İsviçre Hukuku

Medeni Kanunumuza kaynak olan İsviçre Medeni Kanunu'nda (SchweizerischesZivilgesetzbuch - ZGB) beraber velayete ilişkin 2000 senesine kadar düzenleme olmamasından dolayı baskın görüş birlikte velayete hükmedilmeyeceği yönündeydi. 2014 yılında değişiklik yapılarak kural olarak ortak velayetin, istisna olarak ise ebeveynlerinden birine velayetin verilmesi düzenlenmiştir.Ortak velâyetin kural olarak düzenlenmesinin yanı sıra mahkemenin buna ilişkin hüküm vermesi gerekmekte kendiliğinden karar verilmemektedir.

2.3.2.Alman Hukuku

Alman hukukunda da boşanma halinde kural olarak ortak velayet, istisna olarak ise tek başına velâyete hükmedilmektedir. Alman Medeni Kanunu (BürgerlichesGesetzbuch - BGB)'na bakıldığında ayrı yaşayan ve ortak velâyet sahibi olanolan taraflardan her biri, aile mahkemesindenvelâyetin tamamıyla da kısmen kendisine bırakılmasını talep edebilecektir. Diğer ebeveynin de rıza göstermesi ve çocuk on dört yaşını doldurmuşsa itiraz etmemesi halinde, tek başına velayetin küçüğün üstün yararı açısından en elverişli durum olması gerekmektedir. (§ Art 167 Abs. 1)

3.ORTAK VELAYET ÇEŞİTLERİ

3.1.Yasal Ortak Velayet

Bu velayet türünde çocuk, taraflardan biri ile kalmakta olup, ikamet sahibi ebeveyn çocuğun gündelik ihtiyaçlarından ve bakımından yükümlüdür. Yine gündelik konularda karar verme yetkisi de ikamet sahibi ebeveyne aittir. Bu konularda tarafların birbirlerine görüş sormaları gerekmez. Örnekleme gerekirse, küçüğün sağlık bakımları sebebiyle iki ebeveynin de beraber onayı gerekmekte ancak ikisinin de yetkili olduğunu ifade etmektedir.¹⁷

¹⁵ GÜLGÖSTEREN, Zeynep Ayza: “Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velâyet”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Ekim 2017, s. 175- 176

¹⁶Tavsiye Kararıhttp://euromedjusticeii.eu/files/repository/20090707173539_Coe. Rec(84)4surlesresponsabilitesparentales.pdf. (Erişim Tarihi: 23.05.2022)

¹⁷BOLL, Rosemarie, JointCustody- JointDisagreements, LawNow, C: 23, S: 2, Y: 1998, s. 46. s. 47.

3.2.Fiziksel Ortak Velayet

Fiziksel ortak velâyet çocuğun ikametinin taraflar arasında paylaştırıldığı velayet modelidir.Çocuğun günlük ihtiyaçlarını yanında kaldığı taraf karşılamakta; fakat küçük için önem teşkil eden kararlar beraber verilmektedir. Halihazırda Avrupa ülkelerinde daha çok yasal ortak velayet uygulanmakta fiziksel ortak velayette uygulaması artmaya başlamaktadır.¹⁸ En önemli farkın olduğu nokta çocuğun ikamet edeceği konut noktasıdır. Burda tarafların ikisinin evi de çocuğun yerleşim yeri sayılmaktadır.¹⁹ Fiziksel ortak velâyet birçok şekilde ortaya çıkabilir. Çocuk haftanın bir yarısı taraflardan birinde ya da diğer yarısında bir diğerinde kalabileceği gibi ayda bir ya da yılda bir de yer değiştirebilir.

Ortak velayet hakkına sahip olan taraflar, çocuğun fiilen oturma yerinin belirlenmesi konusunda ortak karar verirler. Çocuğun fiilen oturma yerinin belirlenmesinde değişik modeller bulunmaktadır. Ortak velayet düzenlemesine göre çocuğun fiilen ikamet edeceği yer konusunda da ebeveynlerinkararına göre üç model bulunmaktadır. Bunlar tek konut modeli, değişken model ve yuva modelidir.

Tek konut modelinde (residans modeli) çocuk anne ya da babadan biri ile yaşamakta,diğertaraf çocuğu ziyaret etmekte ya da dışarıda görüşülmektedir.

Değişken ikametgâh modelinde, çocuk her ikisiyle de ikamet edebilmektedir.

Yuva modele gelirse, bu modelde çocuk sabit ikametgâh sahibi olup , çocukla görüşmek isteyen taraflar süreli olarak çocuğun yanında yaşamaktadırlar.

Çocuğun yerleşim yerine karar verildikten sonra çocuğun ya da ebeveynin yerleşim yerinde değişiklik yapılması gerekebilir. İsviçre Hukuku'nda kural olarak velayeti ortak kullanan ebeveynlerden birinin tek başına ya da çocukla birlikte yerleşim yerini değiştirmesi diğer ebeveynin rıza vermesi ile mümkündür. Değişiklik sonucu ortaya çıkan coğrafi uzaklık diğer ebeveynin velayet hakkını kullanmasını engellemiyorsa bu durumda rızasına gerek duyulmamaktadır.

4.Ortak Velayetin Sona Ermesi Halleri

1.Ebeveynlerden Birinin Ölümü

Velayet hakkı kişi haklarından sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bu sebeple devredilmesi, feragat edilmesi ya da mirasçılara geçmesi mümkün değildir. Bu nedenle anne babanın ölümü halinde velayet, doğrudan mirasçılara geçmez. Mahkeme kararı gereklidir.²⁰

Fakat eşler boşanmışsa, sonucunda velayet bir tarafa bırakılmışsa velayet hakkını kullanan ebeveyn öldüğünde velayetin sağ kalan tarafa direkt geçişi mümkün değildir.

¹⁸ Örneğin Wisconsin eyaletinde 2007'de boşanmış ebeveynlerin yarısı fiziksel ortak velayeti tercih etmiştir.Aynı şekilde, 2008 yılında Washington eyaletinde de çocukların neredeyse yarısı, her bir ebeveynle zamanının en az %35'ini geçirecek şekilde fiziksel ortak velayet altındadır. Arizona'da 2008'de boşananebeveynlerin yaklaşık %30'u fiziksel ortak velayet talep etmiştir, LINDA, Nielsen, SharedPhysicalCustody: DoesItBenefitMostChildren? , Journal of theAmerican Academy of MatrimonialLawyers, C:28, S: 1, Y: 2015, s. 80

¹⁹ PARKINSON, Patrick, FamilyLawandtheIndissolubility of Parenthood, Cambridge UniversityPress, 2011, s

²⁰ Özkan, Hasan, Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı, C. I, Çağlayan Yayınevi, İstanbul, 1987, s. 48-8

Mahkeme durum ve şartlar elveriyorsa diğer eşe velayeti verir, uygun görmediği takdirde vasi atanır.²¹

2. Çocuğun Erginliğe Ulaşması veya Ölmesi

Velayetin erginlikle biteceğine dair kesin bir hüküm kanunda yer almamasına rağmen, ergin olmayan çocuğun velayet altına gireceği belirtilmiştir. (TMK m. 335/1)

Bir yandan velayet, hukuki niteliği itibarıyla süreli bir hak olup, erginliğe girilmesiyle beraber velayet, kendiliğinden kural olarak bitmektedir.²²

Çocuğun vefatı da velayeti sona erdirir. Fakat çocuğun ölmesiyle birlikte ebeveynlerin hak ve yükümlülükleri bitmemektedir. Bu bağlamda, çocuğun defnedileceği yerin kararlaştırılması ya da organ nakli vb. hususlara ilişkin kararları verecek olan yine anne ve babadır.

3.Evlatlık İlişkisi veya Soybağının Reddi

Velayet nitelik itibarı ile her ne kadar devredilemez bir hak kapsamına girse de evlilik içerisinde çocuğun evlatlık verilmesiyle beraber ebeveynlerin velayet hakkı, evlat edinene geçmekte ve sona ermektedir.²³ Öz annenin ve babanın sahibi olduğu tüm velayetten doğanhak ve yükümlülükleri, evlat edinen tarafından kullanabilmektedir.

Soybağının reddi kurumunda ise sadece babanın sahip olduğu velayet hakkı sona ermektedir.²⁴ Fakat evlat edinilmiş bir çocuk ise soybağının reddiyle beraber evlat edinennane ve babanın birlikte velayet hakkı sona ermektedir. Boşanma sonucuveya evlilik dışı birliktelikte de birlikte velayetin olduğu durumlarda, evlatlık verilme ve soy bağının reddine ilişkin olan tüm hükümler burada da uygulama alanı bulmalıdır.

4. Gaiplik

TMK m. 35/1'e göre, biri hakkında verilen gaiplik kararı, hukuk alanında ölümle aynı etkiyi doğurmaktadır. Fakat gaiplik kararı verilmesi evliliğin feshi için yeterli olmamakta ve bu hususta mahkemeden talep edilmesi gerekmektedir. (TMK m. 131)

Bu sebeple, evliliğin feshi istemli başvuru olmaması halinde velayetin de her iki taraf için devam ettiğini ileri süren görüşler olmakla²⁵ aksi görüş gaiplikle beraber velayetin sağ kalan tarafa geçtiğini, fesih kararına gerek olmadığını savunmaktadır.²⁶

Evlilik birliği içerisinde velayetin beraber kullanılacağı kanun koyucu tarafından düzenlendiği için, evliliğin feshi gerçekleşmedikçe her iki eş açısından da devam etmelidir. Boşanma sonrasında ebeveynlerden biri için gaiplik kararı olması durumunda velayet, diğer ebeveyn tarafından kullanılacaktır. Evlilik dışı birliktelikte de aynı şekilde olacaktır.

²¹ Öztan, Aile, s. 638-639

²² Öztan, Aile, s. 639.

²³Özlü, Hakkı, Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması, 1. B., Adil Yayınevi, Ankara, 2002, s. 67.

²⁴ Özlü, s.68

²⁵ Özlü, s.67.

²⁶ Öztan, Aile, s. 638.

4.ANNE VE BABANIN EVLİ OLMAMASI DURUMUNDA

TMK m.337 bu durumu hükme bağlamıştır. Bu durumda velayetin annede olacağı belirtilmiş ve hiçbir şarttabirlikte velayet hakkı verilmemiştir.

Uluslararası anlaşmalarda da çocuklara yönelik ayrımcılık olmaması bakımından iç hukuk sistemlerinde düzenleme olması gerekliliği vurgulanmıştır.BMÇHS m. 2'ye göre, sözleşmenin tarafı ülkeler “küçüğün anne ya da babasının, diğer aile fertlerinin veya vasisinin durumları, faaliyetleri, inançları, düşünceleri nedeniyle çocuğun ayrıma tabi tutulmasını engellemek için gerekli önlemleri almalıdır.”

Anlaşılabacağı üzere uluslararası bir antlaşma olan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde çocukların ebeveynlerinin evli olup olmaması dolayısıyla, bu çocukların diğer çocuklara verilen haklardan faydalanılamamasının ayrımcılık olduğunu, üye ülkelere eşitlik ilkesine ihlalin önüne geçilmesi gerektiğinin altını çizmiştir.

Alman ve İsviçre hukukunda ise yine evlilik dışı doğan çocuğun velayeti anneye ait olmaklatalep halinde ortak velayete hükmedilebilir.

5.BOŞANMA SONRASI ORTAK VELÂYETE İLİŞKİN GÜNCEL DURUM

Anayasa kapsamında 20. ve 41. Maddelerinde yer alan ebeveynlerin çocuğun gözetilmesi, yetiştirilmesinde beraber sorumlu olduklarını belirten BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin hükümleri de ele alındığında Türk Hukukunda ortak velayete hükmedilmesi açısından bir engel bulunmamaktadır. Kanunumuzda öngörülen tek başına velâyetin yanında ortak velayet hususu seçimlik olarak düzenlenebilecek durumdadır. Bunun yanı sıra velâyetin taraflarını da açıkça belirleyen mevcut yasal düzenlemelerin değiştirilmesi ve yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Ortak velayetin açıkça küçüğün menfaatine olmadığı anlaşıldığı üzere de en azından TMK m.166/3 uyarınca anlaşmalı boşanma davalarında ortak velayete hükmedilebilmelidir.

Her ne kadar Yargıtay tarafından Ek 7 Numaralı Protokol'e dayanarak evlilik birliği dışında ortak velâyetin uygulanmasının Türk kamu düzenine ilişkin olduğuna dair kararlar verilse de ayrıcaBAM tarafından daaynı doğrultuda kararlar verilmeye başlanmış olsa da, bu mühim konunun tüm hükümleriyle açıkça ele alınarak düzenlenmesi gerekmektedir. Çünkü bahsi geçen Protokol'ün yanı sıra Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi de boşanma halinde ortak velâyetle hükmedilebilmesine imkân tanıyan uluslararası antlaşmalara örnek olarak gösterilebilseler de bunların konu ile ilgili gerekli ayrıntıları içermedikleri ve bu nedenle somut bir olaya doğrudan uygulanma kabiliyeti taşımadıkları da ortadadır.

SONUÇ

Her ne kadar ortak velayetin, Türk aile yapısına ve kamu düzenine uygun olmadığı noktasında hükmedilmişse de günümüzde değişen koşullarla beraber, yargıda yenilenmek ve uyum sağlamak durumunda kalmıştır. Ortak velayetin kamu düzenine aykırı olduğuna dair köklü görüşünden vazgeçmiştir. Bunun en önemli kanuni dayanağı kesinlikle yukarıda söz edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi EK 7 Numaralı Protokol'dür. Fakat, uygulamada halen birçok açık bulunmaktadır. Bu nedenle, ebeveynlerin kendi aralarında ortak velayete dair bir protokol düzenlemelerinde büyük yarar olacağı aşikardır. Tüm bu açıklanan bilgiler ışığında her şeyden evvel üzerinde durulması gereken en önemli nokta çocuğun üstün menfaatidir.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt, Aile Hukuku, 20. Bası, Beta, Ankara 2017.
- AKYÜZ Emine: Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, 3. Bası, Pegem Akademi, Ankara 2013.
- APAYDIN, Eylem: "Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9 (1), 2018,
- AYİTER, Nuşin: "Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı ve Gerekçesinin Nesebe İlişkin Hükümleri Hakkındaki Görüşler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30(1), 1973, s.145-167.
- BOLL, Rosemarie, JointCustody- JointDisagreements, LawNow, C: 23, S: 2, Y: 1998.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, M. Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- GENÇCAN, Ömer Uğur "Ortak Velâyet", İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı, Yıl: 27, Mart 2017.
- GÜLGÖSTEREN, Zeynep Ayza: "Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velâyet", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Ekim 2017.
- HATEMİ, Hüseyin/KALKAN-OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/AEBI-MÜLLER, Regina E.: Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Auflage, Stämpfli, Bern 2010.
- İNCE, Nurten: "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 9(34), 2018, s.189- 229
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: Boşanmada Birlikte Velâyet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- ÖZLÜ, Hakkı: Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması, 1. B., Adil Yayınevi, Ankara, 2002
- LINDA, Nielsen, SharedPhysicalCustody: DoesItBenefitMostChildren? , Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, C: 28, S: 1, Y: 2015
- PARKINSON, Patrick, FamilyLawandtheIndissolubility of Parenthood, 2011 Cambridge University Press.
- SERDAR, İlknur: "Birlikte Velâyet", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, 2008
- SEROZAN, Rona: "Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler" (Soybağı), Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.759-777.
- SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku (Çocuk Hukuku), 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- ÖZTAN, Bilge: "Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velâyet Sorunu" (Birlikte Velâyet), in: Arkan, Sabih/Yongalılık, Aynur/Şit, Başak (ed.), Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2006
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet; Türk Medeni Hukuku, Cilt II Aile Hukuku, Cüz 1 ve 2, 4. b. , İstanbul 1960.

TÜRK HUKUKUNDA KARDEŞ GEMİLERİN İHTİYATİ HACZİ

Av. İsmail KARADANA

ÖZET

Türk Ticaret Kanunu’nun 1369. maddesi ve 1999 tarihli “*Gemilerin İhtiyati Hacine İlişkin Milletlerarası Sözleşme*”nin 3. maddesi kapsamında düzenlenen hükümde üzerinde deniz alacağı doğmuş gemiden bir başka geminin ihtiyati haczinden ifadesi yer almaktadır. Uygulamada ve literatürde kardeş gemi (*sistership/surrogateship*) olarak nitelendirilen yukarıdaki düzenleme bağlamında üzerinde deniz alacağı doğmuş gemiden başka gemilerin de ihtiyati haczinin mümkün olup olmadığı, mümkünse hangi şartlarda mümkün olduğu bu TTK ve 1999 tarihli sözleşmenin ilgili hükümleri bağlamında bu çalışmada açıklanmaktadır.

ANAHTAR KELİMELELER

Kardeş Gemi, Gemilerin İhtiyati Haczi, Bağlantılı Gemi

ABSTRACT

In the provision regulated within the scope of article 1369 of the Turkish Commercial Code and article 3 of the “International Convention on the Precautionary Seizure of Ships” dated 1999, there is the expression “From the ship on which a sea lien has arisen, from the lien of another ship”. In the context of the above regulation, which is described as a sister ship (surrogate ship) in practice and in the literature, it is explained in this study in the context of the relevant provisions of this TCC and the 1999 contract, whether it is possible and if possible, under which conditions it is possible to seize ships other than the ship on which a maritime claim has arisen.

KEY WORDS

Sister/SurrogateShip, PrecautionaryArrest of Ships, AssociatedShip

I- GİRİŞ

Ticari hayatın her alanında olduğu gibi deniz taşımacılığı ve ticareti kapsamında da alacaklıların, borçlularına karşı veya ticari hayatın kendi doğasından kaynaklanan bazı durumlara karşı duymuş olduğu endişeler, alacaklıları, alacaklarını kurtarabilmek gayesiyle bazı koruyucu önlemlerin alınması yoluna sevk edebilir. Bu bağlamda alacaklıların, alacaklarını güvence altına almak için kullanabileceği yol, Türk hukuk sistemi içinde kendisini geçici koruma türleri olarak göstermektedir.

Türk Hukuku özelinde geçici koruma türleri iki çeşit olup, bunlar, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kurumlarıdır. Bu kurumların hükümleri ve buna bağlı olarak sebep ve

sonuçları birbirinden farklılık arz etmektedir.

Türk Hukuku kapsamında ihtiyati haciz kavramı, para ve teminat alacaklarına ilişkin olarak başvurabilecek geçici koruma tedbirini ifade eder. Bu bağlamda ihtiyati haciz alacaklının alacağını tahsil edebilmesi için gerekli güvencenin sağlanabilmesi amacıyla borçlunun ya da üçünü kişilerin elinde bulunan taşınır ve taşınmaz mallar ile alacaklarına el konulmasını ifade eder (İİK m. 257).

Hukukumuzda ihtiyati haciz, alacaklının para veya teminat alacaklarına ilişkin bir takibin sonucunu garanti altına almak için başvurulmuş bir yol olmakla birlikte deniz hukuku özelinde ihtiyati haciz, bir deniz alacağının teminat altına alınması amacıyla mahkeme kararıyla¹ gemilerin alıkonulmasını yahut seferden men edilmesi için başvurulmuş bir yoldur. Gemilerin ihtiyati haczi, İİK bağlamında ihtiyati haciz fonksiyonunu gerçekleştirmekle birlikte aynı ve şahsi talep haklarını da güvence altına almak için kullanılmaktadır².

İhtiyati tedbir ise bir yargılama kapsamında dava konusu şeye ilişkin geçici hukuki korumanın sağlanmasıdır. Bu bağlamda HMK m. 391 hükmü dikkate alındığında mahkeme tarafından verilebilecek ihtiyati tedbirler, tedbirin konusunu oluşturan eşya ya da hakkın muhafaza altına alınması, bir yediemine tevdi veya bir şeyin yapılması ya da yapılmaması şeklinde tehlikeyi ortadan kaldıracak ve zararı engelleyecek her türlü tedbirdir. Ancak TTK, gemilerin seferden alıkonulması özelinde her türlü ihtiyati tedbir yolunu kapatmaktadır³. Bu bağlamda gemilere ilişkin bir ihtiyati tedbir kararının veya hapis hakkına yönelik bir kararın verilmesi ile gemilerin seferden men edilmesi mümkün değildir⁴. Şu hususu belirtmekte fayda vardır ki kanun metni ihtiyati tedbir konulması değil gemilerin seferden alıkonulması yönünde ihtiyati tedbir kararı verilmesini yasaklamaktadır⁵. Bu durum özelinde bir geminin mülkiyetinin el değiştirmesini engellemek amacıyla yönelik bir ihtiyati tedbir kararı verilebilir.

¹ “Somut olayda borçlu hakkında hapis hakkının kullanılması suretiyle doğrudan taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takip başlatıldığı, takibin kesinleşmediği, dosya kapsamında alınmış herhangi bir ihtiyati haciz kararı bulunmadan anılan gemi hakkında icra müdürlüğüne kesinleşme öncesi seferden men kararı verildiği görülmüştür.

O halde, mahkemece yukarıda yer verilen açıklamalar doğrultusunda kesinleşme öncesi ihtiyati haciz kararı alınmadan seferden men kararı verilemeyeceği gerekçesiyle şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.”, **Yargıtay 12. HD., 2016/25208 E., 2017/15811 K., 19/12/2017 T.**, www.legalbank.net, e.t. 20/04/2022.

² Hakan Pekcanıtaç / Oğuz Atalay / Meral Sungurtekin Özkan/ Muhammet Özkes, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 378 – 379. Mehmet Ali Aksoy, “Gemilerin İhtiyati Haczi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 123, 2016, s. 261.

³ TTK m. 1351/1 “Deniz alacaklarının teminat altına alınması için, geminin sadece ihtiyati haczine karar verilebilir. Bu alacaklar için gemi üzerine ihtiyati tedbir konulması veya başka bir surette geminin seferden men edilmesi istenemez.”

⁴ Aksoy, s. 262.

⁵ Aksoy, s. 262 – 263.

II- KARDEŞ GEMİ KAVRAMI

Kardeş gemi (*sister/surrogateship*)⁶ ya da kardeş gemiler kavramı aynı malike ait birden fazla geminin bulunması durumunda bu gemiler arasındaki ilişkiyi ifade eden bir terimdir. Ancak bu kavramın bağlantılı gemi (*associatedship*) kavramı ile karıştırılmaması gerekmektedir. Bağlantılı gemi kavramı, deniz ticareti kapsamında birden fazla gemiye sahip olan bir topluluğun her bir gemi için farklı bir tüzel kişilik yani bir yavru şirket meydan getirmesi ile bu şirkete ait sermayenin tek bir gemi ile temsil edilmesi halinde bu gemiler arasındaki ilişkiyi nitelendirmek için tercih edilmektedir⁷. Kardeş gemi ve bağlantılı gemi kavramının karıştırılmaması adına kaba bir tabir kullanacak olursak kardeş gemi ifadesinin kâğıtüstünde aynı kişiye ait gemiler için kullanılacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

Kardeş gemi ve bağlantılı gemi arasındaki ayrımın ve pratikte bu ayrımın yapılabilmesinin önemi TTK m. 1369 ve 1999 tarihli “Gemilerin İhtiyati Haczine İlişkin Sözleşme”nin 3. maddesinden kaynaklanmaktadır. Zira bu maddelerde yer alan düzenlemeler kardeş gemilerin ihtiyati haczine cevaz verirken bağlantılı gemilerin ihtiyati haczini de mümkün kılmamaktadır.

III- KARDEŞ GEMİLERİN İHTİYATİ HACZİ

A) Gemilerin İhtiyati Haczinin Şartları

1) Alacağın Bir Deniz Alacağı Olması Şartı

Gemilerin ihtiyati haczi, TTK’nın deniz ticaretine ilişkin beşinci kitabında özel olarak düzenlenmektedir. Zira İcra İflas Kanunu’nun (İİK) 257. maddesinin alacaklıya her türlü para alacağı için borçlunun tüm taşınır ve taşınmaz malları üzerinde ihtiyati hacze olanak tanınması sadece borçluyu değil deniz ticareti kapsamında faaliyet gösteren gemi adamları, yük sahibi ya da yolcular, kiracı, sigortacılar, liman işletmesi ve bankalar gibi bu ticarettten nemalanan birçok üçüncü kişiyi de etkilemesi sebebiyle deniz ticaretinin ihtiyaçlarına uygun değildir⁸. Bu kapsamda TTK’da yapılan düzenleme ile gemilerin ihtiyati haczi kesin hacizden⁹ farklı olarak tüm alacaklar için değil sadece deniz alacakları için mümkün kılınmıştır. TTK m. 1352 hükmüne göre bir alacağın deniz alacağı olarak sayılabilmesi için mevcut istemin madde kapsamında belirtilen hususlardan birinden veya

⁶ Kardeş gemi kavramının İngilizce terminolojideki karşılığı olarak kullanılan sistership(s) ifadesinin cinsiyetçi bir yaklaşım izlemesi sebebiyle literatürde kimi yazarlarca surrogateship(s) ifadesi de tercih edilebilmektedir. Bkz. Matthew Harvey, “Arresting Surrogate Ships: Who Is An Owner?”, *Maritime Law Association of Australia and New Zealand*, V. 18, 2004, p. 73 – 82.

⁷ Bağlantılı gemi kavramına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ecehan Yeşilova Aras, “” Bağlantılı Gemi”nin İhtiyati Hacı Yolunda Perdenin Kaldırılması Teorisi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 79, S.4, 2011, s. 1103 – 1125; Rika Pretorius, “Retrospectivity of Section 3(6) of the Admiralty Jurisdiction Regulation Act 105 of 1983: A New Right or More Effective Remedy”, *South African Yearbook of International Law*, V. 11, 1985 – 1986, p. 172 – 176.

⁸ Kerim Atamer, *Deniz Ticareti Hukuku*, C. IV, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 42.

⁹ TTK m. 1382/2 “Gemilerin icra yoluyla haczinde, alacağın 1352 nci maddede sayılan deniz alacaklarından olması şartı aranmaz.”

birkaçından doğması gerekmektedir. Madde kapsamında deniz alacağı olarak nitelendirilen işlemler şunlardır;

- Geminin işletilmesinin sebep olduğu ziya veya hasar.
- Geminin işletilmesi ile doğrudan doğruya ilgili olarak karada veya suda meydana gelen can kaybı veya diğer bedensel zararlar.
- Kurtarma faaliyeti veya her türlü kurtarma sözleşmesi, çevre zararı tehdidi oluşturan bir gemi veya gemideki eşya ile ilgili kurtarma faaliyeti için ödenecek özel tazminat.
- Çevreye, kıyı şeridinde veya bunlara ilişkin menfaatlara gemi ile verilen zarar ya da zarar verme tehdidi; bu zararı önlemek, sınırlandırmak veya ortadan kaldırmak için alınan önlemler; bu zarar karşılığı ödenecek tazminat; çevrenin eski duruma getirilmesi için fiilen alınan veya alınacak olan makul önlemlerin giderleri; bu zarar ile bağlantılı olarak üçüncü kişilerin uğradığı veya uğrayabileceği kayıplar ve bu bentte belirtilenlere benzer nitelikteki zararlar, giderler veya kayıplar.
- Geminin içinde bulunan veya bulunmuş olan şeyler de dâhil olmak üzere, batmış, enkaz hâline gelmiş, karaya oturmuş veya terkedilmiş olan bir geminin yüzdürülmesi, kaldırılması, çıkartılması, yok edilmesi veya zararsız hâle getirilmesi için yapılan giderler ve harcamalar ile terk edilmiş bir geminin korunması ve gemi adamlarının iâşesi ile ilgili giderler ve harcamalar.
- Bir charter parti düzenlenmiş olup olmadığına bakılmaksızın, geminin kullanılması veya kiralanması amacıyla yapılmış her türlü sözleşme.
- Bir charter parti düzenlenmiş olup olmadığına bakılmaksızın, gemide eşya veya yolcu taşınması amacıyla yapılmış her türlü sözleşme.
- Gemide taşınan, bagaj dâhil, eşyaya gelen veya bu eşyaya ilişkin ziya veya hasar.
- Müşterek avarya.
- Römorkaj.
- Kılavuzluk.
- Geminin işletilmesi, yönetimi, korunması veya bakımı için sağlanan eşya, malzeme, kumanya, yakıt, konteynerler dâhil teçhizat ve bu amaçlarla verilen hizmetler.
- Geminin yapımı, yeniden yapımı, onarımı, donatılması ya da geminin niteliğinde değişiklik yapılması.
- Liman, kanal, dok, iskele ve rıhtım, diğer su yolları ile karantina için ödenecek resimlerle diğer paralar.
- Ülkelerine getirilme giderlerini ve onlar adına ödenmesi gereken sosyal sigorta katılma paylarını da içererek, gemi adamlarına, gemide çalışmaları dolayısıyla ödenecek ücretlerle, onlara ödenmesi gereken diğer tutarlara ilişkin istemler.
- Gemi için alınmış krediler dâhil olmak üzere, geminin veya malikinin adına yapılmış harcamalar.
- Geminin maliki tarafından veya onun hesabına ödenecek, karşılıklı sigorta aidatları da dâhil sigorta primleri.
- Geminin maliki tarafından veya onun hesabına gemiye ilişkin olarak ödenecek her türlü komisyon, brokaj veya acente ücretleri.
- Geminin mülkiyeti veya zilyetliğine ilişkin her türlü uyuşmazlık.

- Geminin ortak malikleri arasında çıkan, geminin işletilmesine ya da gemiden sağlanan hasıllata ilişkin her türlü uyuşmazlık.
- Gemi rehni, gemi ipoteği veya gemi üzerinde aynı nitelikteki aynı bir yükümlülük.
- Geminin satışına ilişkin bir sözleşmeden kaynaklanan her türlü uyuşmazlık.

Yukarıda anılan bu düzenleme ile nelerin deniz alacağı olduğu kanun metninde tek tek sayılmıştır¹⁰. Kanun kapsamında deniz alacakları sınırlı bir biçimde sayıldığı için mevcut düzenlemenin kapsamına girmeyen bir alacağın, deniz alacağı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir¹¹¹².

Kanunda sayılan deniz alacaklarından bir veya birkaçı için alacağını teminat altına almak isteyen alacaklı borçluya ait geminin ihtiyati haczini isteyebilir ancak ihtiyati haciz dışında bir tedbir ya da geminin seferden men edilmesini talep edemez.

¹⁰ Deniz alacaklarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Atamer, s. 94 – 164.

¹¹ “Karar: İhtiyati haciz talep eden vekili, müvekkilinin A.....Shipping&TradingS.A. (“A.....”) 79XX770 IMO numaralı ST. C.....geminin donatanı olduğunu, seferde iken Bulgaristan’ın Varna bölgesinde alınan tüm önlemlere rağmen L.....G.... isimli geminin % 100 kusurlu olarak müvekkiline ait gemiye çattığını, çatma neticesinde müvekkili gemide hasar meydana geldiğini, bu nedenle oluşan masraflar toplamının 748.846,70 Amerikan Doları olduğunu, çatmadan kaynaklı zararın TTK 1320/1-e ve 1321. maddeleri gereği gemi alacaklısı hakkı doğurduğunu, karşı taraf gemisinin an itibarıyla Poliport/Diliskelesi Limanı’na yanaştığını ileri sürerek 91XX731 IMO numaralı L.....G.... gemisi de dahil olmak üzere borçluya ait taşınır ve taşınmaz mallar ile hak ve alacakların ihtiyaten haczine, L.....G.... gemisinin seferden men’ine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, talep dilekçesi ve tüm dosya kapsamı uyarınca TTK 1353. maddesi gereğince ihtiyati haciz istenebilmesi için alacağın deniz alacağı olması gerektiği, TTK 1352. maddesine göre talep konusu alacağın deniz alacağı niteliğinde bulunmadığı, deniz alacaklarında başka alacaklar için gemi hakkında ihtiyati haciz kararı verilemeyeceği, geminin seferden men edilmesinin de istenemeyeceği gerekçesiyle talebin reddine karar verilmiştir.

Karan, ihtiyati haciz talep eden vekili temyiz etmiştir.

İhtiyati haciz talep eden, karşı tarafın kusurlu eylemi ile çatma oluştuğunu ileri sürerek gemi üzerinde ihtiyati haciz ve seferden men karar verilmesini talep etmiş olup, mahkemece yukarıda özetlenen gerekçe ile talebin reddine karar verilmiştir. Oysa, TTK 1352/1-a maddesi uyarınca geminin işletilmesinin sebep olduğu ziya veya hasarlar deniz alacağı hakkı doğurduğundan, çatma da bu kapsamda geminin işletilmesinden doğan bir hasar olarak kabul edilmeli ve deniz alacağı sayılmalıdır. Mahkemece çatmanın deniz alacağı hakkı vermediği gerekçesiyle talebin reddine karar verilmesi doğru olmamış, ihtiyati haciz talebinin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken yanılğılı değerlendirme ile talebin reddi bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle, ihtiyati haciz talep eden alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 13.01.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”, **Yargıtay 11. HD., 2013/18320 E., 2014/589 K., 13/01/2014 T.**, www.legalbank.net, e.t. 04/05/2022.

¹² Şaban Kayıhan, **Deniz Ticareti Hukuku**, 2. Baskı, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2021, s. 301.

2) Alacağın Muaccel Olması

Alacaklının ihtiyati haczi talep edebilmesinin bir diğer şartı ise talebin konusunu oluşturan deniz alacağı veya alacaklarının muaccel olması yahut muaccel olmamakla birlikte borçlunun belirli bir yerleşim yerinin bulunmaması veya borcundan kurtulmak maksadıyla gemisini gizlemeye ya da kaçırmaya kalkışması veya kendisinin kaçmaya çalışması durumlarından birinin gerçekleşmesidir (İİK m. 257/2).

Yukarıdaki ifadedden de anlaşılacağı üzere müaccel bir borç için istisnai hallerden biri gerçekleşmemişse, gemilerin ihtiyati haczine karar verilmesi istenemez. Bu anlamda TTK, TBK veya ilgili mevzuat kapsamında temerrüt halinin gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılması gerekir¹³. Bunun dışında muaccel olan bir deniz alacağının bulunması veya alacak muaccel olmamakla birlikte kanundaki istisnai (İİK m. 257/2) durumlardan birinin oluşması durumunda da alacak hakkına sahip olan kişi bu alacak hakkını ispatlamakla birlikte talebe konu olan gemi ya da gemilerin ihtiyati haczini gerçekleştirebilecektir. Alacaklının bu durumda ispatlaması gereken hususlar, alacağın muaccel olması hali veya istisnai durum ve alacak bedeli olacaktır. Ancak TTK¹⁴ kapsamında alacaklıdan beklenen ispat şartı, İİK m. 258 düzenlemesindeki gibi tam bir ispat değil yaklaşık bir ispattır¹⁵¹⁶. Ayrıca belirtmek

¹³ Kayıhan, s. 302.

¹⁴ TTK m. 1362 “Alacaklının, alacağının 1352 nci maddede sayılan deniz alacaklarından olduğu ve parasal değeri hakkında mahkemeye kanaat getirecek delil göstermesi yeterlidir.”

¹⁵ İİK m. 258 kapsamında ihtiyati hacze ilişkin ispat şartına yönelik detaylı bilgi için bkz. Pekcanitez, s.368; Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz / Sema Taşpınar Ayvaz / Emel Hanağası, **İcra ve İflas Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 449; Baki Kuru / Burak Aydın, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 356 – 357; İbrahim Aşık / Yakup Oruç / Ozan Tok / Ömer Faruk Saçar, **İcra ve İflas Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 471.

¹⁶ “KARAR : İhtiyati haciz talep eden vekili, davaya konu alacağın deniz alacağı olduğunu, dava açılmış olmakla ihtiyati haczin ancak davanın açıldığı mahkemeden istenebileceğini, 10.000 SDR teminatın yatırıldığını, halen geminin Samsun Limanı’nda yanaşık olduğunu, TTK’nın 1352, 1357. maddeleri gözetilerek gemi üzerine ihtiyati haciz konulmasını istemiştir.

Mahkemece evrak üzerinde yapılan inceleme sonucunda, davacı vekilinin alacak davasına dair dava açıldıktan sonra ihtiyati haciz talebinde bulunduğu, incelenen dosyaya göre davacı sigorta şirketinin halefiyete dayalı olarak sigortalıya ödenen 9.206,00 TL sebebiyle talepte bulunduğu, alacağın TTK’nın 1352 f 1/b. maddesi gereği deniz alacağı olduğu, TTK’nın 1353. maddesi uyarınca deniz alacaklısının ihtiyati haciz talep hakkı bulunduğu ve talebin incelenmesinin ön koşulu olan TTK’nın 1363. maddesi gereği yatırılması gerekli teminatın dosyaya yatırıldığı, örneği sunulan konşimentoda emtianın 2.260.640 mt olarak yüklendiği, gümrük tutanağıyla 2.220.160 mt olarak teslim edildiğinin sabit olduğu, ne var ki bu durumun alacağın varlığının somut delili olmadığı, zira ihtiyati haciz talep edenin davacı halef olan sigorta şirketi olduğu ve alacağın muaccel sabit bir alacak olduğunun tespitinin yargılama sonucunda somutlaşacağı, bu durumda talep yargılama gerektirdiğinden TTK’nın 1362. maddesi gereğince parasal değer yönünden kanaat oluşmadığı gerekçesiyle ihtiyati haciz talebinin reddine karar verilmiştir.

İhtiyati haciz isteyen alacaklı vekili; kararı temyiz etmiştir.

Talep, ihtiyati haciz kararı verilmesine ilişkindir. Mahkemece yukarıda belirtilen sebeplerle istemin reddine karar

gerekir ki İİK düzenlemesinden farklı olarak alacağın rehinle teminat altına alınmasının istenmesi gemilerin ihtiyati haczinde bir unsur olarak aranmadığından bu hususun ispatlanmasına gerek yoktur¹⁷. Bu durum gemi alacaklıları, gemi ipoteği alacaklıları ve gemi üzerinde rehin ya da hapis hakkı olan bütün rehinli alacaklılar açısından gemilerin ihtiyati haczine olanak tanımaktadır¹⁸. Bu düzenlemenin bir diğer önemli yanı ise gemi ipoteği ile temin edilmiş kredilerin de deniz alacağı olarak kabul edilmesi yönündedir¹⁹. Böylelikle bu alacaklar için de geminin ihtiyati haczine gitmek mümkün kılınmıştır²⁰.

Son olarak İİK m. 257 hükmünde belirtilen istisnai hallerden mal kaçırma ve gizlenmesi bağlamında üzerinde deniz alacağı geminin kaçırılması ya da gizlenmesi şartının gerçekleştiğinin ispatı, geminin hareket kabiliyetine sahip olması sebebiyle kolay bir işlem değildir²¹. Bu doğrultuda geminin bağlı bulunduğu limandan çıkış izni istemesi, deneme sürüşüne çıkması ya da bulunduğu ülkenin karasularını terk etmeye hazırlanması durumunun varlığı, geminin kaçırılması ya da gizlenmesi şartının ispatı için tek başına yeterli olmayacaktır²².

3)Üzerinde İhtiyati Haciz Kurulabilecek Bir Geminin Bulunması Şartı

İhtiyati haciz kararı, Türk karasularında bulunan bütün ticari gemiler hakkında verilebilir. Bu bağlamda ihtiyati haczin konusunu oluşturan gemin Türk bayrağı taşıyıp taşınamaması bir önem arz etmediği gibi geminin herhangi bir sicile kayıtlı olup olmaması da önemli değildir. Yalnız belirtmek gerekir ki TTK'nın ticaret gemisinin tanımına²³ ilişkin 931. maddesi ve İİK m. 82 haczi caiz olmayan mallar ve haklar hükmü birlikte dikkate

verilmiştir. Somut olayda, istem dilekçesine ekli belgelere göre ihtiyati haciz talep edenin alacak kalemleri, mahkemenin de kabulünde olduğu üzere 6102 Sayılı TTK'nın 1352. maddesine göre deniz alacağı hakkı veren alacaktır. Yine aynı Kanunun 1353. maddesi uyarınca istem konusu alacağın deniz alacağı olması sebebiyle ihtiyati haciz talep hakkı da vardır. İhtiyati haciz taleplerinde tam bir ispat koşulu aranmayıp, yaklaşık ispatın yeterli olduğu ve alacağın varlığının yargılamayı gerektirmesinin işin tabiatından bulunduğu dikkate alınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile talebin reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle, ihtiyati haciz isteyen (alacaklı) vekilinin temyiz itirazının kabulüyle yerel mahkeme kararının alacaklı lehine BOZULMASINA, ödenen temyiz peşin harcın istemi halinde temyiz edene iadesine, 10.09.2014 tarihinde oybirliği ile karar verildi.”, **Yargıtay 11. HD., 2014/11222 E., 2014/13495 K., 10/09/2014 K.**, www.legalbank.net, e.t. 07/05/2022.

¹⁷M. Serhat Sarısözen, “Türk Ticaret Kanunu’nun Deniz Ticareti Kitabı’ndaki Usuli ve İcrai Hükümler”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 1, 2018, s. 168.

¹⁸ Sarısözen, s. 168.

¹⁹ Didem AlgantürkLight, “TTK Tasarısı’nın Deniz Ticareti Başlıklı Beşinci Kitabı ile Getirilen Düzenlemeler ve Değerlendirmeler”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 10, 2006, s. 144.

²⁰ AlgantürkLight, s. 144.

²¹ Kayıhan, s. 303.

²² İbid.

²³ Ticaret gemisi tanımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bülent Sözer, Deniz Ticareti Hukuku – I, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 25 – 27.

alındığına kamuya ait gemilerden ticari amaçlarla kullanılmayanlar hakkında ihtiyati haczin mümkün olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır.

Yabancı gemiler özelinde transit geçiş yapan gemilerle ilgili olarak ihtiyati haczin uygulanması ise kendine özgü birtakım şartları bünyesinde barındırmaktadır²⁴. Bu durum doğrultusunda Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (*United Nations Convention on the Law of the Sea - UNCLOS*) m. 28 hükmü ve TTK m. 1367/1/b hükmü dikkate alındığında transit geçen yabancı gemiler hakkında ihtiyati haciz kararı ancak geminin geçişi sebebiyle ve yolculuk sırasında ya da yolculuk sebebiyle ortaya çıkan kılavuz, römorkaj, tamir ücretleri gibi deniz alacakları için verilebilir. Deniz alacakları dışında bir alacak hakkı için transit geçen geminin durdurulması ya da çevrilmesi söz konusu olamaz. Ayrıca mevcut alacağa ilişkin ihtiyati haciz işlemi transit geçen gemi Türk karasularını terk edene kadar uygulanabilir (TTK m. 1367/1/b). Bu bağlamda alacaklı, ihtiyati haciz kararını aldırarak istediği gemi özelinde, geminin, seferine ara vermesi hususunu ve Türk limanları ile ilgisini de ispat etmelidir²⁵. Türk limanlarına uğramaksızın transit geçen gemi hakkında ihtiyati haciz kararı verilemez²⁶.

4) Alacaklı Tarafından Teminat Gösterilmesi Şartı

Geminin ihtiyati haczini talep eden deniz alacaklısı, geminin ihtiyati haczinin haksız olması ihtimaline karşı borçlu ve üçüncü kişilerin uğrayabileceği zararları gidermek maksadıyla belirli bir miktar teminatı göstermesi gerekmektedir. Bu teminat miktarı TTK m. 1356 hükmünde 10.000 Özel Çekme Hakkı²⁷ (Special Drawing Rights – SDR) olarak maktu bir şekilde ifade edilmektedir.

Yatırılan teminat borçlunun ihtiyati haciz sebebiyle geminin seferden alıkonulduğu süre boyunca oluşan zararını, geminin günlük işletme giderlerini ve yoksun kalan kazançları kapsamaktadır. Bu doğrultuda ilgili zarar kalemleri düşünüldüğünde yatırılan teminat miktarının maktu bir şekilde belirlenmesi bazı alacaklar açısından teminatın yüksek olması sonucunu doğurur iken bazı alacaklar açısından teminatın eksik kalmasına sebep olabilmektedir. Bu bağlamda teminatın yüksel olduğu hallerde alacaklı teminat miktarının düşürülmesini, eksik olduğu hallerde ise borçlu teminat miktarının artırılmasını mahkemeden talep edebilir. Borçlu açısından mahkeme, borçlunun talebini haklı bulursa teminat miktarının artırılması yönünde karar verebilir. Bu durumda alacaklı mahkeme tarafından hükmedilen ek teminatı süresi içinde yatırmazsa ihtiyati haciz kararı kendiliğinden ortadan kalkacaktır (TTK m. 1363/1 – 2).

TTK bazı deniz alacakları özelinde alacaklı tarafın ekonomik bakımdan güçsüz durumda olacağını öngörerek teminat yatırma şartına bir istisna getirmiştir (TTK m.

²⁴ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Fevzi Topsoy, “Türk Boğazları’ndan Geçiş Yapan Yabancı Ticaret Gemilerinin İhtiyati Haczi Sorunu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 124, S. 1, 2016, s. 397 – 421.

²⁵ Aksoy, s. 277.

²⁶ Aksoy, s. 277.

²⁷ Özel çekme hakkının güncel değeri için bkz. www.tcmb.gov.tr

1363/3). Bu hükme göre, geminin malikine, kiracısına, yöneticisine veya işletenine karşı doğmuş olan ülkelerine getirilme giderleri ve onlar adına ödenmesi gereken sosyal sigorta katılma payları da içinde olmak üzere, gemi adamlarına, gemide çalıştırılmakta olmaları dolayısıyla ödenecek ücretlere ve diğer tutarlara ilişkin istem haklarından oluşan alacaklara yönelik olarak gemilerin ihtiyati haczinde, bu kişiler teminat yatırma yükümlülüğünden muaftır.

5) Geminin Mülkiyetinin ya da Zilyetliğinin Borçluda Olması Şartı

Bir geminin ihtiyati haczinin istenebilmesi için genel ihtiyati haciz kurallarından farklı olarak korumanın konusunu oluşturan gemi ile borçlu arasında maddi hukuk yönünden bir bağ kurulması gerekmektedir. Bu bağlamda ihtiyati haczin talep edildiği sırada talep konusu geminin borçlunun mülkiyetinde ve zilyetliğinde olması maddi hukuk bağının varlığı açısından şarttır. Bu durumdan da anlaşılacağı üzere ihtiyati haczin talep edildiği sırada borçlunun mülkiyetinde olmayan gemiler için ihtiyati haciz kararının verilmesi mümkün değildir.

İhtiyati haczin konusunu oluşturan geminin ise borçlunun mülkiyetinde olduğunun ispatı özellikle TTK'nın gemi mülkiyetinin devrine ilişkin düzenlemesi dikkate alındığında her zaman kolay değildir. TTK m. 1001/1 – 2 hükmüne göre,

“Gemi siciline kayıtlı olan bir geminin devri için, malik ile iktisap edenin, mülkiyetin iktisap edene devri hususunda anlaşmaları ve geminin zilyetliğinin geçirilmesi şarttır.

Mülkiyetin devrine ilişkin anlaşmanın yazılı şekilde yapılması ve imzaların noterce onaylı olması gerekir. Bu anlaşma gemi sicil müdürlüğünde de yapılabilir.”

Yukarıdaki hükümden anlaşılacağı üzere bir geminin mülkiyetinin devredilebilmesi için tarafların geminin devri hususunda anlaşmaları ve geminin zilyetliğinin devri yeterlidir. Hüküm her ne kadar ikinci fıkrasında mülkiyetin devrine ilişkin sözleşmenin yazılı şekilde ve noter veya sicil müdürlüğünde yapılmasının gerekliliğinden bahsetmişse de iki hususa dikkat etmek gerekir. İlk olarak TTK m. 1001/1 hükmünde gemi sicili ifadesi ile kastedilen sicil Milli Gemi Sicili'dir. Bu sicil Türk Hukuku'nda gemilere ait tek sicil olmayıp bunun dışında Türk Uluslararası Gemi Sicili, Yapı Gemi Sicili ve her ne kadar teknik anlamda bir sicil olmasa da gemi kayıtlarının tutulduğu Bağlama Kütüğü mevcuttur. İkinci husus ise TTK m. 1001 hükmü kapsamında geminin mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmesinin noter veya sicil müdürlüğünde yazılı olarak akdedilmemesinin bir geçerlilik şartı olduğuna dair vurgu söz konusu değildir. Yine bu durum özelinde sözleşmenin belirtilen yerde ve şekilde yapılmaması da herhangi bir yaptırıma tabi tutulmamıştır²⁸. Belirtilen bu iki husus kapsamında ihtiyati hacze konu olan gemi hangi sicile kayıtlı olursa olsun bir taşınır olarak sözlü veya yazılı devri mümkündür. Ancak ispat açısından devre ilişkin sözleşmenin yazılı yapılmasında fayda olmakla birlikte noter veya sicil müdürlüğünde yapılması da gerekmez.

²⁸ Sözer, s. 103; İsmail Karadana, **Gemi Satış Sözleşmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin, 2019, s. 57.

B) Geminin İhtiyati Haciz Kararının İcrası

TTK m. 1364 hükmüne göre alacaklı, geminin ihtiyati haczine yönelik kararı aldıktan sonra mahkemenin yargı çevresindeki veya geminin bulunduğu yerdeki icra dairesinden 3 iş günü içerisinde ihtiyati haciz kararının infazını istemek zorundadır. Aksi halde ihtiyati haciz kararı kendiliğinden kalkacaktır. TTK'nın ihtiyati haczin icrasına yönelik bu hükmü İİK m. 261 hükmünde yer alan 10 günlük süreden kısa olması ve geminin bulunduğu yerdeki icra dairesinde yetkili olması yönüyle farklılık arz etmektedir. Bu farklılıkların temel sebebi şüphesiz ki deniz ticaretinin kendine özgü yapısıdır. Bu bağlamda geminin aktif bir sefer halinde bulunduğu limanda uzun kalmaması durumu düşünülerek kanun koyucu tarafından geminin bulunduğu yer icra dairesi de yetkili kılınmış ve 10 günlük süre yerine 3 günlük süre tercih edilmiştir. Ancak bu sürenin iş günü olarak ifade edilmesi öğretide kimi yazar tarafından karışıklığa yol açabileceği endişesi ile eleştirilmektedir²⁹.

Geminin yukarıda belirtilen süre kapsamında ihtiyati haczinden sonra TTK m. 1376 hükmü doğrultusunda ihtiyati haczi tamamlayan işlemler gerçekleştirilmelidir. İhtiyati haczi tamamlayıcı merasim olarak da bilinen bu husus, borçluya ihtiyati hacze konu yapılan alacağa yönelik itirazlarını bildirebilmesi için icra veya iflas takibi yapılmasını ya da alacak davası açılmasını ifade eder.

TTK m. 1376 hükmü İİK m. 264'ten farklı olarak ihtiyati haczi tamamlayıcı işlemlere ilişkin süreyi bir ay olarak belirlemiştir. Bunun temel nedeni hiç şüphesiz ki deniz ticaretinin doğası gereği yurt dışında açılacak olan davlardır.

TTK m. 1376 ve İİK m. 264 hükümleri doğrultusunda alacaklı, dava açmadan yahut icra takibine başlamadan önce ihtiyati haciz koydurmuş ve ihtiyati haczin uygulanması sırasında hazır bulunmuş ise haczin uygulanmasından; haciz sırasında hazır bulunmamışsa, haciz tutanağının kendisine tebliğinden itibaren bir ay içinde takip talebinde bulunmaya veya dava açmaya mecburdur (İİK m. 264/1).

İcra takibi bağlamında borçlu ödeme emrine itiraz ederse bu itiraz alacaklıya tebliğ edilir. Alacaklı, tebliğ tarihinden itibaren bir ay içerisinde icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını istemeye ya da mahkemede dava açmaya mecburdur. İcra mahkemesi, alacaklının itirazı kaldırma talebinin reddederse, alacaklı, kararın kendisine tefhimi ya da tebliğinden itibaren bir ay içinde dava açmalıdır (İİK m. 264/2).

İhtiyati haciz, alacak davasının görüldüğü esnada koyulmuş yahut alacaklı birinci fıkra kapsamında dava açmışsa esas hakkında verilecek hükmün mahkemece tebliğinden itibaren bir ay içinde alacaklı takip talebinde bulunmaya mecburdur (İİK m. 264/3).

²⁹ Sarisözen, “İcra ve iflas hukukundaki süreler kural olarak, iş günü olarak düzenlenmiyor iken, buradaki sürenin iş günü olarak düzenlenmesi sürelerle ilişkin genel prensiplere aykırıdır. Nitekim İcra ve İflas Kanunu'nda kanun koyucu – istisnai hükümler saklı kalmak kaydıyla – kanun yoluna başvuru, şikayet, itiraz, gecikmiş itiraz, ihtiyati haczin icrası gibi kendisine geniş uygulamalar bulan sürelerde, iş gününü esas almamıştır. Burada daha fazla bir süre verilmesi isteniyor ise, üç iş günü yerine, söz gelimi beş günlük bir süre verilmesi daha sağlıklı bir yaklaşım olurdu. Bu sayede, sürelerle ilgili olası bir karışıklığın da önüne geçilirdi. Aynı şekilde kanun koyucu, ihtiyati haczi tamamlayan merasim açısından, Ticaret Kanunu'nda süre olarak iş günü ifadesini kullanmamıştır.” s. 169 – 170.

Alacaklı, bu müddetleri geçirir veya davasından yahut takip talebinden vazgeçerse veya takip talebi kanuni sürelerin geçmesiyle düşerse ya da dava dosyası işleminden kaldırılıp da bir ay içinde dava yenilenmezse yahut davasında haksız çıkarsa ihtiyati haciz hükümsüz kalır ve alakadarlar isterse lazım gelenlere bildirilir (İİK m. 264/4).

Borçlu, süresi içinde ödeme emrine itiraz etmez veya itirazı icra mahkemesince kesin olarak kaldırılır ya da mahkemece iptal edilirse, ihtiyati haciz kendiliğinden kesin hacze dönüşür (İİK m. 264/5).

C) Kardeş Gemilerin İhtiyati Hacinde Özellik Arz Eden Durumlar

Gemilerin ihtiyati haczi kural olarak bir deniz alacağından kaynaklı olarak alacağın doğduğu gemi üzerinde kurulsa da bazı durumlarda aynı malike ait farklı bir gemiye de ihtiyati haciz uygulanabilir. Uygulamada kardeş gemi olarak nitelendirilen bu gemilerin ihtiyati haczine ilişkin düzenleme TTK m. 1369 ve 1999 tarihli “*Gemilerin İhtiyati Hacine İlişkin Sözleşme*”nin 3. maddesinde yer almaktadır.

Yukarıda belirtilen maddelerdeki düzenlemeler dikkate alındığında bir kardeş geminin haczinin mümkün olması iki şartın gerçekleşmesine bağlanmıştır³⁰. Bu şartlar;

³⁰ “İLK DERECE MAHKEMESİNİN KARARININ ÖZETİ: İstanbul 17. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin (Denizcilik İhtisas Mahkemesi Sıfatı ile) 22/04/2019 tarih ve 2019/42 D. İş - 2019/44 Karar sayılı Ek Kararı ile; “ ... İhtiyati haciz kararının işleme konulduğu İstanbulİcra Müdürlüğünün... esas sayılı icra dosyasının celp edilerek incelenmesinden; alacaklı tarafın 11/03/2019 tarihinde tebliğ aldığı ihtiyati haciz kararını aynı tarihte icraya koyduğu, icra müdürlüğü tarafından ... isimli geminin seferden meni için İstanbul Liman Başkanlığına müzekkare yazıldığı, alacaklı tarafın ilamsız icra takibi başlattığı, ödeme emrinin 15/03/2019 tarihinde borçluya tebliğ edildiği, ihtiyati hacze itirazın 22/03/2019 tarihinde süresi içerisinde yapıldığı, İhtiyati haciz talep eden vekilinin 09/04/2019 tarihli dilekçesi ekinde, ... numaralı yakıt alındı makbuzunun aslını sunduğu ve evrak aslının mahkeme kasasına alındığı, Tarafların yazılı ve sözlü beyanları, İstanbul İcra Müdürlüğü’nün ... Esas sayılı dosyasının incelenmesi neticesinde; TTK’nun 1363/1. fıkrası gereğince ihtiyati haciz talebinin incelenebilme ön şartı olan özel çekme hakkı tutarında teminatın verilen kesin süre içerisinde talep eden tarafından yatırıldığı, ihtiyati haciz kararına konu alacağın TTK 1352. maddede sayılan bir deniz alacağı olduğu, kardeş gemilerde ihtiyati haciz için TTK’nun 1369. maddesi 2. fıkrasında öngörülen iki koşulun birlikte gerçekleşmesi gerektiği, celp edilen kayıtların tetkikinden bu iki koşulun gerçekleştiği, gemi donatanı ... Ltd’nin iflas etmiş olmasının ihtiyati haciz kararı verilmesine engel teşkil etmediği, talep eden tarafın alacağının yaklaşık ispat kurallarına göre ispatlanmış olduğu, muteriz vekilinin itirazlarının yerinde görülmediği gerekçeleri ile; “ İhtiyati hacze itirazın reddine, ... “ karar verilmiş ve verilen karara karşı, ihtiyati hacze itiraz eden/ vekili tarafından istinaf kanun yoluna başvurulmuştur.

İNCELEME VE DEĞERLENDİRME: HMK 355. maddesine göre istinaf incelemesi istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak ve kamu düzenine aykırılık görüldüğü takdirde ise resen gözetilmek suretiyle yapılmıştır. Uyuşmazlık konusu, ihtiyati haciz kararı verme koşullarının oluşup oluşmadığıdır. Alacaklı ... firmasının talebi üzerine ... gemisinin donatanı ... Ltd. Ye izafeten ... A.Ş firmasının karşı taraf olarak kabul edildiği karar ile ... gemisi üzerine TTK 1352 ve 1369/2. maddeleri uyarınca ihtiyati haciz konulmuştur. İhtiyati hacze itiraz üzerine mahkemece itiraz reddedilmiş, borçlu karşı taraf istinafa gelmiştir. İhtiyati hacze itiraz eden, diğer tarafa borçlu olmadıklarını, kendilerine alacağı ilişkin bir fatura ve belge gönderilmediğini öne sürmektedir. İhtiyati haciz

- Borçlu üzerinde deniz alacağı ileri sürülen geminin maliki, kiracısı, tahsis olunanı ya da taşıtanı sıfatlarından biri aracılığı ile talep konusu deniz alacağının borçlusu haline gelmiş olmalıdır³¹.

- Borçlu, ihtiyati haczin uygulandığı sırada kardeş geminin maliki olmalıdır.

Yukarıda sayılan iki şartın birlikte gerçekleşmesi ile alacaklı, sahip olduğu deniz alacağı hakkına dayanarak borçluya ait başka gemilerinde ihtiyati haczini talep edebilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki kardeş gemilerin ihtiyati haczi, kanunda sayılan deniz alacaklarından sadece m. 1352/1 (t) bendi kapsamında sayılan geminin mülkiyetine ve zilyetliğine ilişkin alacaklar bakımından mümkün değildir. Nitekim bu husus TTK m.

kararı, 25/01/2018 tarihli ... başlıklı ... gemisinin kaptanının mührü ve imzası bulunan bir belge ve buna istinaden düzenlendiği anlaşılan 26/01/2018 tarihli faturaya istinaden verilmiştir. Mahkeme bu belgeleri vadesi gelmiş ve rehinle temin edilmemiş bir para alacağının varlığına yeterli görmüş ve ticari işlemin gemiye yakıt verilmesi nedeniyle deniz alacağı kabul ederek söz konusu kararı vermiştir. Borçlu vekilinin borçlu olmadıkları ve belgelerin kendilerine tebliğ edilmediği yönündeki itirazın, ihtiyati hacze itirazın görüldüğü mahkemede dinlenilmesi mümkün değildir. İhtiyati hacze itiraz eden taraflar arasında bir sözleşme ve ticari ilişki bulunmadığını öne sürmektedir. İhtilafa konu yakıtın satılması bir sözleşmedir. Sözleşme belli bir şekle tabi değildir. Yakıt satımı ani nitelikli bir hukuki işlem olmakla uzun süreli bir ticari ilişkinin bulunmasını gerektirmemektedir. 6102 sayılı TTK’nın 1369/2. maddesinde deniz alacağı doğduğunda gemilerin maliki olanın, ihtiyati haczin uygulandığı esnada da malik olması ve borçtan sorumlu olması halinde ihtiyati haciz kararı verilebileceğini düzenlemektedir. Karar da buna istinaden verilmiştir. İhtiyati hacze itiraz eden, donatan şirketin Rusya’da iflas sürecinde olduğunu, kendilerine yöneltilecek taleplerin Rus Mahkemeleri nezdinde sürülmesi gerektiğini öne sürmektedir. 6102 sayılı TTK’nın 1355. maddesine göre gerekli araştırma yapılarak geminin Tuzla/İstanbul limanında olduğu teyit edilerek ihtiyati haciz kararı verilmiştir. Borçlu donatan şirketin iflas prosedürü içinde olması, talebin Rusya’da yapılmasını gerektirmemektedir. İhtiyati hacze itiraz eden, teminatın arttırılması gerektiğini öne sürmüştür. Mahkemece 6102 sayılı TTK’nın 1363/1. maddesinde öngörülen 10.000 çekme hakkı (SDR) teminatın yatırılması sonrasında ihtiyati haciz kararı vermiş olup, İhtiyati hacze itiraz eden her gün için 3.100,00 USD zarara uğradıklarını belirterek teminatın arttırılmasını talep etmişse de buna ilişkin bir delil sunmamış, mahkeme de TTK 1363/2. maddesi kapsamında ek bir teminat öngörmemiştir. Mahkeme itiraz edenin tüm taleplerini değerlendirerek gerekçelendirmiştir. Bu nedenle bu istinaf nedeni de yerinde değildir. Sonuç olarak; İlk derece mahkemesi hükmü ve gerekçesinde yasa ve usule aykırılık bulunmadığı gibi, kamu düzenine aykırılık da görülmediğinden borçlu vekilinin istinaf başvurusunun HMK 353/1-b1 maddesi uyarınca esastan reddine karar verilmesi gerektiği kanaatine varılarak aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM : Yukarıda açıklanan nedenlerle; 1-İhtiyati hacze itiraz edenin istinaf başvurusunun 6100 sayılı HMK’nun 353/1-b1 maddesi gereğince ESASTAN REDDİNE, 2-Harçlar Kanunu gereğince istinaf eden tarafından yatırılan 121,30 TL istinaf başvuru harcının hazineye gelir kaydına, 3-Karar tarihi itibarıyla Harçlar Kanunu gereğince alınması gereken 44,40 TL istinaf karar harcı ihtiyati hacze itiraz eden tarafından istinaf aşamasında peşin olarak yatırıldığından; yeniden harç alınmasına yer olmadığına, 4-İstinaf yargılama giderlerinin istinaf talep eden üzerinde bırakılmasına, 5-Artan gider avansı varsa talep halinde yatıran tarafa iadesine, 6-Kararın İlk Derece Mahkemesince taraflara tebliğe gönderilmesine, Dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda 10/07/2019 tarihinde HMK’nun 362/1-f maddesi gereğince kesin olarak oy birliği ile karar verildi. ”, İSTANBUL BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ 13. HD., 2019/1297 E., 2019/1975 K., 10.07.2019 T., www.legal.net, e.t. 06.05.2022.

³¹ Atamer, s. 187.

1369/3 hükmünde de ifade edilmektedir. Örneğin bir gemi satış sözleşmesi kapsamında gemiyi satın alan kişi karşı tarafın borcunu ifa etmemesi sebebiyle, karşı tarafa ait ve sözleşmenin konusunun dışında kalan bir geminin ihtiyati haczinin talep edemeyecektir.

Kardeş geminin ihtiyati haczi alacaklıya alacağını temin etme yönünde bir avantaj sağlasa da bir de dezavantajı vardır³². Deniz alacağının niteliğine göre sıra cetvelinde birinci sırasından yedinci sırasına kadar yerleşme imkanına sahip olan alacaklı kardeş geminin ihtiyati haczini talep ettiğinde imtiyazı olmayan diğer alacaklarla birlikte sekizinci sıraya yerleşecektir (TTK m. 1389/4). Örneğin, yapmış olduğu kurtarma hizmetinin karşılığı olan meblağı temin etmek isteyen alacaklı, geminin cebri icradan satışını talep ettiğinde, deniz alacağının üzerinde doğmuş olduğu gemi açısından sıra cetvelinde 3. sırada olacak iken kardeş gemi açısından 8. sırada bulunacaktır. Kanaatimizce kardeş geminin ihtiyati haczinin talep edildiği durumlarda alacaklı temkinli hareket etmelidir. Zira borçlunun borca batık olması durumunda kardeş geminin ihtiyati haczini talep eden alacaklı hem deniz alacağından doğan imtiyazını kaybedecek hem kendi cebinden yüklü bir masraf yapmış olacak hem de alacağını tahsil edememe rizikosuna ile karşı karşıya kalacaktır.

Kardeş gemilerin ihtiyati haczine ilişkin bir diğer önemli nokta ise daha önce kardeş gemi kavramını açıklarken değindiğimiz kardeş gemi ile bağlantılı gemi arasındaki farka ilişkindir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere k bağlantılı gemi, şirketlerin ticaret hayatının bir gerekliliği olarak esas sermayesinin önemli bir kısmını oluşturan gemilerin malikleri olarak farklı yavru şirketleri göstermeleridir. Bu durumun oluşmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Ancak bu durum özelinde ana şirketin ya da şirketler topluluğunun temel amacı kanuna karşı hile oluşturmak suretiyle borçluya zarar vermek ise bu halde gemilerin kâğıtüstünde farklı malikleri olmasına rağmen bu gemilerin kardeş gemi olarak kabul edilerek ihtiyati haczinin mümkün kılınması gerekmektedir.

“Belçika Hukuku açısından ilkeleri belirleyen 1/2/1994 tarihli “Alpha Sun” kararına konu olan uyuşmazlıkta, “Alpha Star” adlı gemi (L) şirketinin adına kayıtlıyken yüküyle birlikte batmıştır. Yükün maliki tazminat istemi ileri sürmüş ve bu isteme güvence sağlamak üzere (K) şirketinin mülkiyetindeki “Alpha Sun” adlı gemi üzerinde ihtiyati haciz kararı almıştır. Mahkemenin bulgularına göre, anılan iki gemiyle birlikte “Alpha Storm” ve “Alpha Sky” adlı gemiler Liberya’da ayrı birer şirket adına kayıtlıysa da tümü için ortak bir adres tescil edilmiştir; gemilerin tümü, milletlerarası sınıflandırma kuruluşu Lloyd’s Register of Shipping’in listesinde (LTT) unvanlı bir şirketin adı altında sıralanmıştır; (LTT) her iki gemi için sorumluluk (P&I) sigortası uyarınca sigortalı sıfatını taşımaktadır; milletlerarası piyasalarda başvurulmuş dökümlerde ve fihristlerde (LTT) dört grup şirketinin ve dört geminin maliki olarak belirlenmiştir; (L) ve (K) şirketlerinin yönetimi aynı kişilerin elindedir; ayrıca her iki şirket aynı ortak temsilci ile avukat tarafından temsil edilmektedir; gemilerden birinin borcu için diğeri üzerine karşılıklı olarak ipotekler kurulmuştur; (K) ve (L)’nin yönetim ve mali açılarından bağımsız işletildiklerine ilişkin bir delil yoktur. Tüm bu hususlar dikkate alan Anvers İstinaf Mahkemesi (Courd’Appel), “Alpha Star” adlı geminin batması sebebiyle (L) şirketinin borçlandığı tazminat isteminin güvence altına alınması

³² Atamer, s. 189.

için, (K) şirketine ait “Alpha Sun” gemisinin ihtiyati haczine izin vermiştir.”³³

Yukarıdaki Belçika Mahkemesi’nin kararında da görüleceği üzere ihtiyati haciz kararına karşı çıkan şirket her ne kadar mahkemede belirtilen gemilerin farklı şirketlere ait olması sebebiyle haczedilemeyeceğinden bahsetmişse de Mahkeme, gemiler arasındaki mali kayıtlar, sicil kayıtları ve tüm şirketlerin aynı vekil ile temsil edilmesi bulgularından hareketle, uyuşmazlık konusu gemilerin kardeş gemi olduğu kanaatine varmıştır. Belçika Mahkemesi’nin vermiş olduğu bu doğru karar, bağlantılı gemilere ilişkin yapılan ihtiyati hacizlerde Türk Mahkemeleri’nin değerlendirmelerinde de örnek teşkil etmelidir.

D) Gemilerin İhtiyati Hacinde Görevli ve Yetkili Mahkeme

Gemilerin ihtiyati haczine ilişkin davalar TTK m. 4 hükmü uyarınca tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın ticari dava sayılmaktadır. Tüm ticari davalar, aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesinin görev alanındadır. Hemen belirtelim ki asliye ticaret mahkemesi ile diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki bir görev ilişkisi olmakla birlikte TTK m. 5 hükmü dikkate alındığında gemilerin ihtiyati haczi başvurularına bakmakla görevli mahkeme eğer bir yerde birden fazla ticaret mahkemesi varsa ve iş yoğunluğu gerekli kılınmışsa deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmak üzere kurulmuş bir deniz ihtisas mahkemesi, bunun yokluğunda asliye ticaret mahkemesi, asliye ticaret mahkemesinin de yokluğunda asliye hukuk mahkemesidir³⁴.

Geminin ihtiyati haczine ilişkin uyuşmazlıklarda hangi mahkemenin yetkili olacağı TTK’nın 1354 ile 1361. maddeleri arasında gösterilmiştir. Bu anlamda kanun yetki hususunda gemileri tabiiyetine değil Türk bayrağını usulüne uygun olarak çekip çekmediğini esas almıştır. Şu hususu da belirtmek gerekir ki, yetki kurallarının hepsi kesin yetki kuralı olup, ihtiyati haciz talep edildiğinde mahkeme yetkili olup olmadığını re’sen inceleyecektir.

1- Dava Açılmadan Önce Yetkili Mahkeme

a- Türk Bayraklı Gemiler

Türk Bayraklı gemiler hakkında ihtiyati haciz kararı sadece, geminin demir attığı, şamandıraya veya tonozu bağlandığı, yanaştığı veya kızağa alındığı yer mahkemesi ya da aşağıda gösterilen mahkemeler tarafından verilebilir:

³³ Atamer, s. 190 – 191.

³⁴ Göreve ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Efe Dörenisa, “Deniz Ticaret Mahkemelerinin Görevi, Yetkisi ve Diğer Asliye Ticaret Mahkemeleriyle İlişkilerine İlişkin Sorunlar”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 2, 2020, s.353 - 422.

- a) Bir Türk Gemi Siciline kayıtlı gemilerde, sicil yeri mahkemesi.
b) Sicile kayıtlı olmayan gemilerde malikin yerleşim yeri mahkemesi.
c) 941 inci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca tutulan özel sicile kayıtlı gemilerde kiracının yerleşim yeri mahkemesi³⁵.

İhtiyati haciz talebi kapsamında geminin demir attığı, şamandıraya veya tonozla bağlandığı, yanaştığı veya kızağa alındığı yer mahkemesinde talepte bulunulmuşsa, mahkeme, talep anında geminin kendi yargı çevresinde olup olmadığını kontrol etmesi gerekir, değil ise ihtiyati haciz talebi reddedilmelidir.

b- Yabancı Bayraklı Gemiler

Türkiye’de yabancı bayraklı gemiler hakkında ihtiyati haciz kararı, sadece, geminin demir attığı, şamandıraya veya tonozla bağlandığı, yanaştığı ya da kızağa alındığı yer mahkemesi tarafından verilir. (TTK m. 1355)

TTK düzenlemesi kapsamında Türk bayraklı gemilerden farklı olarak yabancı bayraklı gemilerin ihtiyati haczi kapsamında yetkili mahkeme olarak, geminin sicil yeri mahkemesi, malikin yerleşim yeri mahkemesi ya da kiracının yerleşim yeri mahkemesi sayılmamıştır.

c- Yetkiye, Tahkime ve Esasa Uygulanacak Hukuka İlişkin Bir Anlaşmanın Varlığı Hâlinde Türk Mahkemesinin Yetkisi

İlgili sözleşmeye konulmuş bir yetki veya tahkim kaydına ya da ayrıca yapılmış olan bir yetki yahut tahkim sözleşmesine göre, hakkında ihtiyati haciz kararı uygulanacak olan deniz alacağının esası hakkında hüküm vermeye bir hakem kurulu veya yabancı mahkeme yetkili olsa yahut deniz alacağının esasına yabancı bir devletin hukuku uygulansa bile, 1354 ve 1355 inci maddelere göre yetkili olan mahkemeler, bir deniz alacağı için teminat elde edilmesini sağlamak üzere ihtiyati haciz kararı vermeye yetkilidir. (TTK m. 1356)

2-Dava Açıldıktan Sonra Yetkili Mahkeme

Bir deniz alacağı hakkında, yurt içinde mahkemede dava açıldıktan sonra, ihtiyati haciz kararı, sadece davayı gören mahkemeden istenebilir. Bir deniz alacağı hakkında, hakem önünde veya yurt dışındaki bir mahkemede dava açılmışsa, kesin hüküm verilinceye kadar ihtiyati haciz kararı, sadece 1354 ve 1355 inci maddelere göre yetkili olan mahkemeden istenebilir. (TTK m. 1357)

³⁵ TTK m. 941/2 - 3, “Türk gemisi olmayan bir gemi, ona Türk Bayrağı çekebilecek kişilere en az bir yıl süreyle kendi adlarına işletilmek üzere bırakılmışsa, malikin rızası alınmış olmak, Türk mevzuatının kaptan ve gemi zabıtları hakkındaki hükümlerine uyulmak ve yabancı kanunda da bunu engelleyen bir hüküm bulunmamak şartıyla, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı geminin Türk Bayrağı çekmesine izin verebilir. Şu kadar ki, izin alan kişi, her iki yılda bir; izin için gerekli şartların varlığını sürdürdüğünü ispatlamakla yükümlüdür. İkinci fıkrafta belirtilen gemiler; Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca tutulacak özel bir sicile kaydolunur.”

3- İhtiyati Hacizlerde İtirazlarda, Değişikliklerde ve Esas Konu Hakkında Yetkili Mahkeme

Yokluğunda ihtiyati haciz kararı verilmiş olan kişilerin itirazları hakkında karar vermeye;

- a) Esas hakkında dava açılmadan önce, ihtiyati haciz kararını vermiş olan mahkeme,
b) Esas hakkında Türkiye’de dava açılmışsa, bu mahkeme,
c) Esas hakkında hakem önünde veya yurt dışındaki bir mahkemede dava açılmışsa, ihtiyati haciz kararını veren mahkeme, yetkilidir. (TTK m. 1358/1)

Birinci fıkrafta sayılan mahkemeler, ihtiyati haciz kararının değiştirilmesi, istihkak iddiaları, tarafların yatırdıkları teminatların artırılması veya azaltılması, türünün değiştirilmesi veya iptali hususlarında yapılacak başvurular hakkında karar vermeye de yetkilidir. (TTK m. 1358/2)

1354 ve 1355 inci maddeler uyarınca deniz alacakları hakkında ihtiyati haciz kararı vermeye yetkili olan mahkeme, deniz alacağının esasına ilişkin olarak yapılmış bir yetki veya tahkim sözleşmesi yoksa, ihtiyati haczi tamamlamak üzere açılacak dava hakkında ve ihtiyati haczi uygulayan icra dairesi de icra takibi hakkında yetkilidir. (TTK m. 1359)

4- Tenfiz Hakkında Yetkili Mahkeme

Bir deniz alacağı için ihtiyati haciz kararı vermiş olan Türk mahkemesi, o deniz alacağının esası hakkında verilmiş bir yabancı mahkeme veya yabancı hakem kararının tenfizinde; tenfiz isteminin yapıldığı tarihte geminin o Türk mahkemesinin yargı çevresinde bulunması veya geminin serbest bırakılması için 1370 ilâ 1372 nci maddeler uyarınca yatırılmış teminatın, tenfiz isteminin yapıldığı tarihte mahkeme kasasında bulunması şartıyla, yetkilidir. (TTK m.1360)

5- Haksız İhtiyati Haciz Sebebiyle Açılacak Tazminat Davası Hakkında Yetkili Mahkeme

İhtiyati haciz kararı veren mahkeme, haksız çıkan alacaklı aleyhine açılacak tazminat davasını da görmeye yetkilidir. Deniz alacağının esası hakkında yurtiçinde veya yurt dışında mahkemede veya hakem önünde dava açılmışsa, bu davanın sonuçlanması, tazminat davası yönünden bekletici sorun oluşturur. (TTK m. 1361)

IV- KARDEŞ GEMİYE EL KONULMASI VE MUHAFAZA ALTINA ALINMASI

İhtiyati haczin konusunu oluşturan gemi ya da gemilere fiile el konulma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu amaçla icra müdürü tarafından seferden menedilen gemi, muhafaza altına alınır. Gemiler her ne kadar taşınır eşya olsa da teknik anlamda muhafaza edilemeyeceğinden, muhafaza ifadesi ile kastedilen geminin seferden menedilerek, limanı terk etmesinin önlenmesi, bu maksatla gemiye ait evrakların alınması, gemini nezaret ve muhafazası için bekçi tayin edilerek, çapanın çıkarılması ya da dümenin kilitlenmesi gibi

tedbirlerin alınmasıdır³⁶. Geminin ihtiyaten haczedilerek seferden menedildiği, kaptana veya malike ya da malik olmayan donatana yahut bunların bir temsilcisine tebliğ edilir. Gemi, tebligat yapılan kişiye yediemin sıfatıyla bırakılır (TTK m.1366/1).

Haczi uygulayan memurun düzenleyeceği ihtiyati haciz tutanağında, geminin adıyla belirtilmesi yeterlidir; değerinin yazılması gerekmez. Taraflardan birinin istemi üzerine, geminin değeri icra mahkemesince saptanır; bu saptamaya dosyadan anlaşılan ilgililer çağırılır (TTK m. 1366/2).

İcra müdürü, ihtiyati haciz kararını derhâl, geminin bulunduğu bölgeden sorumlu sahil güvenlik komutanlığına veya emniyet teşkilatına, liman başkanlığına ve gümrük idaresine bildirir (TTK m. 1366/3).

İcra müdürü, ihtiyati haciz kararını, kararın uygulanmasını izleyen ilk iş gününde geminin kayıtlı olduğu sicile ve yabancı bayraklı gemilerde, geminin bayrağını taşıdığı devletin en yakın konsolosluğuna bildirir (TTK m. 1366/4).

İhtiyati haciz kararı uygulanacağı sırada, gemi fiilen hareket etmiş veya seferde bulunuyorsa, Türk Bayraklı gemiler açısından ihtiyati haciz kararı, malike, malik olmayan donatana ve borçtan şahsen sorumlu bulunan kişiye tebliğ edilir ve deniz alacağı için on gün içinde teminat verilmesi, aksi hâlde geminin izleyen ilk seferinde icra dairesine teslim olunması ihtar olunur. Yabancı bayraklı gemilerde ise ihtiyati haciz kararı, sahil güvenlik komutanlığının yardımı alınarak, gemi Türk karasularını terkedinceye kadar uygulanabilir. (TTK m. 1367)

Bir geminin ihtiyati haczi, borçlunun o geminin işletilmesinden elde ettiği geliri ve menfaatleri de kapsar (TTK m. 1368/1).

İcra dairesi, geminin idaresi ve işletilmesi ile bakımı ve korunması için gerekli her türde önlem alır (TTK m. 1368/2).

V- KARDEŞ GEMİNİN SERBERT BIRAKILMASI

Kanun koyucu TTK m. 1370 ve m. 1371 hükümleri ile borçlunun ve alacaklı yararına bir düzenleme getirmiştir. Bu hükümlere göre borçlu teminat göstermesi karşılığında gemisinin işletme hakkını elde ederken, alacaklı ise alacağının parasal karşılığını teminat olarak almaktadır³⁷. Böylelikle teminat göstermek suretiyle borçlu, gemiye fiilen el konulmasının (TTK m. 1370) ya da ihtiyati haciz kararının uygulanmasının (TTK m. 1371) önüne geçebilir³⁸.

TTK m. 1370 özelinde borçlu yatırılan teminatın karşılığı olarak gemiye fiilen el konulma tedbirinin uygulanması ya da kaldırılması yönünde bir kazanım elde ederken; TTK m. 1371 özelinde ise teminat karşılığında gemi üzerindeki ihtiyati haczin kaldırılması sonucunu elde etmektedir.

³⁶ Aksoy, s. 289; Sarısözen, s. 170.

³⁷ Aksoy, s. 293.

³⁸ Aksoy, s. 293.

A) Geminin Değerinin Depo Edilmesi

İhtiyaten haczolunan gemi, istenildiği zaman icra dairesine teslim edilmek ve bunu sağlamak amacıyla geminin değeri depo edilmek veya icra memuru tarafından kabul edilecek taşınmaz rehni, gemi ipoteği veya itibarlı bir banka kefaleti gösterilmek şartıyla borçluya ve gemi üçüncü kişi elinde iken ihtiyaten haczolunmuşsa, bir taahhüt senedi alınarak, bu kişiye bırakılabilir. Geminin, üzerindeki ihtiyati haciz devam etmek kaydıyla serbest bırakıldığının, 1366 ncı maddede sayılan kurumlara bildirilmesi ve sicildeki ihtiyati hacze dair kaydın korunması gereklidir. (TTK m. 1370/1 – 2)

İhtiyati haczin devamı için açılan davanın sonunda, teminatın alacaklıya ödenmesine karar verilse bile, teminat olarak yatırılan para icra veznesinden çekilene kadar diğer deniz alacaklıları bu Kısım hükümlerine göre hacze katılabilir. (1370/3)

Gemi mülkiyeti ve zilyetliğinden ya da ortak malik taleplerinden kaynaklanan deniz alacaklarının birinden dolayı ihtiyaten haczedilmiş olan gemi hakkında, zilyedi olan kişinin yeterli teminatı vermesi durumunda, gemi bu kişiye bırakılabilir. (1370/4)

B) İhtiyati Haczin Kaldırılması

Geminin maliki veya borçlu, geminin değerini geçmemek kaydıyla, deniz alacağının tamamı, faizi ve giderler için yeterli teminat göstererek, ihtiyati haczin kaldırılmasını mahkemeden isteyebilir (TTK m. 1371/1). TTK m. 1371/1 hükmünün lafzından da anlaşılacağı üzere ihtiyati haczin kaldırılması için yatırılacak olan teminatın üst sınırını geminin bedeli oluşturacaktır. Fakat şu hususu da belirtmek gerekir ki TTK m. 1371/2 hükmü de dikkate alındığında yatırılan teminata diğer alacaklılar iştirak edemeyecektir. O halde mevcut alacak geminin değerinin de düşük bir bedel ise bu halde teminat üst sınırını geminin değeri değil alacağın miktarı belirleyecektir.

İhtiyati haciz kapsamında belirtilen teminat yatırıldıktan sonra gemi üstündeki ihtiyati haciz sona erer. Geminin ihtiyati haczinin kaldırıldığının, 1366.maddede sayılan kurumlara bildirilmesi ve ihtiyati hacze dair sicildeki kaydın silinmesi gereklidir.

VI- SONUÇ

Türk Hukuk Sistemi kapsamında ve deniz ticareti özelinde gemilere yönelik başvurulabilecek geçici koruma tedbirlerinden yalnızca ihtiyati hacze izin verilmekte olup. İhtiyati haciz dışında geminin seferden menedilmesine yönelik herhangi bir ihtiyati tedbir kararının verilmesi mümkün değildir.

Gemilere yönelik ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için TTK m. 1352 hükmü kapsamında sayılan muaccel bir deniz alacağının bulunması ya da alacak müeccel olmakla birlikte kanunda belirtilen istisnai hallerden birinin gerçekleşmiş olması beklenir. Bu bağlamda ihtiyati haciz kararı verilmesi talep edilen geminin tabiiyeti ya da bayrağı bir önem arz etmemektedir.

Doğmuş olan deniz alacağı kapsamında alacaklı, alacağa sebep olan geminin haczinin talep edebileceği gibi TTK m. 1369/3 kapsamında aynı malike ait uygulamada kardeş gemi olarak nitelendirilen başka gemilerinde haczini talep edebilir. Ancak dikkat edilmesi gereken iki husus söz konusudur. Bunlardan ilki deniz alacakları içerisinde geminin

mülkiyetinden kaynaklı olarak ortaya çıkmış alacaklar kapsamında kanun, kardeş gemilerin ihtiyati haczine cevaz vermemektedir. İkinci husus ise ticari hayatın bir gerekliliği olarak ortaya çıkmış aynı şirketler topluluğuna fakat farklı şirketlere ait olan bağlantılı gemilere ilişkindir. Bağlantılı gemiler kağıtüstünde farklı maliklere ait olması ve kanun koyucunun burada bilinçli bir boşluk bırakması ile ihtiyati haczi mümkün değildir. Ancak bizim görüşümüze göre bağlantılı gemi deniz alacaklısını zarara uğratmak maksadıyla yani kanuna karşı hile yapmak maksadı ile kullanılıyorsa kardeş gemi olarak nitelendirilip haczi mümkün kılınabilir. Fakat bu hususun ispatlanması gerekir.

Gemilere yönelik verilmiş olan ihtiyati haciz kararından sonra üç iş günü içerisinde yetkili icra dairesinden kararın infazı talep edilmelidir. Aksi halde ihtiyati haciz kararı kalkar. Kararın infazı ile icra müdürlüğü gemiye el koyar ve muhafaza işlemlerini gerçekleştirir. Bu işlem sonrasında tamamlayıcı merasimin gerçekleştirilmesi ile geminin ihtiyati haczi tamamlanır.

Borçlu ihtiyati haciz kararı verilen geminin serbest bırakılması için mahkemeye bir teminat yatırabilir. Bu teminat ile alacaklı alacağının parasal karşılığını güvence altına alırken borçlu ve üçüncü kişiler de geminin işletilmesi hakkına kavuşmuş olur. Bu teminat miktarı kanunda belirtildiği üzere borç geminin değerinden yüksek ise geminin değerinden, borç geminin değerinden az borcun değerinden yüksek olamaz.

KAYNAKÇA

- AKSOY, Mehmet Ali:** “*Gemilerin İhtiyati Haczi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 123, 2016, s. 259 - 302.
- ALGANTÜRK LİGH, Didem:** “*TTK Tasarısı’nın Deniz Ticareti Başlıklı Beşinci Kitabı ile Getirilen Düzenlemeler ve Değerlendirmeler*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 10, 2006, s. 124 – 146.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel:** İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- AŞIK, İbrahim / ORUÇ, Yakup / TOK, Ozan / SAÇAR, Ömer Faruk:** İcra ve İflas Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ATAMER, Kerim:** Deniz Ticareti Hukuku, C. IV, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- DİRENİSA, Efe:** “Deniz Ticaret Mahkemelerinin Görevi, Yetkisi ve Diğer Asliye Ticaret Mahkemeleriyle İlişkilerine İlişkin Sorunlar”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim **Hukuku Dergisi**, C. 9, S. 2, 2020, s. 353 - 422.
- HARVEY, Matthew:** “*Arresting Surrogate Ships: Who Is An Owner?*”, Maritime Law Association of Australia and New Zealand, V. 18, 2004.
- KARADANA, İsmail:** Gemi Satış Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin, 2019.
- KAYIHAN, Şaban:** Deniz Ticareti Hukuku, 2. Baskı, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2021.
- KURU Baki / AYDIN, Burak:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- PEKCANITAZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet:** İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- PRETORIUS, Rika:** “*Retrospectivity of Section 3(6) of the Admiralty Jurisdiction Regulation Act 105 of 1983: A New Right or More Effective Remedy*”, South African Yearbook of International Law, V. 11, 1985 – 1986.
- SARISÖZEN, M. Serhat:** “*Türk Ticaret Kanunu’nun Deniz Ticareti Kitabı’ndaki Usuli ve İcrai Hükümler*”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 1, 2018.
- SÖZER, Bülent:** Deniz Ticareti Hukuku – I, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- TOPSOY, Fevzi:** “*Türk Boğazları’ndan Geçiş Yapan Yabancı Ticaret Gemilerinin İhtiyati Haczi Sorunu*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 124, S. 1, 2016, s. 397 – 421.
- YEŞİLOVA ARAS, Ecehan:** “*“Bağlantılı Gemi”nin İhtiyati Haczi Yolunda Perdenin Kaldırılması Teorisi*”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 79, S.4, 2011.

BOŞANMA DAVALARI ÖZELİNDE HUKUKA AYKIRI DELİL KAVRAMI

Av. Suğdem GÖZALIR & Av. Arb. Volkan ALKILIÇ

Günümüzde teknolojinin gelişmesi, hukuk yargılamasını da doğrudan etkilemekte ve beraberinde de bazı hukuki uyumsuzluklara, farklı görüşlere sebebiyet vermektedir. Bu gelişmelerin etkilediği dava alanlarından birisi de boşanma davalarıdır. Boşanma davalarında tarafların dosyaya sundukları delillerin çeşitliliği, teknolojinin gelişmesiyle bağlantılı olarak artmaktadır. Bu artış beraberinde hukuki delilin, hukuka uygunluk ve delil sıfatını haizliği, hukuka aykırılık bakımından araştırılmasını da derinleştirmektedir. Bu yazı kapsamında, boşanma davalarında hukuka aykırı delil kavramı, taraflarca sunulan delillerin hukuka uygunluğu, bireylerin hak arama mücadelesi ile hakları arasındaki karşılıklı menfaat çatışması doktrinde mevcut konuya ilişkin görüşler ve Yargıtay’ın emsal kararları ışığında incelenecektir.

A. DELİL VE HUKUKA AYKIRI DELİL KAVRAMLARI

1. DELİL KAVRAMI

Hukuk yargılamasında temel olarak taraflar belirli iddia ve taleplerde bulunmakta ve yargılama aşamasında da bu talep veya isteklerini ispatlamaya çaba göstermektedir. Doktrinde ispat, “... taraflarca iddia edilen talebin dayandığı hukuk kuralının koşul vakıalarının somut olarak, iddia edildiği gibi gerçekleştiği konusunda hâkimde kanaat uyandırmak üzere yapılan inandırma faaliyetidir” şeklinde tanımlanmaktadır¹. Bunun yanı sıra bir başka tanıma göre ise, “... davacının talep sonucunu dayandırdığı olayı oluşturan vakıaların, bu sonucu sağlayacak hukuk normunun soyut unsur vakıalarını karşılayıp karşılamadığının tespiti” şeklinde tanımlanmaktadır². 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun (TMK)³ ispat yükü kenar başlıklı 6. maddesinde, “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür” şeklinde düzenleme mevcuttur. Bunun yanı sıra 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK)⁴ İspat Hakkı kenar başlıklı 189. Maddesinin birinci fıkrası, “Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir.” hükmünü havidir. İlgili düzenleme ve görüşler ışığında kural olarak, ispat yükünün iddiada bulunan tarafa ait olduğu kabul edilmektedir. İddiada bulunan taraf, iddiasını ispat etmek için ispatı destekleyici delilleri sunabilecektir. Bu kapsamda sunulan delillerin hukuka

¹ PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 14. Basım, Yetkin Basımevi, Ankara 2013, s. 56.

² ALANGOYA, Yavuz, **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s. 86

³ RG, 08.12.2001, 24607

⁴ RG, 04.02.2011, 27836

aykırı olmaması, ispat noktasında değerlendirilmeye alınması bakımından zorunluluk arz etmektedir.

2. HUKUKA AYKIRI DELİL KAVRAMI

Yargılama kapsamında taraflarca ileri sürülen ve dava dosyalarına sunulan delillerin hukuka uygun yollarla elde edilmiş olması gerekliliği gerek Anayasa düzeyinde gerekse ilgili mevzuatlarda ve emsal kararlarda şüpheden uzak açıklıkta ve netlikte düzenlenmiş bir husustur. T.C. Anayasası’nın (Anayasa)⁵ 36. maddesinde, herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Benzer ve destekleyici şekilde, Anayasa’nın 38. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemeyeceği düzenlenmiştir. Doktrinde, Anayasa’nın 38. Maddesinde ceza yargılaması bakımından düzenlenen değinilen hükmün, hukuk yargısının bütünü bakımından geçerli olacağı, Anayasa m.176/2 dikkate alındığında maddenin yalnızca ceza yargılaması bakımından geçerli olmayacağı, hukuk yargılaması bakımından da uygulama alanı bulacağı görüşü mevcuttur.⁶ Hukuk yargılaması bakımından hukuka aykırı delil kavramı, HMK m.189/2’de, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmayacağı şeklinde düzenlenmiştir. Boşanma davaları özelinde bir inceleme yapıldığında, dosyaya sunulan delillerin gerek ceza yargılaması bakımından gerekse hukuk yargılaması bakımından mevcut hükümler ışığında olay özelinde bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Hukuka aykırı delil kavramında gerek doktrinde gerekse emsal yargı kararlarında tam bir birliğin sağlandığı söylenemeyecektir. Bu husus dikkate alındığında sunulan delil, konu ve olay özelinde bir değerlendirme yapılmaksızın bir karara varılması, o kararın doğruluğuna gölge düşürecek kanaatindeyiz.

B. BOŞANMA DAVALARI ÖZELİNDE HUKUKA AYKIRI DELİL KAVRAMI

Boşanma davaları, davanın taraflarının hak ve menfaatlerinin çatıştığı, taraflarca dosyaya sunulan delil ve belgelerinin hukuka uygunluğunun analiz edildiği nitelikte dava çeşididir. Burada önemli olan nokta taraflarca, hukuka uygunluğu analiz edilmeksizin çok sayıda delil sunulması olmayıp daha az ancak hakim nezdinde değerlendirmeye esas alınacak hukuka uygun deliller sunulmuş olmasıdır. Boşanma davalarında taraflarca dosyaya sunulan delillerin elde edilme şekli ve dolayısıyla hukuka uygunluğu şüphesiz dava dosyalarının seyrini değiştirecektir. Bu kapsamda boşanma davaları özelinde sunulan delillerin ihlal ettiği bireysel hakların emsal yargı kararları ışığında incelenmesi yerinde olacaktır.

⁵ RG, 09.11.1982, 17863 (Mükerrer)

⁶ TANRIVER, Süha; TBB Dergisi, S. 65, 2006, s. 122.

1. HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİN İHLAL EDİLMESİ

Boşanma davalarında tarafların en sık başvurduğu delil türlerinin başında taraflarının üçüncü kişiler ile kurduğu iletişime dayalı telefon kayıtları, mesajlar ve diğer iletilerdir. Bu delillerin elde ediliş şekli haberleşmenin gizliliği ilkesi ile yakından ilgilidir. İşbu elde ediliş şekli bazen telefona yüklenen casus yazılım programları, bazen mesajın gönderildiği üçüncü kişinin doğrudan kendisinden temin, bazen de belirli kurgular sayesinde elde edilmektedir. Deliller ise, ses kayıtları, fotoğraflar, telefon kayıtları ve elektronik ortamdaki mesajlar şeklinde sıralanabilecektir. Bu delillerin elde ediliş şekilleri, bireysel hak ihlaline sebebiyet verme durumuna göre incelenmelidir.

Anayasa'nın 22. maddesine göre herkes haberleşme hürriyetine sahip ve bu haberleşmenin de gizliliği esastır. Bu esasın istisnaları ve buna yetkili kurum ve kişiler aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir.⁷ Benzer şekilde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK)⁸ 132. maddesinde de haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi durumunda uygulanacak cezai yaptırımlar düzenlenmiştir.⁹ Görüleceği üzere bireylerin özel hayatına ve özel hayatının gizli alanına karşı işlenen haberleşmenin gizliliğinin ihlali suçu hapis cezasıyla cezalandırılmaktadır.

Tarafların kendilerinin bireysel olarak görüşmenin diğer tarafının rızası olmaksızın elde ettikleri görüşme kayıtları hukuka aykırı delil olarak nitelendirilmeli ve hükme esas alınmaması gerekmektedir. İletişimin tespitinin hukuka uygun bir şekilde yapılabilmesi için mahkemeden talepte bulunulması gerekmektedir. Bu husus da 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun (CMK)¹⁰ 135. maddesinde açıkça düzenlenmiştir.¹¹ Ceza yargılaması bakımından açıkça düzenlenen bu hüküm aynı şekilde hukuk yargılaması bakımından mevcut değildir. Durum böyleyken kıyasen hukuk yargılamasında da uygulanması beklenemeyecektir. Ancak uygulamada dava taraflarının taleplerine bağlı

⁷ Anayasa m.22/2: "Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar."

⁸ RG, 12.10.2004, 25611

⁹ TCK m.132: "(1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, verilecek ceza bir kat artırılır.(46) (2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.(46) (3) Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (Ek cümle: 2/7/2012-6352/79 md.) Ifşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur."

¹⁰ RG, 17.12.2004, 25673

¹¹ CMK m.135/1: "Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır."

olarak mahkemelerin ilgili operatör şirketlerine müzekkere yazdığı görülmektedir. Talep olmasına karşın bu konuda inceleme yapılmadan hüküm verilmesi durumunda ilgili ilk derece mahkemesi kararları, Yargıtay tarafından bozulmaktadır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 29.11.2018 tarih ve 2017/3153 E., 2018/13730 K. sayılı kararında, davalı-davacı kadının, birleşen dava dilekçesinde davacı-davalı kocası erkeğin telefon görüşmelerine delil olarak dayanmış ve telefon görüşmelerinin mahkeme tarafından getirilmesi talep edilmiştir. İlgili daire tarafından yapılan incelemede tarafların dayandıkları olgu ve vakıaları ispatlaması noktasında gerekli imkanın tanınmasının hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olduğu vurgulanmış ve bu kapsamda eksik incelemeye dayanılarak verilen ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Maddi gerçeğe ulaşmak adına yargıya intikal eden bir konunun çözülmesi noktasında her yolun mübah olmadığı unutulmaması gereken bir husustur. Aksi halde hukuk devletinde mahkemeler hukuka aykırı yollardan elde edilen delilleri değerlendirerek onlar da hukuka aykırı davranmış olurlar. Hukuka aykırı delili kullanmak hukuka aykırı davranışa katılmak demektir. Hukuka aykırılık, hakkı ihlal edilen kişiye tazminat ödenmesiyle giderilemez. Bu durum bile bile hukuka aykırı yollardan elde edilen delilleri kullanmayı mümkün kılmayacaktır.¹² Teknolojinin gelişmesiyle beraber yargılama aşamasında sunulan deliller ve bu delillerin elde edilme şekli çeşitlenmektedir. Bu durum öyle bir noktaya geldi ki, eşlerin, birbirlerini takip etmeleri adına casus yazılım programları yüklü cep telefonu hediye ettikleri ve bu sayede takibi sağladıkları görülmektedir. Diğer eşin rızası olmaksızın bu şekilde programlar aracılığıyla veya kurgu ile elde edilen deliller mahkeme tarafından delil olarak değerlendirilemeyecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.02.2012 tarih ve 2011/703 E., 2012/7 K. sayılı kararında aynen, "... Hükme esas alınan CD, davalı kadının rızası dışında kaydedildiği gibi sırf boşanma davasında delil olarak kullanılmak amacıyla bir kurgu sonucu oluşturulmuştur. O halde bu şekilde oluşturulmakla usulsüz olarak yaratılmış bu delilin hükme esas alınması mümkün değildir." değerlendirmesinde bulunmuş ve bu gerekçeyle kurgu sonucu oluşturulan delilin hükme esas alınmaması gerektiğini vurgulamıştır. Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 13.03.2023 tarih ve 2020/1338 E. 2023/765 K. sayılı kararında, "Dosya kapsamına, sanık savunması, katılan beyanına göre; sanık ile katılanın evli oldukları, aralarında geçimsizlik olduğu, ayrılma kararı aldıkları dönemde sanığın, kendisine yönelen ve ani gelişen bir suç isnadı veya haksız bir saldırı da olmadığı halde açacağı boşanma davasında hukuki avantaj sağlamak amacıyla katılanın kullanımında olan cep telefonuna casus program yükleyip katılanın haberleşme içeriklerini kaydetmesine konu eyleminin 5237 Sayılı Kanun'un 132. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu, kaydedilen bu kayıtlarının katılanın rızası dışında tanık ...'ya dinletilmesi eyleminin ise 5237 Sayılı Kanun'un 132. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesinde hukuka aykırılık görülmüştür." değerlendirilmesi yapılmıştır.

¹² PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 13. Basım, Ankara 2012, s. 586-587

Bununla beraber delillerin hukuka uygun olduğunun değerlendirileceği hukuka uygunluk nedenleri de söz konusudur. Bunun için kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmaması, yetkili makamlara başvurma imkanının olmaması, ani gelişen bir durum olması gerekmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 05.04.2018 tarih ve 2013/4-1183 E. 2014/960 K. sayılı kararında habersiz yapılan ses kaydının konu edildiği olayla ilgili olarak “... kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı, ani gelişen durumlarla sınırlı olması koşulu ile hukuka uygun olacağına, aksi hâlde ilgili kişinin yetkili makamlara başvurma olanağı doğduktan sonraki aşamalarda kayıtların ise hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olduğunun kabulü gerektiği” değerlendirmesi yapılmıştır. Bunun yanı sıra çocukların güvenliği ve takibi için eve kurulan veya ev ya da sitenin güvenliği için kurulan bir sistemin kaydı sırasında tesadüfen yapılan kayıtların, elde edilme şeklinde hukuka aykırılık bulunmamasından kaynaklı olarak hükme esas alınabilecek delil olarak değerlendirilebilecektir.¹³

2. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİN İHLAL EDİLMESİ

Günümüzde boşanma davalarını en yakından ilgilendiren kişilik haklarının başında özel hayatın gizliliği gelmektedir. Taraflar, birbirlerinin en yakını olmalarının getirdiği statü ile hayatlarına dair özel alanlara fazlasıyla hakim olmaktadır. Boşanma davası gibi evliliğin son noktasında bu özel alana dair en hassas bilgiler taraflarca birbirlerine karşı kullanılmaktadır. Böyle bir durumda tarafların karşılıklı olarak birbirlerinin özel hayatlarına saygı duyması ve Anayasa’nın 20. maddesinde mevcut, özel hayatın gizliliğine ilişkin yapılan düzenlemenin dikkate alınması gerekmektedir. İlgili düzenleme ışığında, herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliği, dokunulmazlığa sahip bireyler açısından önemli bir konudur. Bu itibarla da TCK m.134 hükmü uyarınca özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi halinde taraflara verilecek cezalar belirlenmiştir.¹⁴ Bu kapsamda boşanma davası açısından lehe karar alma çabasıyla özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi gerekçesiyle ceza davası ile muhatap olmamaya dikkat etmek gerekecektir.

Değindiği üzere teknolojinin gelişmesiyle bireylerin hak ihlallerine maruz kalması da kolaylaşmıştır. Özellikle böyle bir niyeti olan kimsenin niyetine göre hareket etme alanları oldukça genişlemiştir. Bunlardan birisi de casus yazılım programlarıdır. Casus programlar ile elde edilen delillerin somut olay ve süreç özelinde değerlendirilmesi gerekecektir. Anayasa Mahkemesi’nin 07.09.2021 tarih, 2018/30296 başvuru numarasına ilişkin kararında, eşin telefonuna casus yazılım yüklenerek elde edilen e-devlet şifresi, banka hesap bilgileri, sosyal medya yazışmaları, arama kayıtları, GPS yer bildirimi kayıtları, fotoğraflar, videolar gibi kişisel verilerin boşanma davasında delil olarak kullanılmasının

¹³ ATEŞ, Mustafa, **Hukuk Yargılamasında ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller**, 1. Basım, Aristo Yayınevi, İstanbul 2021, s. 56.

¹⁴ TCK m.134: “Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır.”

ve dava açıldıktan sonra yazılımın kullanılmaya devam edilmesinin, başvuru aile fertlerinin hayatlarının takip edilmesinin ve tanıkların kimlik bilgilerinin ele geçirilmesinin derece mahkemelerince hukuka uygun kabul edilmesinin Anayasa’nın 20. maddesinde yer alan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının ihlali olup olmadığına incelenmiştir.¹⁵ İlgili karar kapsamında, AYM tarafından uyumsuzluğa konu olayda etkili bir yargılama yapılmaması nedeniyle Anayasa’nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı kapsamında kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Değerlendirme neticesinde, soruşturma ve kovuşturma sürecinde yeterli araştırma yapılmadan ve hukuki bir temele dayanmadan casus yazılım yüklenmesi suretiyle boşanma davalarında delil elde edilmesinin hukuka uygun kabul edilmesinin kişisel verilerin korunması hakkını ihlal ettiği kabul edilmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 20.10.2008 tarih ve 2007/17220 E., 2008/13614 K. sayılı kararında, eşlerin birlikte yaşadığı ortak konutta, diğer eşin rızası olmaksızın ses kaydı alınması ve işbu ses kaydının delil olarak hükme esas alınıp alınamayacağı hususu incelenmiştir. Karar kapsamında evlilik birliği içerisinde tarafların hayatlarını sürdürdüklerin alanların özel hayat değil aile yaşam alanı olarak değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu çerçevede “... evlilik birliğine ilişkin yasal yükümlülükler alanı, eşlerin her birinin özel yaşam alanı olmayıp, aile yaşamı alanıdır. Bu alanla ilgili de eşlerin tek tek özel yaşamlarının değil bütün olarak aile yaşamının gizliliği ve dokunulmazlığı önem ve öncelik taşır. Bu bakımdan evliliğin yasal yükümlülükler alanı , diğer eş için dokunulmaz değildir. Bu nedenle, eşinin sadakatinden kuşkulanan davacı-davalının, birlikte yaşadıkları her ikisinin de ortak mekanı olan konutta, eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirerek, eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde bu suretle sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan davranışlarını tespit etmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlalinden söz edilemez ve hukuka aykırılık bulunduğu kabul olunamaz.” değerlendirmesi yapılmıştır.

3. KONUT DOKUNULMAZLIĞININ İHLAL EDİLMESİ

Konut dokunulmazlığı, Anayasa’nın ikinci bölümünde kişinin hakları ve ödevleri başlığı altında düzenlenmiş ve haberleşme hürriyeti, özel hayatın gizliliği gibi diğer haklar ile benzer niteliktedir. Konut dokunulmazlığı, Anayasa’nın 21. maddesinde düzenlenmiştir.¹⁶ Anayasa ile koruma altına alınan bu hakkın ihlal edilmesi noktasında ise TCK m.116 kapsamında cezai müeyyide düzenlenmiştir.¹⁷ Boşanma davası özelinde

¹⁵ AYM’nin 2018/30296 Başvuru Numaralı ve 07.09.2021 tarihli kararı; RG, 17.10.2021, 31628

¹⁶ Anayasa m.21: “Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”

¹⁷ TCK m.116/1: “Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikayeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

karı kocanın dava tarafları olduğu dikkate alındığında bu konu bakımından özel alınan kararlar veya durumlar yok ise aynı evde konaklayan eşlerin konut dokunulmazlığını ihlal ettiğinden söz edilemeyecektir. TMK m.197 kapsamında, eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddî biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir. Tarafların arasında bu hükme dayanılarak yasal olarak ayrı yaşamaları gerekmiyorsa bu durumda tarafların konut dokunulmazlığını ihlal etmesinden söz edilemeyecektir. Mahkeme tarafından verilen bir ayrılık veya boşanma kararı olması durumunda ve diğer eş buna rağmen konuta gidiyorsa konut dokunulmazlığının ihlaliinden bahsedilebilecektir.

İlgili yasal düzenlemeler dikkate alındığında taraflardan birisinin, konut dokunulmazlığını ihlal ederek elde ettiği delilleri mahkemeye sunması durumunda hem deliller hükme esas alınmayacak hem de konut dokunulmazlığının ihlali suçunu işleyecektir. Bu suçun sübuta ermesi durumunda, tarafların eş sıfatları, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmeyecektir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.03.20233 tarih ve 2022/294 E. 2023/156 K. sayılı kararında, "...bu eylemlerin bir kısmının gece vakti, apartman içerisinde ve sanık ... ile ailesinin komşularının duyabileceği şekilde gerçekleştirilmesi, tanık ...'ın ifadesine göre sanık ...'ın apartman dairesinin önüne geldiğinde maktulün elinde silah bulunması ve maktulün konut dokunulmazlığının ihlaliine yol açacak biçimde sanık ...'ın kapısını zorlayarak tekmelemesi hususları birlikte değerlendirildiğinde; maktulün haksız hareketlerinin, Ceza Genel Kurulunun yerleşik içtihatları ile benimsendiği üzere işleniş şekli, yeri, niteliği, zamanı, yöresel şartlar ve tahrik eden ile edilenin durumları itibarıyla yoğun ve önemli boyutlara ulaştığı, bu nedenle sanık ... hakkında asgari orandan makul bir oranda uzaklaşmak suretiyle indirim yapılması gerektiği kabul edilmelidir." değerlendirilmesi yapılmıştır.

Görüleceği üzere konut dokunulmazlığının ihlali bakımından da tarafların ayrı yaşamalarına ilişkin karar bulunması, tarafların tutum ve eylemleri, bunlar sonucunda tarafların zarara uğraması gibi hususlar bir bütün olarak değerlendirilmektedir.

C. SONUÇ

Boşanma davaları günümüz koşullarında, eski zamanlara oranla hızla artmaktadır. Bu artışta teknolojik aletlerin kullanımının yaygınlaşması, tarafların ekonomisinin zorluklar barındırması gibi farklı etkenler mevcuttur. Boşanma davaları özelinde tarafların iddialarını ispat etmek adına her yolun mübah olmaması, tarafların hukuka uygun şekilde elde ettiği delillerin hükme esas alınması gerekmektedir. Bu noktada tarafların hakları arasında çatışma durumu olabilecektir. Bir tarafta konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, haberleşme hürriyeti haklarının korunması; öte tarafta ise maddi gerçeği açığa çıkarma çabası ile hukuki mücadele içerisinde olan bir taraf mevcuttur. Bu iki taraf arasında somut olay özelinde, koşullar dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Konu ve haklar bakımından, TCK'nın ilgili hükümleri dikkate alınmakta ancak HMK nezdinde bir düzenlemeye rastlanmamıştır. Uygulamada konuya ilişkinsorunların azalmasına, haklar çatışmasını minimize etmesi adına, HMK'ya uygun eklemeler yapılarak tarafların, konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, haberleşme hürriyeti haklarına müdahalesinin söz konusu olduğu anda bu taleplerin mahkeme tarafından karşılanıyor olması fayda sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- 1) PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 14. Basım, Yetkin Basımevi, Ankara 2013, s. 56.
- 2) ALANGOYA, Yavuz, **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s. 86
- 3) TANRIVER, Süha; **TBB Dergisi**, S. 65, 2006, s. 122.
- 4) PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 13. Basım, Ankara 2012, s. 586-587
- 5) ATEŞ, Mustafa, **Hukuk Yargılamasında ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller**, 1. Basım, Aristo Yayınevi, İstanbul 2021, s. 56.

YÜKSEK YARGI KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

EFNA GİZEM KARABULUT

ÖZET

İfade özgürlüğü, insanın insan olmasından kaynaklanan bir negatif statü hakkıdır ve hakkın birinci yükümlüsü devlettir. İfade özgürlüğü demokrasinin ve çoğulculuğun başlıca unsurlarından bir tanesidir. Çoğulculuk, azınlığın da bir gün iktidar olabilme hakkını saklı tuttuğu ve çoğunluğun hareketlerini sınırlayan demokrasi anlayışıdır. Çoğulcu demokrasi anlayışı gereğince ileri sürülen bir ifade, çoğunluğun hoşuna gitmeyecek ifadeler olsa dahi, belirli sınırlara tabi tutulmak kaydıyla, ifade özgürlüğü çerçevesinde korunması gerekir. Geçmişte birçok bilim insanı ve düşünür, çoğunluk tarafından kabul görmeyen düşünceleri nedeniyle başta ölüm cezası olmak üzere çeşitli şekilde cezalandırılmıştır. Bu durum, devamında ifade özgürlüğünün çeşitli normlarla korunması ihtiyacını doğurmuştur. Başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) olmak üzere, birçok uluslararası antlaşmada ifade özgürlüğü koruma altına alınmıştır. Özellikle AİHS'ye taraf olan devletler, ilgili maddeyi iç hukuk mevzuatlarına uyarlamıştır. Ancak bu koruma sınırsız ve mutlak değildir. Sınırlamanın, AİHS'te ve Anayasa'da düzenlenen sınırlama sebeplerine bağlı olarak kanunla yapılması mümkündür. Sınırlamanın sınırı niteliğinde olan bu düzenlemeler neticesinde, konusu ifade özgürlüğü olan birçok uyuşmazlık Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) götürülmüştür. Gerek AYM gerekse AİHM yapılan müdahalenin, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olup olmadığını ve sınırlamanın hakkın özüne dokunmadan Anayasa'da belirtilen sebeplerle ve kanunla yapıp yapılmadığını incelemiştir.

Anahtar Kelimeler: İfade özgürlüğü, Anayasa, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

ABSTRACT

Freedom of expression, evaluations arising from the human being is a negative status right and the state is the first responsible of the right. Freedom of expression is one of the obligations of democracy and pluralism. Pluralism is the understanding of democracy that uses the minority's right to be in power one day and limits the movements of generalization. In accordance with the understanding of pluralist democracy, even if it is an expression, expressions that will not go to the maximum pleasure, the protection of expression must be protected, subject to certain limits. Many people and thoughts in the past have been punished in various ways, mainly the death penalty, for consequences that were not accepted by the majority. This situation led to the need to protect the ability to express with various norms. Freedom of expression is protected in many international conventions,

especially the European Convention on Human Rights (ECHR). In particular, the states that are party to the ECHR have adapted the relevant article to their domestic laws. However, this protection is not eternal and absolute. The limitation may be made by law, depending on the restrictions set forth in the ECHR and the Constitution. Many disputes with these buildings, housing, freedom of expression, which are the limitation of the limitation, have been taken to the Constitutional Court and the European Court of Human Rights (ECHR). It examined whether the intervention by the ECHR by the Constitutional Court was against the word and spirit of the Constitution, the requirements of the democratic social order and the secular Republic, and the principle of proportionality, and whether the restrictions were imposed by law and for the reasons specified in the Constitution, without touching the essence of the right.

Key Words: Freedom of expression, Constitution, Constitutional Court, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights.

GİRİŞ

Düşünme, bireyin toplumdaki yeri, dünya görüşü ve kültürüyle ilişkilidir.¹ Harekete geçirilen ya da geçirilmeyen her eylem düşünmeyi gerektirir. Bundan ötürüdür ki insanoğlunun varoluşundan itibaren düşünme olgusu oluşmuştur.² Her bireyin birbirinden farklı olması, düşüncelerinin de farklı olması sonucunu doğurmaktadır. Birbirinden farklı fikirlerin dışa vurulabilmesi, demokratik bir toplumda zorunlu bir ihtiyaçtır. Bu nedenle devletler gerek mevzuatlarında gerekse uluslararası normlarla ifade özgürlüğünü koruma altına almış ve yapılan müdahalelere yönelik yargı yoluna başvurma hakkını tanımıştır. Bu çalışmada öncelikle ifade özgürlüğü, çoğulculuk, ifade özgürlüğünün korunması ve sınırlandırılması kavramları açıklanacak; daha sonrasında, yüksek mahkeme statüsünde olan Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğünü konu edinen kararları üzerinde durulacaktır.

1. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI

İfade özgürlüğü insanın kendini geliştirebilmesi için gereken temel olgulardan bir tanesidir. Akıl ve irade sahibi olan insanın varlığının amacını sorgulayıp bu amaç doğrultusunda faaliyette bulunması insanı diğer canlılardan ayıran en önemli özelliktir.³ İçerik bakımından kapsamına; siyasi, sanatsal, akademik, ticari, dini ve ahlaki, nefret söylemi içeren ve şiddete teşvik eden ifadeler örnek gösterilebilir. İfade özgürlüğü kapsamındaki haklara ise; görüş sahibi olma hakkı, eleştiri hakkı, bilgi ve düşüncelere erişim hakkı, bilgi ve düşünceleri yayma hakkı, bilgi edinme hakkı, özel hayata saygı hakkı, cevap ve düzeltme hakkı, ispat

¹ İNAM, Ahmet, “Düşünce Özgürlüğünden Özgür ve Özgürleştirici Düşünceye..”, Hayrettin Ökçesiz (Der), Düşünce Özgürlüğü, AFA Yayıncılık, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi Yayınları 3, İstanbul, 1998, s. 38.

² BAŞARER, Dilek, DUMAN, Ekrem Ziya, Felsefi Süreç İçinde Düşünme Olgusu. *Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi*, Cilt: 9, Sayı:2, 2019, s. 379.

³ TUMAY, Murat, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü Kavramı, İçeriği Ve Sınırlarının Belirlenmesi Sorunu”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:9, Sayı:2, 2019, s.122.

hakkı örnek olarak verilebilir.⁴

İfade özgürlüğü, demokratik nitelikte olduğunu iddia eden yönetimlerin olmazsa olmaz kavramlarından biridir. Bir yönetimde, gerçek anlamda demokrasinin varlığından söz edebilmek için ifade hürriyetinin tanınması ve güvence altına alınmış olması gerekir. Jellinek'in tasnifine göre negatif statü hakkıdır. Negatif statü hakları kişinin, devlet tarafından aşıp müdahale edilemeyecek haklarıdır. Bu hakların birinci sıradaki yükümlüsü devlettir.⁵

İfade özgürlüğü tarihinin en önemli öznesi Sokrates'tir. Sokrates, zamanın Atina Demokrasi'sine, dine yönelik sert eleştirilerde bulunmuştur ve gençlere, bir insanın tam özgürlüğünü kazanmak için, kabul edilmiş tüm davranış ilkelerini sorgulamalarını gerektiğini ve tüm ahlaki soruları kendi kendilerine yargılamayı hedeflemeleri gerektiği üzerinde ısrar etmiştir.⁶ Yolun sonunda düşünceleriyle gençliği yoldan çıkardığı gerekçesiyle idama mahkum edilmiştir.⁷ Halbuki ifade özgürlüğü demokrasinin yapı taşıdır. Bir düşünce toplum tarafından kabul görmese bile, demokrasiden söz edilecekse o düşünce korunmalıdır.

Sokrates'in dışında düşünceleri yüzünden yargılanan ya da idam cezasına çarptırılan birçok bilim insanı vardır. Galileo, dünyanın döndüğünü iddia etmiştir. Bu iddiasından dolayı Kutsal Kitaba aykırılık gerekçesiyle Engizisyon Mahkemelerinde yargılanmıştır.⁸ Michael Servetus ise teslise (bir tür tanrı inancı) ve yeni doğan vaftizlerine karşı çıktığı için yakılarak öldürülmüştür.⁹ Aynı şekilde Giordano Bruno da aykırı görüşleri ve dogmaları reddetmesi sebebiyle Engizisyon Mahkemeleri'nde yargılanmış ve yakılarak öldürülmüştür.¹⁰

Görüldüğü üzere birçok bilim adamı ve düşünür, çoğunluğun görüşlerine aykırı fikirlerde bulunup bunu dışa vurduğu için ölüm cezasına mahkum edilmiştir. İfade özgürlüğünün ölümlerle dolu tarihi neticesinde ifade özgürlüğünün birtakım normlarla korunması ihtiyacı doğmuştur.

⁴ KARAN, Ulaş, "İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2", Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2018, s. V.

⁵ GÖZLER, Kemal, "İnsan Hakları Hukuku", 4. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, Şubat 2022, s. 153-185.

⁶ KUTLUAY, Ferhat, "Sokrates: Düşünce ile Eylemlerinin Tutarsızlığı", Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, Cilt:15, Sayı:26, 2010, s.4652.

⁷ PLATON, "Sokratesin Savunması", çev. Ari Çokona 1. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2012.

⁸ KÜÇÜKALİ, Rıdvan, KOÇ, Mustafa, "Galileo'nun İki Büyük Dünya Sistemi Hakkındaki Diyalogları ve Bilime Etkisi", Kaygı Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi, Sayı: 26, s.125.

⁹ FORTACI, Talha, "The Trinity in the Theology of Michael Servetus", Oksident, Cilt: 4, Sayı: 2, 2023, s. 173-206.

¹⁰ KARAÇAY, Timur, "Brunolar Yanmasın", Cumhuriyet Bilim Teknoloji Dergisi, 16, Temmuz 2010, s.1.

II. ÇOĞULCU DEMOKRASİ ANLAYIŞI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Demokrasi, en basit tanımla, halkın kendi kendini yönetmesidir. Halkı temsil etmek isteyen siyasi partiler veya bağımsız adaylar, aday olur ve çoğunluğun reyini alabilen aday iktidarın başına geçer.¹¹ Bu durumda çoğulcu demokrasi ve çoğunlukçu demokrasi kavramları söz konusu olur. Çoğulcu demokrasi, çoğunluğun iradesi dışında, azınlıkta kalan kesimlerin bir gün çoğunluk haline gelebilmesi imkanını saklı tutup çoğunluğun ebedi hakimiyetini reddettiği demokrasi anlayışıdır. Uyuşmazlıkların çözümünde çoğunluğun iradesinden ziyade üstün hukuk normlarına dayanarak karar veren bağımsız yargı organları etkin olmalıdır.¹² Çoğulcu demokrasinin özünde çoğunluğun hareketlerinin de sınırlandırılabilceği, çoğunluğun her istediğini yapmasını sınırlandırılması amacı yatar. Çoğunlukçu demokraside ise çoğunluğun hareketleri sınırsız ve mutlaklıdır. AİHM'nin de sıklıkla altını çizdiği üzere, çoğulculuğun en önemli aracı ifade özgürlüğüdür. İfade özgürlüğü demokrasinin bir gereğidir bundan ötürü çoğunluğun hoşuna gitmeyen bir ifadenin dışı vurumu, belirli sınırlar olmak kaydıyla, demokrasi gereğince ifade özgürlüğü kapsamında korunmalıdır. Bu sayede azınlık çoğunluğu; çoğunluk da azınlığı tanıyıp, sınırlandırabilecektir.¹³

III. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KORUNMASI

İfade özgürlüğünün kökeni, reform hareketlerinden gelir. Reform hareketleri başlamadan önce 16. Yüzyılda din adamları para karşılığı günah çıkarmış ve endüljans adı verilen af belgesini halka satmıştır. Martin Luther buna karşı çıkarak Wittenberg Kilisesi'nin kapısına 95 maddelik manifestosunu asarak ifade özgürlüğünün temelini atmıştır.¹⁴

İfade özgürlüğünün hukuki olarak koruma altına alınması İngiltere'de 1689 Haklar Bildirisi (Bill of Rights) ile başlamıştır. 1628 İngiliz Haklar Bildirgesi (Petition of Rights)'ne kıyasla düşünce özgürlüğü açıkça düzenlenmiştir. 1689 Bildirgesi'nin 9. Maddesine göre, *Konuşma özgürlüğü vardır; Parlamento'daki tartışmalar ve görüşmeler; Parlamento'dan başka hiçbir yerde ya da mahkemede suçlama ya da soruşturma konusu yapılmamalıdır.*¹⁵ Ancak İngiltere'de ifade özgürlüğü anlayışı bireysel bir hak olarak değil, siyasilerin parlamentoda kullandıkları kelimelerden ötürü yargılanmamak için kullandığı bir bağımsızlık mekanizması olarak ortaya çıkmıştır.¹⁶ 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları

¹¹ DİKMEN, Yunus Samet, "Demokrasi Ve İfade Hürriyeti", s.1.

¹² UYGUN, Oktay, "Demokrasinin Çoğunlukçu ve Çoğulcu Modelleri İki Bin Beş Yüzyıllık Tartışmanın Analizi", GÖZTEPE, Ece (Ed.), "Çoğulcu Demokrasi - Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları " Toplantısı, 1. Baskı, TBB Yayınları, Ankara, 2010, s.25.

¹³ İNCEOĞLU, Sibel, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk", GÖZTEPE, Ece (Ed.), "Çoğulcu Demokrasi - Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları " Toplantısı, 1. Baskı, TBB Yayınları, Ankara, 2010, s.83-129.

¹⁴ PARLAK, Abdülkadir, Protestan Reformunun Meydana Gelmesinde Etkili Olan Toplumsal, Siyasi Ve Ekonomik Faktörler, *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 56, 2022, s. 7-49.

¹⁵ AKTAN, Coşkun Can, YAY, Serdar, "TESVİECİLER MANİFESTOSU: BİR SİVİL ANAYASA ÖNERİSİ Anayasal Demokrasi ve Anayasal Hukuk Devletine Yönelik Eşsiz Bir Yazılı Anayasa Metni", Sosyal Ve Beşeri Bilimler Dergisi, Cilt 11, Sayı: 2, 2019, s.106.

¹⁶ AKGÜL, Mehmet Emin, "İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci Ve Milli Güvenlik Gerekçesiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması", AUHFD, Cilt: 61, Sayı: 1, 2012, s.1-42.

Bildirisinin 11. maddesine göre ifade özgürlüğü, “düşünce ve fikirlerin serbest biçimde açıklanması insanın en değerli haklarından birisidir.”¹⁷ Biraz daha yakın tarihli olan 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde de ifade özgürlüğü koruma altına alınmıştır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunca hazırlanan bu bildirgenin 18. Maddesine göre, “*her şahsın, fikir, vicdan ve din hürriyetine hakkı vardır; bu hak, din veya kanaat değiştirmek hürriyeti, dinini veya kanaatini tek başına veya topluca, açık olarak veya özel surette, öğretim, tatbikat, ibadet ve ayinlerle izhar etmek hürriyetini içerir.*”. Bildirgenin niteliği her ne kadar bağlayıcı olmayıp tavsiye niteliğinde olsa da bildirgenin içeriği Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinin c bendinde yer alan “hukukun, uygar uluslarca tanınmış, genel ilkeleri” kapsamında bulunduğu aşikardır. Bildiriye Türkiye dahil 48 ülke olumlu oy vermiştir. Bu yönüyle hukuksal bağlayıcılığa yaklaştırılmıştır.¹⁸

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nden sonra 4 Kasım 1950’de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi imzalanmıştır. Sözleşmenin amacı insan haklarını ve temel özgürlükleri korumaya yöneliktir. Taraf devletlerin hemen hemen hepsi, sözleşmeyi ulusal mevzuatlarına uygulayarak iç hukuk sistemlerinin bir parçası haline getirmiştir. Bu durumda sözleşmenin, yerel mahkemeler ve kamu otoriteleri üzerinde bağlayıcı etkisi doğmuştur.¹⁹ Sözleşmenin 10. maddesine göre, “*Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.*”. İlgili maddede fikir alma, fikir verme ve fikir sahibi olma özgürlüğü ele alınmıştır. Taraf devletler, ilgili maddelerde düzenlenen sınırlama sebepleri haricinde müdahalede bulunamayacaktır. 47 devletin taraf olduğu bu sözleşmede bireylerin ifade özgürlüğü devletlere karşı özel olarak korunmuştur.

Hürriyet, hukuk düzeni tarafından yasaklanmamış her türlü insan faaliyetidir. Hukuken tanınmasına gerek yoktur çünkü insanın, insan olmasından kaynaklanır.²⁰ Anayasacılık hareketlerinin amacı bireyin hak ve özgürlüklerini siyasi iktidara karşı güvence altına almaktır. Bir hakkın kanunla tanınması o hakkı korur ancak anayasayla korunması ise o hakkı yasama organına karşı da güvence altına alır. Uluslararası alanda kullanılan koruma araçları dışında birçok ülke ifade özgürlüğünü anayasalarında tanıyarak özellikle koruma altına alınmıştır. Örneğin Amerika’da Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’na değişiklik getiren 1. Ek madde metninde, “*kongre, dini bir kuruma ilişkin veya serbest ibadeti yasaklayan; ya da ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü kısıtlayan; ya da halkın sükûnet içinde toplanma ve şikâyet ne den olan bir halin düzeltilmesi için*

¹⁷ DURAN, Hasan, “İfade Özgürlüğü Ve Türkiye”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 1, 2006, s. 64.

¹⁸ AYBAY, Rona, “Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi”, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Aralık 2006, s.7.

¹⁹ SINIARSKA, Dominika, “AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KORUNMASI- Uygulamacılar İçin El Kitabı”, trc. T. Duygu Köksal, Avrupa Konseyi Yayınları, 2018, s.11.

²⁰ GÖZLER, s.66.

hükümetten talepte bulunma hakkını kısıtlayan herhangi bir yasa yapmayacaktır.” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Aynı şekilde Yunan Anayasası’nın 14. maddesinde ;²¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın “Düşünce ve Kanaat Hürriyeti” başlıklı 25. maddesinde ve “Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti” başlıklı 26. maddesinde güvence altına alınmıştır. Çalışmanın konusu dışına çıkmamak adına ifade özgürlüğünü güvence altına alan normları örnekseme yoluyla saymakla yetinilecektir.

IV. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

Hürriyet, insanın insan olmasından kaynaklanır ve hukuk düzeninden önce gelir. Bir hürriyetin varlığından söz etmek için o hürriyetin pozitif hukuk tarafından tanınmış olmasına gerek yoktur. Buna hürriyet karanesi adı verilir. Hürriyet karanesinin söz konusu olduğu yönetimlerde özgürlükler esas, yasaklar istisnadır ve dar yorumlanır. Aksi halde yasak karanesi gündeme gelir ve bu da genellikle otoriter- totaliter rejimlerde söz konusudur. Serbestlik sistemi, özgürlük karanesinin gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Serbestlik sistemine göre hakkın öznesi olan kişi, herhangi bir makamdan izin almaksızın, sorumluluğu kendisine ait olmak üzere, hakkı üzerinde tasarrufta bulunabilir. Hakkın niteliği gereği ifade özgürlüğü de serbestlik sistemine tâbidir. Ancak bazı durumlarda kamu yararı, kamu düzeni, milli güvenlik, başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması gibi yasal sebeplerle hak ve özgürlükler sınırlanabilir.²² Fakat hürriyet karanesinin niteliği gereği sınırlar kanunla belirlenmelidir. Yasak ve sınır getirmeye yetkili makam yasama organıdır.

Gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde gerekse 1982 Anayasası’nda ifade özgürlüğünün sınırlanabileceği öngörülmüştür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10/2. maddesine göre: *Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.* 1982 Anayasası’nın 26/2. maddesine göre ifade özgürlüğünün kullanılması; *millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir* 2. bölümde bahsedildiği üzere, AİHS’ye taraf olan devletler, kendi iç mevzuatlarında da sözleşme hükümlerine paralel düzenlemeler yapmıştır. İfade özgürlüğü de, 1982 Anayasası’nda görüldüğü üzere, taraf devletlerin Anayasasında yer alan sözleşmeyle paralel düzenlemelerden bir tanesidir. Ancak sınırlama

²¹ CİN, Turgay, “Yunanistan Anayasasında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Korunması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt:11, Sayı:2, 2009, s.59.

²² GÖZLER, s. 206-207.

yaparken keyfiliğe kaçmamak adına sınırlamanın da sınırları mevcuttur. Anayasa'nın 13. maddesine göre, *temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.* Öncelikle, ifade özgürlüğüne müdahale edilebilmesi için zorunlu bir durum olmalıdır. Sınırlamalar ölçülülük ilkesine ve onun alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik, ve amaç ile sınırlılık yani oranlılık ilkesine aykırı olmamalıdır. Daha sonra AİHS 10/2'de de bahsedilen "yasayla öngörülme" şartıdır. Sınırlamalar kanunla getirilmelidir. Kanunla getirilen bir sınırlama, sınırlamanın yorum yoluyla genişletilmesinin önüne geçecektir. Son olarak sınırlama yapılırken bir de "meşru amaç" koşuluna da uymak gerekir. Meşru amaçtan kastedilen, sınırlama sebeplerinin Anayasa'da belirtilen sebeplerin dışına çıkılmamasıdır.

Yukarıda değinilen hükümler uyarınca kanunkoyucu harekete geçmiş ve ifade özgürlüğünü sınırlayan birtakım kanun hükmü mevzuatımıza girmiştir. TCK'nın 215. maddesinde suçu ve suçluyu öven kimsenin, kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmıştır. 216. maddesinin 1. fıkrasına göre: Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Görüldüğü üzere suçlar tehlike suçu sayılmış ve Anayasa'nın 26/2. maddesinde sayılan amaçlar doğrultusunda sınırlandırılmıştır. TCK'nın 217. maddesi ise halkı kanunlara uymamaya tahrik eden kişinin eylemi kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırmıştır.

31987 sayılı Resmi Gazete'de 18 Ekim 2022 tarihinde yayınlanan, kamuoyunda "dezenformasyon yasası" olarak bilinen 7418 sayılı kanun, ifade özgürlüğüne müdahale niteliğinde olduğu gerekçesiyle tartışmalara sebep olmuştur. 7418 sayılı kanun 29. maddesiyle, TCK'nın 217. maddesine A bendi eklenmiştir. İlgili hükme göre: Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Fail, suçu gerçek kimliğini gizleyerek veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlemesi hâlinde, birinci fıkraya göre verilen ceza yarı oranında artırılır. Eleştirilerin odağı olan 29. maddenin gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır: "(...) Teknolojik gelişmelerin ve internetin yaygınlaşmasına bağlı olarak ciddi rağbet gören dijital platformlar, bilgi veya haberlerin yayılma hızını öngörülemez biçimde artırmış ve bu içeriklerin zihin süzgecinden geçme, analiz etme ve değerlendirme süresini oldukça kısaltmıştır. Bu noktada, internetin sağladığı anonim ortam yalan, yanlış veya manipülatif içeriklerin artmasına neden olmuştur.

Bilhassa, özel saiklerle oluşturulup organize bir biçimde yayılan içerikler veya bot hesaplar aracılığıyla yapılan paylaşımlar, internet ortamındaki dezenformasyonu hızlı bir biçimde artırmaktadır. Bu şekilde maksatlı bir biçimde oluşturulan uydurma içerikler, fikirler pazarındaki ürün güvenliğini olumsuz etkilemekte, bireylerin kanaat oluşumunu manipüle etmekte ve özgür düşüncüyü ipotek altına alarak demokratik ortamın masumiyetini zedelemektedir. Sonuçta, kişilerin habere veya bilgiye erişimini kolaylaştırmaya yönelik mekanizmalar ve imkânlar geliştirilirken, haber veya bilginin güvenliği sağlanarak, özgür ve özgün fikirlerin demokratik ortamda çatışmasına ya da yarışmasına yönelik tedbirlerin alınması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Maddeyle, sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli olacak şekilde alenen yaymak suç olarak düzenlenmektedir." Madde gerekçesinden kanunkoyucunun iradesinin, teknolojik gelişmeleri kötüye kullanarak kamu düzenini bozma saikiyle hareket eden kimselerin ifade özgürlüğünü sınırlamak yönünde olduğu aşıkardır. Sosyal medya kullanımının hadsafhaya ulaştığı günümüzde, yalan yanlış manipülatif haberler oldukça yaygınlaşmış durumdadır. Ancak yargı bağımsızlığına gölge düştüğü takdirde, hükmün kullanım alanının keyfiliğe sürüklenip sürüklenmeyeceği ayrı bir tartışma konusu olacaktır.

Aynı şekilde Terörle Mücadele Kanunu'nda da ifade özgürlüğünü kısıtlayan hükümler düzenlenmiştir. Çalışmanın kapsamı dışına çıkmamak adına değinilmekle yetinilecektir.

V. YÜKSEK YARGI KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Bireylerin birbirinden farklı olması, fikirlerinin de birbirinden farklı olması sonucunu doğurmaktadır. Bu durum da gerek bireyler arasında gerekse birey-devlet arasında çıkan çatışmaları beraberinde getirmektedir. Dijital ortamın sağladığı özgürlükle beraber ifade özgürlüğüne yönelik müdahale iddiasıyla birçok uyuşmazlık, yüksek mahkeme kararlarına konu olmuştur.

Anayasa'da, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi olmak üzere dört tane yüksek mahkeme sayılmıştır. Ayrıca AİHS'ye taraf devletler üzerinde Sözleşme hükümlerinin uygulanıp uygulanmadığını denetlemek üzere AİHM'nin de yargı yetkisi bulunmaktadır. Bu bölümde Yargıtay ve Danıştay kararlarından bahsedilip AYM ve AİHM kararlarının üzerinde durulacaktır.

A. YARGITAY VE DANIŞTAY KARARLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Yargıtay, ifade özgürlüğü hakkında bir birçok kararında AİHS'ye, Anayasa'nın 26. Maddesine ve AİHM içtihatlarına atıfta bulunmuştur. Örneğin bir temyiz konusu somut olayda; "*Parsel parsel sattınız, kutu kutu götürdünüz*" şeklindeki paylaşımdan ibaret olan eylemin; demokratik toplumun zorunlu unsurlarından olan Anayasanın 26, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddelerinde düzenlenen ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.²³

²³ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2016/1480, K. 2016/4444.

Yargıtay'da, temyiz taleplerinin birçoğu hakaret suçunun isnat edilmesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönündedir. Örneğin yargılama esnasında sanığın; "... Bu dava daha evvel sahtekarca yürütülmüştür" diyerek mahkeme heyetine hakaret ettiği, Mahkeme Başkanının sanığı, mahkemeye hakarete bulunduğu hususunda uyarması üzerine sanığın bu defa "Ben sizi kast etmiyorum. Önceki yargılamayı yapanları kast ediyorum. Ayrıca sözlerimi düzeltiyorum. Sahtekarlıkla elde edildiğini düşündüğüm deliller ile yürütülmüştür" dediği ve bu şekilde sanığın kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret ettiği gerekçesiyle cezalandırılmasına karar verilmiştir. Yargıtay, AİHM kararlarına sıklıkla atıfta bulunmuş ve sanığın savunmasındaki ifadeler rahatsız edici olmakla birlikte iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında ve ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay, bahse konu ifadelerin, söylendiği yer ve zaman unsurları da gözetildiğinde katılan ve şikayetçilerin onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmayıp, eleştiri niteliğinde olduğu kanaatine varmış hükmün bozulmasına karar vermiştir.²⁴

Bir başka dosyada davacı, Cumhuriyet savcısı olarak görev yaptığını, davalının ise il emniyet müdürlüğünde 4. sınıf emniyet müdürü olduğunu ve kendisine "sokak kabadayısı" demek suretiyle hakaret ettiğini iddia ederek 5.000.000 TL manevi tazminat ödetilmesi isteminde bulunmuştur. Yargıtay, kullanılan söz ve ifadelerin yukarıda vurgulanan AİHM içtihatları karşısında, ifade özgürlüğü kapsamında korunması gereken kişisel değer yargısı niteliğinde değerlendirilmesi gerektiğini, kullanılan bu ifadelerin, eleştiri sınırlarını aşmadığı ve davacının kişilik haklarına saldırı teşkil etmediği kabul etmiş ve hükmün bozulmasına karar vermiştir.²⁵

Bir diğer temyiz isteminde, inceleme konusu somut olayda; sanık, hükümlü olduğu cezaevinden suç tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı olan katılana hitaben yazdığı mektupta, "özellikle Suriye'deki kürtlere karşı düşmanlıkta elkaidenin bile kucağına oturmaktan gocunmayan birilerinin barış ve kardeşlik söylemleri ne kadar inandırıcı olduğu çok şüpheli bir durumdur" şeklinde beyanlarda bulunmuştur. Sanığın hakaret suçundan dolayı cezalandırılmasına karar verilmiştir. Yargıtay; " (...) sanığın sözleri katılanın onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmayıp, eleştiri niteliğindedir. Aksi düşünce, suçla korunmak istenen değeri ölçüsüz bir şekilde genişletmek ve ifade özgürlüğünü ön plana çıkaran evrensel hukuk düşüncesiyle bağdaşmayan bir yorum anlamına gelebilecektir." yorumunu yapmış ve hükmün bozulmasına karar vermiştir.²⁶

Başka bir temyiz konusu somut olayda Yargıtay; "Bu savaşı ... öncülüğünde Kurdistan halkı kazanacaktır. gibi işidçi ... ve saray cahş'larında yenilecek" şeklindeki paylaşımın, bireyin kendini gerçekleştirmesine ya da toplumun gelişmesine katkı sunması beklenen bir değer içermeyen, söylendiği yer ortam ve zaman itibarıyla toplumsal barışı ve kamu düzenini bozma riski barındıran ve özellikle eleştiri sınırlarını aşarak açıkça Cumhurbaşkanının şeref ve saygınlığına saldırı mahiyetinde olması nedeniyle ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatine varmıştır.²⁷

²⁴ Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2015/10650, K. 2016/10878.

²⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/1415, K. 2018/211.

²⁶ Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2015/38708, K. 2017/10380.

²⁷ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2019/3215, K. 2020/2260.

Yine bir Yargıtay kararına konu olan somut olayda bir gazeteci, bir üniversite hocası hakkında ; "ilimden başka her işle uğraşan ... Üniversitesi şimdi de başörtüsü düşmanlığına soyundu", "final sınavını yapan ... Gazetesi yazarlarından Yard. Doç. Dr... sorduğu sorularla başörtüsü düşmanlığı yaptı", "Çekiç bulduğu her fırsatta başörtüsü aleyhine üniversite gençliğine propaganda yaparken, ilimden başka her işle uğraşan ... Üniversitesi ise buna zemin hazırlıyor.", "... Üniversitesi bilimsel alanda ise nal topluyor" şeklinde ifadelerle yer vermiş ve bu ifadelerin, davacının kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür. Söz konusu sınav sorusu; "Laik sistem bireyi özgürleştiren bir sistem olduğuna göre, öğrencilerin başörtüsüne neden karışır?" şeklinde olup doğru cevap da ; "Kamusal alanda kamunun kuralları geçerlidir ve herkes o kurallara uymak zorundadır." seçeneğidir. Yargıtay; " Davacı Üniversite, bünyesinde görev alan öğretim üyesinin final sınavında öğrencilere sorduğu soru ve cevabı ile güncel konunun tarafı hâline gelmiştir. Öte yandan, akademik özgürlüğün ve serbest tartışma ortamının merkezinde bulunması gereken Üniversite, hem din ve vicdan özgürlüğünün hem de ifade ve basın özgürlüğünün azami ölçüde korunduğu alanlar olmak zorundadır. Bu sebeple kendisine yönelen bir yayında basın özgürlüğüne getirilen kısıtlama, eğer bir akademisyenin final sınavındaki yaklaşımına yönelik ise kişilik haklarının saldırıya uğradığına ilişkin iddianın, çok daha sıkı bir denetimden geçirilmesi gerekir. Somut davada göz önünde tutulması gereken ikinci husus ise davalı gazetecinin haberinde dile getirdiği iddiaların kamusal çıkarla ilgili olmasıdır. Gerçekten, başörtüsünün kamusal alanlarda kullanılması ile ilgili bir konunun gündeme taşınması toplumu yakından ilgilendiren bir meseledir. Böyle bir gerçeğin basın elemanlarınca takip ve haber yapılmasından daha doğal bir şey olamaz.

Somut davada göz önünde bulundurulması gereken üçüncü husus ise dava konusu yayında, maddi vakıya yer verilirken kaba, incitici, aşağılayıcı veya küçük düşürücü bir dil kullanılmamış olmasıdır. Yayında, davacı Üniversitenin şeref ve itibarını hedef almaksızın, ancak bilimsel çalışmalarda sıralamasına ilişkin objektif verilerle birlikte rahatsız edici bir üslup kullanılmaksızın haberin sunulduğu anlaşılmaktadır." açıklamasını yapmış ve açıklamalar neticesinde davalının söylemlerinin ifade özgürlüğü kapsamında olduğu kanaatine varmıştır.²⁸

İfade özgürlüğüne ilişkin uyumsuzluklar, Danıştay kararlarında da yer almaktadır. Örneğin "ByLock" kullanımının ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi üzerine Danıştay 5. Daire Başkanlığı'na temyiz isteminde bulunulmuş birçok dosya mevcuttur. Danıştay bu taleplere yönelik Bölge İdare Mahkemesi'nin verdiği kararları onamış ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmemiştir.²⁹

Bir başka temyiz konusu somut olayda, davacı şirkete ait televizyon kanalında yapılan yayında, ... partisinin grup toplantısının bir kısmında, Başbakan ve oğlu arasında geçen telefon konuşmalarına ait olduğu iddia edilen ses kayıtları dinletilmiş ve bunların içeriği yazılı olarak ekrana yansıtılmış, bu anlar davacı şirkete ait kuruluş tarafından canlı olarak yayınlanmıştır. Kurul kararıyla, söz konusu yayının 6112 sayılı Kanun'un 8.

²⁸ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2019/2777, K. 2019/4677.

²⁹ Bkz. Danıştay 5. Daire Başkanlığı, E. 2022/6080, K. 2022/5384; E. 2022/1215, K. 2022/5143; E. 2021/8898, K. 2022/5067; E. 2021/7495, K. 2022/5064...

maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde düzenlenen yayın ilkesini ihlâl ettiğinden bahisle uyarı ve (ç) bendinde düzenlenen yayın ilkesini tekraren ihlâl ettiğinden bahisle asgari sınırdan idari para cezası yaptırımı uygulanmıştır. Danıştay incelemesini yaparken sıklıkla AİHM içtihatlarına atıfta bulunmuştur. İnceleme neticesinde Danıştay; Siyasetçilerin ve hükûmettekilerin, özel yaşam alanlarının oldukça sınırlı olması, kişilerin özel hayatlarına, onur, şeref ve saygınlıklarına ağır ve haksız saldırılarda bulunulabileceği anlamına gelmediğinden, uyuşmazlık konusu yayının, hukukun üstünlüğü ile insan onuruna ve özel hayatın gizliliğine saygılı olma ilkelerine aykırı olduğuna ve Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarında belirtilen genel ilkelerin, somut olaya uygulanması sonucunda, yaptırımın ağırlığı da göz önünde bulundurularak, söz konusu aykırılık nedeniyle uygulanan yaptırımla davacının ifade ve basın özgürlüğüne yapılan müdahalenin, hukukun üstünlüğünü ve ilgililerin kişilik haklarını korumak bakımından demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olduğu sonucuna ulaşmıştır.³⁰

B. ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Anayasa'nın 148. maddesine göre; “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*” Bu bölümde Anayasa Mahkemesi'nin, ifade özgürlüğünün ihlali iddiasıyla başvuru kararları ve norm denetimi kararları incelenecektir.

1- Bireysel Başvuru Kararlarında İfade Özgürlüğü

Ayşe Çelik başvurusu, Ayşe Çelik isimli öğretmenin, hendek olaylarının baş gösterdiği süreçte, Beyaz Show'a bağlanıp; “*Her şey çok farklı aktarılıyor, yani gerçekten konuşmıyorum, sessiz kalmayın insan olarak biraz daha hassasiyetle yaklaşın, görün, duyun artık bizi, el verin. Yazık insanlar ölmesin, çocuklar ölmesin, anneler ağlamasın*” demesinin üstünden terör örgütü propagandası yapmak suçundan hapis cezasına hükmedilmesinin ifade özgürlüğünün ihlali niteliğinde olduğuna yöneliktir. AYM'ye göre; “Somut olayda başvuru, hendek olayları olarak isimlendirilen, on ay devam eden, kitlesel göçlere, pek çok kişinin ölümüne ve yaralanmasına neden olan olayları kendi bakış açısından kamuoyuna duyurmuş; uzun süren çatışmaları eleştirmiştir. Başvurucu, esas itibarıyla sebebi her ne olursa olsun çatışmaların durdurulması için kamuoyu oluşturulması çağrısında bulunmaktadır.” Mahkeme bu nedenle ifade özgürlüğünün ihlaline karar vermiştir.³¹

Ali Kızık başvurusunda başvuru, sahibi olduğu internet sitesinde dönemin THK başkanı hakkında yayınladığı köşe yazılarında; THK'nın Türkiye merkezli bir havayolu şirketini İranlılardan satın almak istediğini ifade etmiş ve bu satın almanın Kurum için çok büyük hata olacağını, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası verilerine göre THK'nın 410

milyon TL borcu olduğunu, müştekinin oğlu ve bazı akrabalarının işe gitmeden THK'dan çok yüksek maaş aldığını ileri sürmüştür. “*Ye Babam Ye*” başlıklı köşe yazısında bazı belgelere dayanarak müştekinin oğlunun arkadaşlarına ait bazı şirketlere haksız kazanç sağladığı ve yüklü miktardaki haksız kazancın buradan müştekinin oğluna ait başka bir şirkete aktarıldığı iddialarına yer verilmiştir. Müştekinin kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle siteye erişim engeli getirilmiştir. Başvuru neticesinde AYM, müştekiye yönelik eleştirinin sınırlarının sıradan insanlara göre daha geniş olması gerektiğini ifade etmiştir. Halkın tanınmış kişilere ilişkin bilgileri alma hakkı da gözetildiğinde müştekinin eylemlerinin ve sözlerinin basın tarafından izleneceğini, hakkında haberler yapılacağını ve ağır eleştirilerde bulunulabileceğini öngörmesi, demokratik çoğulculuk açısından bunlara daha fazla tahammül etmesi gerektiğinden bahsederek “çoğulcu demokrasi” kavramının üzerinde durup ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.³²

Sinem Hun başvurusunda, başvuru, ulusal yayın yapan bir internet haber sitesinin kendisi hakkında cinsel yönelim üzerinden nefret söylemlerinde bulunarak “*Siyonist uşakları yine teröre sarıldı, sapıkların avukatı, sapkınlar*” gibi söylemlerin bulunduğu içeriklerle haberler yayınlaması üzerine şikâyetçi sıfatıyla yer aldığı soruşturmada, kovuşturmayla yer olmadığına dair karar verilerek ifade özgürlüğü ile şeref ve itibarın korunması dengesinin aşıldığını ileri sürmüştür. AYM bu iddiaya karşılık; “Haber sitesinde yer alan “*Siyonist uşakları yine teröre sarıldı*” başlıklı haberin bir bütün olarak kamuoyunu ilgilendiren bir tartışma olduğunu; içeriği ve veriliş biçimi dikkate alındığında “*sapkınlar*” ifadesi toplumda yer alan belli bir kesimi ve derneği hedef almasına rağmen bu ifadeyle ilgili olarak hedef alınan dernek tarafından başvuruda bulunulmadığı, adli makamların bu ifadeye muhatap olarak kabul edilen derneğin avukatlığını yapan başvurucuya yönelik “*sapkınların avukatı*” şeklindeki sözlerin cezalandırmayı gerektirecek belli bir tahkir ve aşağılama eşiğini geçmediği ve nefret suçu veya nefret söylemi niteliği taşımadığından ifade özgürlüğü ile şerefle itibarın korunması hakkının çatışmadığına” karar vermiştir.³³

Başvuru, TİB tarafından youtube.com'a; “*devlet sırlarının açıklanması niteliğinde ve Gazi Mustafa Kemal Atatürk'e hakaret içerikli videoların paylaşılması; söz konusu videoların bir kısmının kaldırılmaması ve kaldırılan videolara yurt dışından erişimin bulunması*” gerekçesiyle erişim yasağının getirilmesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine yöneliktir.

AYM, youtube.com'un her türlü bilimsel ve sanatsal paylaşımların yapıldığı bir platform olması nedeniyle ifade özgürlüğünün gerçekleştirilmesinde büyük rol oynadığı için Atatürk'e hakaret eden bir kişinin videoyu siteye yüklemesiyle sitenin tamamına erişim engeli getirilerek milyonlarca insanın ifade özgürlüğüne müdahalede bulunulmasını ölçülük ilkesine aykırı bulmuştur. Ayrıca erişim engelinin kaldırılmasına yönelik mahkeme kararına rağmen engelin kaldırılmamasını “keyfi” olarak nitelendirmiştir. TİB'in erişim engeli getirme kararını fonksiyon gaspı niteliğinde ve Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Sonuç olarak AYM, siteden yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne ağır müdahale niteliğinde olan söz konusu idari işlemin, başvuru kararının Anayasa'nın 26.

³⁰ Danıştay 13. Daire Başkanlığı, E. 2015/5959, K. 2020/3014.

³¹ AYM, Ayşe Çelik, B. No: 2017/36722, K: 9/5/2019 .

³² AYM, Ali Kızık, B. No: 2014/5552, K: 26/10/2017.

³³ AYM, Sinem Hun, B. No: 2013/5356, K: 8/5/2014.

maddesinde korunan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine yönelik karar vermiştir. 34

Fidan Tuncer ve Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası başvurusunda, başvuru, Eğitim-Sen'in 2015-2016 yılı öğretim yılı sorunlarına dikkat çekmek amacıyla düzenlediği bir eyleme katılmış ve hakkında açılan disiplin soruşturması sonucunda kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılmıştır. Başvurucu, söz konusu disiplin cezasının iptali istemiyle idare mahkemesine başvurmuştur. Mahkeme, başvurunun OHAL kapsamında kamu personeline ilişkin alınan tedbirler çerçevesinde çıkarılan KHK uyarınca devlet memurluğundan çıkarıldığı gerekçesiyle dava konusu işlemin ve mevcut davanın konusuz kaldığını belirterek dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir ve bu karar istinaf kanun yolunda kesinleşmiştir. Başvurucu; başta ifade özgürlüğü olmak üzere dernek ve sendika kurma, adil yargılanma, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Kamu görevinden çıkarılan başvurunun OHAL Komisyonuna başvurabileceği, OHAL Komisyonunun kararlarına karşı yargı yolunun açık olduğu, bu durumda başvurunun yeniden kamu görevlisi statüsünü kazanabileceği ihtimalinin bulunduğu da belirtilmiştir. Nihayetinde, derece mahkemesinin usul kurallarının uygulanmasıyla ilgili şekilci yorumunun başvurucuya ağır bir külfet yüklediği ve bu sebeple başvurunun ifade özgürlüğü ile bağlantılı etkili başvuru hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Sonuç olarak başvurunun ifade özgürlüğü ve etkili başvuru hakkı ihlal edilmiştir.³⁵ Bu kararda AYM tarafından, hakkın sürüncemede kalmasını önlemek adına AİHM'nin iç hukuk yollarının tüketilmesinde "aşırı şekilcilikten uzak"³⁶ yaklaşımı benimsenmiştir.

İlyas Bulcay başvurusunda başvuru, 3 Temmuz şike olaylarına yönelik, Twitter hesabından; "Yaptıkları hiçbir kamuflaj, 3 Temmuz'u yaşatanların kirli ittifaklarının sürdüğünün görmemizi engelleyemez. Medyanın hiçbir algı oyunu, yıllardır sürdürülen tiyatronun malzemesi olmamızı sağlayamaz. Fenerbahçelileri kimse aptal yerine koyamaz YETER. NET 3 Temmuz kılık değiştirmiş bir şekilde SÜRÜYÖR. Bu kavga ancak TOPYEKÜN mücadele ile kazanılır" şeklinde paylaşımda bulunmuştur. Bunun üzerine başvurunun paylaşımının sporda şiddeti teşvik ettiği gerekçesiyle, hakkında idari para cezasına hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi, başvurunun paylaşımının şiddete teşvik etmediğini; şike davasına ilişkin tartışmalar aradan geçen uzun süreye karşın futbol ortamında güncelliğini muhafaza ettiğini; başvurunun kamuoyunu ilgilendiren ve üzerinden uzunca bir süre geçmesine rağmen güncelliğini koruyan bir konu hakkında görüşlerini ifade ettiğini ileri sürmüştür. Bu açıklamalar doğrultusunda AYM, Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlaline karar vermiştir.³⁷

Abdullah Öcalan başvurusunda, başvuru, ait "Kürdistan Devrim Manifestosu, Kürt Sorunu ve Demokratik Ulus Çözümü (Kültürel Soykırım Kıskaçında Kürtleri Savunma)" isimli kitapta PKK terör örgütünün açıklamasının yayınlandığı ve propagandasının yapıldığı iddiasıyla, kitabın yayın koordinatörü, editörü ve kitabı yayına

hazırlayan kişi hakkında soruşturma başlatılmıştır. 3713 s. K. m.7'de yer alan suçlarla ilgili olması gerekçesiyle Basın Kanunu'nun 25/2 gereğince başvuru, ait kitaplar toplatılmıştır. Başvurucu kitabında Cumhuriyetin kuruluşundan itibaren geçen süreyi "beyaz Türk faşizmi" olarak nitelendirmiştir ve 12 Eylül'den sonraki dönemlerde PKK ile güvenlik güçleri arasındaki çatışmayı "kahramanlık hareketi" olarak nitelendirmiştir. Başvurucu, basım aşamasındaki kitabına el konulması nedeniyle düşünce ve kanaat özgürlüğüne müdahalede bulunulduğunu ileri sürmüştür

AYM, çoğulcu demokrasinin gereklerine atıfta bulunarak, başvurunun kitabında kullandığı ifadelerin, her ne kadar kamu otoritelerini ve toplumun büyük bir kesimini rahatsız eder nitelikte olsa dahi, kendince Kürt sorununun çözümüne ilişkin yol gösterici nitelikte olduğu kanaatine varmıştır. Yine AYM, başvurunun sırf terör örgütü mensubu veya yöneticisi olması gerekçesiyle ifadelerini yaymasına müdahale edilmesinin ölçülü ve orantılı olmadığını belirtip sonuç olarak ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine, üyelerin oyçokluğuyla karar vermiştir. Mahkeme üyesi Osman Alifeyyaz Paksüt karşıoy gerekçesinde, başvurunun ifadelerinin PKK'ya övgü niteliğinde olduğunu; amacın barışsal çözümler üretmek değil, strateji belirlemek ve savaşa hazırlık talimatı vermek olduğunu; bu stratejinin ciddi olduğu, geçtiğimiz aylarda (günümüze göre geçtiğimiz senelerde) görülen yol kesme, kontrol noktası kurma, güvenlik güçlerine ateş açma, iş makineleri yakma, yaşı küçük çocukları zorla veya kandırarak örgüte katma gibi eylemlerle, kitapta yazılanların provası yapılmak suretiyle kanıtlandığını ve siyasi amaçlara ulaşmak için şiddet ve terörü kullanma tehdidinde bulunan kitabın fikir özgürlüğü kapsamında görülemeyeceğini ileri sürmüştür. Paksüt'e göre uygulanan yaptırımlar, Anayasa'nın 13. maddesinde sayılan demokratik toplum gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.³⁸

Ali Sarıbey başvurusunda, başvuru, Ceza İnfaz Kurumuna hitaben üst araması sırasında cinsel tacize maruz kaldığını ve bundan ötürü psikolojik destek almak için kurumun psikososyal servisi ile görüşmek istediğini ifade ettiği bir dilekçe yazmıştır. Disiplin Kurulu, disiplin soruşturması sonucunda 5275 sayılı K. m.40/2-e bendinde düzenlenen kurum görevlilerine karşı uygunsuz söz sarf etme veya davranışta bulunma eylemini gerçekleştirdiği gerekçesiyle başvuru, bir ay bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezası verilmesine karar vermiştir. 5275 s. K. m.68/4'e göre, "Hükümlü tarafından resmî makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgraflar denetime tâbi değildir. Bu iletiler, alıcısı dışındaki kişilerin erişimini engelleyici tüm tedbirler alınarak hükümlünün talebine göre posta yoluyla veya elektronik ortamda alıcısına ulaştırılabilir." Bu düzenleme ile kanunkoyucu, ceza infaz kurumlarında bulunan mahpusların herhangi bir baskı ve etki altında kalmadan düşüncelerini resmi makamlara rahatça iletmesini sağlama amacı gütmüştür. Bunun üzerine AYM, Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen "kanuni dayanak"tan yoksun olduğu gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlaline karar vermiştir.³⁹

Şaban Sevinç başvurusu, başvurunun ulusal yayın yapan bir televizyon kanalında katıldığı programda, Cumhurbaşkanı'nı yolsuzluk yapmak ve rüşvet almakla

³⁴ AYM, Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, K: 29/5/2014.

³⁵ AYM, Fidan Tuncer ve Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası, B. No: 2018/21167, K: 12/4/2023.

³⁶ GÖZLER s.515.

³⁷ AYM, İlyas Bulcay, B. No: 2020/24527, K: 9/2/2023.

³⁸ AYM, Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, K: 25/6/2014.

³⁹ AYM, Ali Sarıbey (2), B. No: 2019/14946, K: 10/5/2023.

suçlar nitelikte sarf ettiği kelimelerin Cumhurbaşkanı'na hakaret suçunu oluşturduğu ve verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının başvurunun ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir. AYM'ye göre; "Cumhurbaşkanı bir siyasetçi olmasından ötürü eleştirilere daha fazla katlanma yükümlülüğü vardır. Ancak bu durum, onun şöhret veya haklarının korunmayacağı anlamına gelmemektedir. İfade özgürlüğü, kişilere hakaret etme hakkı tanımaz. İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için başvurunun ifade özgürlüğü ile müştekinin itibarının korunması hakkı arasında adil bir denge sağlanmalıdır. İfadeler seçim atmosferinde yapılmıştır. Söylemler rahatsız edici nitelikte de olsa başvurunun hapis cezasıyla cezalandırılması çoğulcu topluma zarar verebilir." Bu nedenle AYM, başvurunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ve yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir.⁴⁰

Recep İhsan Eliaçık başvurusu, terör örgütü propagandası yapma suçundan yargılanan başvurunun adli kontrole tabi tutulması nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Başvurucu; bir internet sitesinde yayımlanan bir kısım yazıları nedeniyle (bkz. "Türkiye Kürdistan'da savaş suçu işliyor" başlıklı yazısı) "terör örgütü propagandası yapmak" suçundan yargılanmış ve 5 yıl 15 ay hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Mahkeme hükümle birlikte başvuru hakkında, hüküm kesinleşene kadar adli kontrol tedbirlerinin uygulanmasına karar vermiştir. Söz konusu tedbirler nedeniyle başvuru birçok konferansa katılamadığını, düşüncelerini açıklayamadığını ileri sürmüştür. AYM'ye göre, adli kontrol koruma tedbirleri tutuklamaya göre kişi özgürlüğünü daha az kısıtlar. Böylelikle ilgili, bütünüyle özgürlüğünden yoksun bırakılmaksızın denetim altında tutulabilmektedir. Başvurucu yalnızca mesleki faaliyetleri kapsamında il dışında panel, konferans gibi etkinliklere katılamadığından şikâyetçi olmuş ancak buna dair somut bilgi ve belge sunmamıştır. Dolayısıyla söz konusu tedbirlerin ağır ve telafisi güç mağduriyete sebep olduğuna dair yeterli bir bilgi bulunmadığı anlaşılmıştır.⁴¹ Bundan ötürü AYM, ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir.

Burhan Diktepe başvurusu, bir bankada çalışan başvurunun Twitter hesabından yaptığı paylaşımlar nedeniyle iş akdinin feshedilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir. Başvurucu; "Tezgahlanan bu oyunu görebilmek için tüm halkımıza basiret ihsan eyle ya Rab" ve "Son dakika: HSYK 2 bin 745 hakim ve savcıcı açığa aldı" şeklindeki paylaşımın altına "İşte gerçek darbe" minvalinde paylaşımlar yapmıştır. Bunun üzerine işveren banka, İş Kanunu m.18'deki "geçerli fesih" şartlarının oluştuğunu ileri sürerek iş akdini feshetmiştir. AYM'ye göre; "Darbe teşebbüsünün yaşandığı geceden sonraki gün başvurunun FETÖ/PDY ile irtibatı bulunduğu şüphelenilen yargı mensuplarının görevden uzaklaştırılmasına tepki duymasının önceki paylaşımlarıyla birlikte değerlendirildiğinde en azından onun FETÖ/PDY ile iltisaklı olduğu biçiminde anlaşılması mümkündür. Dolayısıyla somut başvurunun koşullarında işverenin başvurunun işyerinin itibarına zarar verdiğini düşünmesi ve aralarındaki güven ilişkisinin son bulduğuna inanması imkân dâhilindedir. Sonuç olarak somut olayda ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın

anılan hakkı anlamsız kılacak nitelikte olmadığı, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı ve orantılı olduğu sonucuna ulaşılmıştır." AYM, bu gerekçeyle ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁴²

Mehmet Çapraz başvurusunda başvuru, eşine şu mesajları atmıştır: "başımda erkek yok çocuğun yanında yok yolasıgıma kim ya neyin oluyor seninde sen onun yanına kurulu utanmadan geziyor çiftlik basmaya gidiyorsun insan biraz utanır ya gerçekten ama yazık hergün biraz daha yolunu kaybediyorsun böyle devam et benim isime gelir sen evli bir kadınsın daha bunu unutma. ama allaha dua et batuhanın başına birşey gelirse beni o zaman asla taniyamazsin sen anne olsaydın oğlunu dikilide yalnız bırakıp kepsutta evdeki çobanla yolasıgıma gezmezsin saga sola gitmezsin batuhan a kim bakıyor ablan mi ... annene sor bakalım kepsutta kiminle gezmiş oğlum sen okulda dayak yerken annen kepsut ta elin adamiyla yanında oğlu kocası olmadan gezen annen elin çiftliğini basmaya gidiyor bunlari anlat oğluna senle gurur duyar ben seherle gezmiyorum ama sen elin adamiyla geziyorsun yukarıda alah var görececek hesabını". Başvuru, söz konusu mesajlar nedeniyle eşine karşı hakaret ve tehdit suçlarını işlediği gerekçesiyle başvurunun cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir. Anayasa Mahkemesi gönderilen mesajları başvurunun, eşine karşı evlilik birliğinin getirdiği sorumluluklara uymadığı gerekçesiyle eleştiri niteliğinde olduğu kanaatine varmıştır. Bundan ötürü, ifade özgürlüğünün ihlaline yönelik iddianın kabulüne karar vermiştir.⁴³

Erdem Gül ve Can Dündar başvurusu, başvuru, içlerinde silah bulunduğu iddiasıyla Hatay ve Adana'da tırların durdurulması ve aranmasına yönelik Can Dündar tarafından yapılan "İşte Erdoğan'ın yok dediği silahlar" başlıklı haber ve Erdem Gül tarafından yapılan "Erdoğan'ın 'Var ya da Yok' Dediği MİT TIR'larındaki Silahlar Jandarmada Tescillendi-Jandarma 'Var' Dedi" başlıklı haberin yayınlanması üzerine "silahlı terör örgütüne üye olmaksızın bilerek ve isteyerek yardım etme", "devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal ve askeri casusluk amacıyla temin etme" ve "devletin gizli kalması gereken bilgilerini casusluk maksadıyla açıklama" suçlamasıyla tutuklanmalarının ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddialarına ilişkindir. AYM, tutuklama kararının "millî güvenlik", "suçların önlenmesi", "suçluların cezalandırılması", "devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması" ve "devlete ait gizli bilgilerin açıklanmasının önlenmesi" amaçlarıyla uyumlu olduğuna karar vermiştir. Fakat AYM'ye göre, somut olayın tutuklama gerekçelerinde, yayımlanan haberler dışında herhangi bir somut olgu ortaya konulmadan ve tutuklamanın gerekliliğine ilişkin gerekçeler belirtilmeden başvuru, ifade ve basın özgürlüklerine yönelik caydırıcı etki doğuracaktır. Bundan ötürü Mahkeme, ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Keleş Öztürk başvurusu, başvuru avukatın duruşma esnasında sarf ettiği "Savcı Hukuk Fakültesini yeniden okusun, Hukuk Fakültesini okumadı." ifadesinin kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunun işlendiği ve isnat edilen suç uyarınca adli para cezasına hükmedilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına yöneliktir. AYM'ye göre, başvurunun duruşma esnasında kullandığı ifadeler, duruşma

⁴⁰ AYM, Şaban Sevinç (2), B. No: 2016/36777, K: 26/5/2021.

⁴¹ AYM, Recep İhsan Eliaçık, B. No: 2019/19184, K: 10/5/2022.

⁴² AYM, Burhan Diktepe, B. No: 2018/10550, K: 21/12/2022.

⁴³ AYM, Mehmet Çapraz, B. No: 2014/10736, K: 8/2/2018

atmosferinin verdiği gerginlikle sarf edilmiştir. Cumhuriyet savcısının hukuk fakültesini okuyup okumadığı hususundaki eleştiriler abartılı görülebilirse de savcının yargılama aşamasındaki bazı gelişmeleri dikkate almaması ve başvurunun kendi bakış açısına göre özensiz olduğunu değerlendirdiği mütalaaya ilişkin olduğu görülmektedir. Avukatların savunma esnasındaki sözlerinden dolayı cezai takibata maruz kalmalarının müvekkillerinin çıkarlarını hararetle savunma görevi üzerinde caydırıcı etki oluşturabileceği de göz önüne alınmalıdır. Bu sebeplerle ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli bir müdahale olmadığı kanaatine varılmıştır.⁴⁴

Engin Kabadaş başvurusunda, başvuru, olayların geçtiği tarihlerde kurmay albay rütbesi ile Çankırı 28. Mekanize Piyade Tugay komutan yardımcılığı görevini yürütmektedir. Başvuru 2007 yılının Kasım ve Aralık aylarında, üstlerinden aldığı emirler doğrultusunda askerî personele ve ailelerine Atatürkçü düşünce sistemini anlatmak amacıyla askerî birlikler içinde ve asker sıfatıyla, katılım zorunluluğu olan, bir dizi konferans vermiştir. Başvuru, konferanslar sırasında Cumhurbaşkanı ve Hükûmet üyelerine yönelik eleştirilerde de bulunmuş ve derece mahkemelerince başvurunun dinleyicilerin siyasi tercih ve görüşlerini etkilemeyi hedeflediğine ve bunun siyasi faaliyette bulunmak suçunu oluşturduğuna karar verilmiştir. AYM'ye göre, asker-siyaset ilişkisi kamu düzeni ile doğrudan bağlantılıdır. Ordunun tarafsız şekilde asli fonksiyonlarına odaklanamaması ve ordunun kurumsal olarak veya ordu mensuplarının bireysel olarak siyasete müdahalesi demokratik toplum düzeninin bozulmasına, dolayısıyla kamu düzeninin zarar görmesine neden olacak niteliktedir. AYM, yüksek rütbeli bir asker olan başvurunun askerî tesislerde tertip edilen, askerî personel ve onların eşlerine yönelik katılımı zorunlu konferanslarda, anılan tarihlerde ülkenin Cumhurbaşkanı'nı, Başbakanı'nı ve bazı bakanları eleştirmesinin siyasi söylem olarak kabul edilip cezalandırılmasının demokratik bir toplum düzeninde gerekli olduğunu kabul etmiş ve ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine oybirliğiyle karar vermiştir.⁴⁵

Yaman Akdeniz, Sezgin Tanrıku, Kerem Altıparmak başvurusunda başvuru, kullanıcı oldukları twitter.com isimli internet sitesine erişimin engellenmesine dair Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) işlemi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ve TİB'in sitenin tamamına erişim engeli getirmesinin fonksiyon gaspı niteliğinde olduğunu ileri sürmüşlerdir. AYM'ye göre, erişimin engellenmesinin URL bazında değil de tüm bir siteye yönelik erişimin engellenmesi şeklinde uygulandığı görülmektedir. 5651 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında TİB'in kararına dayanak gösterdiği mahkeme kararlarını aşan ve milyonlarca kullanıcı bulunan bir sosyal medya ağı olan twitter.com sitesine erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin kanuni dayanağının bulunmadığı ve bu sosyal paylaşım sitesine erişimin kanuni dayanağı olmaksızın ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile engellenmesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu açıktır. AYM, TİB tarafından twitter.com isimli internet sitesine erişimin engellenmesi yalnızca bu engellemeye dayanak gösterilen ve URL bazlı verilen kararların muhataplarını değil,

twitter.com ağından yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne yönelik ağır müdahale niteliğinde olduğu ve hukuki dayanağının olmaması nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlaline karar vermiştir.⁴⁶

2- Norm Denetimi Kararlarında İfade Özgürlüğü

Kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, soyut ve somut norm denetimi olmak üzere iki şekilde gerçekleşir. Soyut norm denetimi, bir diğer adıyla iptal davası, Anayasada belirtilen bazı organların bir kanun aleyhinde Anayasa Mahkemesinde dava açmalarıyla gerçekleştirilen denetimdir.⁴⁷ Somut norm denetimi ise, bir diğer adıyla itiraz yolu, bir mahkemede görülmekte olan davanın karara bağlanmasının, o davada kullanılacak hukuk normunun Anayasaya uygunluğuna bağlı olması halinde yapılan denetimdir.⁴⁸ Anayasa Mahkemesi'nin ifade özgürlüğü hakkında bireysel başvuru kararlarının yanında soyut ve somut norm denetimi kararları da bulunmaktadır. Örneğin, günlük olarak yayımlanan "Karacabey MELTEM" gazetesinin Kurban Bayramı'nın ikinci günü yayımlanması nedeniyle 5953 sayılı Yasa'nın 20. ve 28. maddelerine aykırı davranıldığı savıyla gazete sahibinin aynı Yasa'nın 28. maddesi gereğince cezalandırılması için Karacabey Sulh Ceza Mahkemesi'nde kamu davası açılmıştır. Sanık, yargılanması sırasında, Yasa'nın değişik 20. ve 28. maddelerinin Anayasa'ya aykırılığını ileri sürmüştür. Mahkeme de bu savın ciddi olduğu kanısına vararak iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Yasa'nın m.20/1'in ilk tümcesiyle günlük gazetelerin, Şeker Bayramının ikinci ve üçüncü günleri ile Kurban Bayramının ikinci, üçüncü ve dördüncü günleri yayımlanmaları yasaklanmaktadır. Yasa'nın m.28/1'de ise, dini bayram günlerinde günlük gazetelerin yayımını sürdürmesi ya da 20. maddede belirtilen hak sahibi meslek kuruluşları dışındaki kişilerce bu günlerde gazete yayımlanması durumunda uygulanacak ikinci fıkrasında ise, mükerrirlere verilecek yaptırım öngörülmektedir. AYM'ye göre, bulunan müdahale bir sınırlama değil durdurma niteliğindedir ve Anayasa'nın 15. ve 2. maddelerine aykırılık gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir. Mahkeme üyeleri Mustafa Gönül ve Selçuk Tüzün'ün değişik gerekçesinde ise; " (...) İtirazlı Yasa kuralının getirdiği bu yasaklama, Anayasa'nın 13. maddesinin birinci fıkrasındaki "genel", 26. maddesinin ikinci fıkrasındaki "özel" sınırlama nedenlerinden hiçbirine uymamaktadır. Yine 26. maddenin son fıkrasındaki "Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler" in, bunların yayımını engelleyemeyeceği biçimdeki buyurucu kuralla da bağdaşmamaktadır." Anayasa'nın 26., 28., 29. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle itirazlı Yasa kurallarının iptali gerektiğini ileri sürmüştür.⁴⁹

Bir diğer norm denetimi kararında ise davacının görev dışında amir ya da üstünün eylem veya işlemlerini olumsuz yönde, eleştirici nitelikte beyanlarda bulunduğu gerekçesiyle altı ay kısa süreli durdurma cezası ile cezalandırılmasına yönelik işlemin iptali talebiyle açılan davada; itiraz konusu Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun

⁴⁴ AYM, *Keleş Öztürk*, B. No: 2014/15001, K: 27/12/2017.

⁴⁵ AYM, *Engin Kabadaş*, B. No: 2014/18587, K: 6/7/2017.

⁴⁶ AYM, *Yaman Akdeniz ve diğerleri*, B. No: 2014/3986, K: 2/4/2014.

⁴⁷ ÖZBUDUN, *Ergun*, "Türk Anayasa Hukuku", 19. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 395.

⁴⁸ ÖZBUDUN, s. 398.

⁴⁹ AYM, *E.1992/36, K.1993/4, 20/01/1993*.

Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 8. maddesinin (4) numaralı fıkrasının (b) bendinin (5) numaralı alt bendinin Anayasa'nın 13. ve 26. maddelerine aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur. AYM, kuralın görev dışında amir ya da üstlerin eylem veya işlemlerine yönelik olarak getirilen olumsuz eleştirinin otoriteyi zedeleyen, kurumun hiyerarşik düzenine veya işleyişine zarar veren bir unsur taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın her türlü eleştirinin cezalandırılabilmesine imkân tanıdığı gerekçesiyle kuralla ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı sonucuna ulaşarak ilgili normun iptaline karar vermiştir.⁵⁰

C. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

AIHS'nin 33. maddesinde Yüksek Sözleşmeci Tarafların Sözleşme ve Protokollerinin hükümlerinin ihlali iddiası ile Mahkeme'ye başvurabileceği düzenlenmiştir. 34. maddesinde ise Sözleşme ve Protokollerinin hükümlerinin ihlali iddiasıyla Mahkeme'ye bireysel başvuruda bulunabileceği düzenlenmiştir. Bu bölümde AIHM'ye konu olan ifade özgürlüğüne ilişkin kararların üzerinde durulacaktır.

Mehmet Çiftçi – Türkiye kararında Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü Eğitim Kurulu, başvurana posta ile gönderilen “Atılım” gazetesinin beş sayısına 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesinin 3. fıkrası, Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik'in 8. maddesinin 3. fıkrası ile Ceza İnfaz Kurumları Kütüphane ve Kitaplık Yönergesi'nin 11/b ve 12. maddeleri gereğince, el konulmasına ve bunların ilgiliye teslim edilmemesine karar vermiştir. Eğitim Kurulu, gazetenin bir terör örgütünün propagandasını yaparak suçu ve suçluyu övdüğünü, halkı kin ve düşmanlığa teşvik ettiğini ve söz konusu yazıların yasa dışı örgütlerin faaliyetlerini artırarak ve disiplinsizliğe yol açmak suretiyle kurum güvenliğini tehlikeye düşürecek nitelikte olduğunu ileri sürmüştür. AIHM, başvuranın ifade özgürlüğü hakkı ile ceza infaz kurumunda düzen ve disiplinin sürdürülmesi gibi söz konusu diğer menfaatler arasında uygun bir dengenin kurulmadığını; ihtilaf konusu yayınların, sakıncalı olduğu değerlendirilen sayfalarının çıkarılması sonrasında başvurana teslim etme olasılığının değerlendirilmediğini ve Sözleşmeci Devlet'in söz konusu tedbirin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kanıtlayamadığını ileri sürmüş ve sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵¹

Magyar Kétfarkú Kutya Párt – Macaristan davasında başvuruya konu olan olay, Avrupa Birliği Adalet ve İçişleri Konseyi, 120.000 sığınmacının iki yıllık bir süre içerisinde İtalya ve Yunanistan'dan alınarak, diğer AB ülkelerine yerleştirilmesine dair bir planı onaylamasının üzerine Macaristan'ın 1.294 kişiyi kabul etmesi gerekmektedir. Macaristan Başbakanı, AB'nin zorunlu kotasının kabul edip etmeme hususunda referandum yapılacağını duyurmuştur. Başvuran parti, destekçilerinden referanduma katılmalarını fakat geçersiz oy kullanmalarını istemiş ve seçmenlerin oylarının fotoğraflarını ya da oy

kullanmak yerine yaptıkları eylemi anonim biçimde yüklemelerini ve diğer kullanıcılarla paylaşımlarını sağlayan “Geçersiz Bir Oy Kullan” isimli mobil uygulamayı kullanıma sunmuştur. Seçim Komisyonu, başvuran partiyi yaklaşık 2.700 Euro para cezasıyla cezalandırmıştır. Geçersiz oy kullanmaya teşvik etmenin seçmenleri etkileyebileceği ve hukuka aykırı kampanya oluşturduğu ileri sürülmüştür. Başvurucu parti verilen cezanın ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AIHM'ye göre, bir seçimin öncesindeki dönemde her türlü görüşlerin ve bilgilerin serbestçe dolaşmasına izin verilmesi gereklidir. Bu minvalde başvuran partinin bilgi ve görüşleri yayma hakkının kısıtlanmış ve kısıtlamaya sebep olan Yasa'nın, AIHS m.10/2'de öngörülen amaçlara uygun düşmediği gerekçesiyle ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir.⁵²

Erbakan – Türkiye davasında, başvuru yerel seçimlere hazırlanırken Bingöl mitinginde; “(...)bunlar gavur aşığı, bunlar bağımsız değil, batıya bağlı, talimatı oradan alıyorlar, bizim halkımızı eziyor. Bunların hepsi faizci, hepsi sömürücü, hepsi ezici (...)” söylemlerinde bulunmuştur. Söz konusu ifadeler, konuşmanın sadece bir parçasıdır. Konuşmanın devamı da bu minvalde seyretmektedir. Başvurucunun ifadeleri dönemin aşırı İslamcı terör örgütü olan Hizbullah açısından yakın tehlike olarak nitelendirilmiştir. Başvurucu, konuşma esnasında halkı dine, etnik kökene ve bölge ayrımına dayalı olarak kine ve düşmanlığa tahrik etmekle suçlanmıştır. AIHM'e göre başvurucunun ifadelerinin temelinde yatan “inançlar” ve “inanmayanlar” sınıflandırması hoşgörüsüzlüğe teşvik etmektedir. Ancak başvuran hakkında soruşturmanın açıldığı tarihte, dava konusu konuşmanın toplum açısından güncel bir risk ve yakın tehlike oluşturduğu hususu AIHM açısından kesin değildir. Ayrıca başvurucunun 220.000 TL. para ve bir yıl hapis cezasına çarptırılmasının yanı sıra, birçok medeni ve siyasi haklarının kısıtlanmasına maruz kalması bünyesinde caydırıcılığı barındırmakla beraber bir siyasetçi için ağır müeyyidelerdir. İfade özgürlüğüne yapılan müdahale, AIHM tarafından, “demokratik bir toplum için gereklilik” kriterini karşılar nitelikte bulunmamıştır. Bu nedenle sözleşmenin 10. Maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁵³

Perinçek – İsviçre davasında, dönemin Türkiye İşçi Partisi Genel Başkanı olan başvuru katıldığı bir konferansta “Ermeni Soykırımı” iddialarını açıkça reddetmiştir ve iddiaları “uluslar arası bir yalan” olarak tanımlamıştır. İsviçre-Ermenistan Derneği, yorumları nedeniyle başvuran hakkında suç duyurusunda bulunmuştur. Başvuran, iki yıl ertelemeli para cezası ve tazminat ödemeye mahkum edilmiştir. Mahkemenin bir Dairesi, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir. Dava, Hükümetin talebi üzerine Büyük Daire'ye gönderilmiştir. Mahkeme, başvuranın açıklamalarının genel iğneleyiciliğini göz önünde bulundurduğunda, söz konusu açıklamaları nefrete veya hoşgörüsüzlüğe teşvik biçiminde algılamamıştır. Türkler ile Ermenilerin yüzyıllar boyunca barış içerisinde yaşadığını belirten başvuran, söz konusu olayların mağdurlara yönelik küçümseme veya nefret dile getirmemiştir. Mahkeme'ye göre Başvuranın kamuyu ilgilendiren bir konudaki

⁵⁰ AYM, E.2023/24, K.2023/91, 04/05/2023.

⁵¹ *Mehmet Çiftçi v. Turkey*, 16/11/2021, T.C. Adalet Bakanlığı tarafından Türkçeye çevrilmiş metin, para. 5, 40, 41,45, 46.

⁵² *Magyar Kétfarkú Kutya Párt v. Hungary*, 20/01/2020, Okan Taşdelen tarafından Türkçeye çevrilmiş özet, para. 1, 2, 4, 9, 66, 100, 117, 118.

⁵³ *Erbakan v. Turkey*, 06/07/2006, Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından çevrilmiş metin, para. 10., 11., 63., 64., 68., 69., 70., 71.

açıklamalarının, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında yüksek koruma hak ettiği ve İsviçre makamlarının bu açıklamalara müdahale etme konusunda yalnızca sınırlı takdir payına sahip olduğu anlaşılmıştır. AİHM; Açıklamaların Ermeni topluluğunun haysiyetini İsviçre'de cezai bir yanıt verilmesini gerektirecek derecede etkilemesinin mümkün olmaması, İsviçre'nin bu tür açıklamaları suç saymasını gerektirecek hiçbir uluslararası hukuk yükümlülüğünün bulunmaması, İsviçre mahkemelerinin başvuranın İsviçre'deki yerleşik görüşlerden farklı bir görüşü seslendirmesine sansür uyguladığının anlaşılması ve müdahalenin ciddi bir cezai müeyyide biçimini almasından dolayı Ermeni topluluğunun mevcut davada söz konusu haklarını korumak amacıyla başvuranın mahkûm edilmesinin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵⁴

Handyside – Birleşik Krallık davasında, çocuklara yönelik ders kitabında; mastürbasyon, orgazm, pornografi, kürtaj, eşcinsellik vb. cinsel içeriklerin bulunduğu alt başlıklar yer almaktadır. Kitap birçok ülkede yayınlanmıştır. Birleşik Krallıkta yayınladıktan sonra Müstehcen Yayınlar Yasasına aykırı bulunarak toplatılmış ve başvurucuya para cezası verilmiştir. Mahkeme, söz konusu alt başlıkların olduğu bölümün gençler için zararlı olabilecek olgunluk faaliyetlerine ve bazı suçları işlemeye teşvik edici nitelik arz ettiğini ileri sürmüştür.⁵⁵ AİHM'ye göre; “Ülke mevzuatlarının ortak bir ahlak paydasında buluşması mümkün değildir. Her bir ülke hukukunun ahlaki gereklere yaklaşımı, konu hakkındaki düşüncelerin devrim halinde olduğu günümüzde yere ve zamana göre değişir. Devlet yetkilileri ahlaki gereklerin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları ‘yasak’ veya ‘ceza’nın ‘gerekliliği’ hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan genellikle daha iyi bir durumdadır. İfade özgürlüğünü kullanan herkes, kendi durumu ve kullandığı teknik araçlar tarafından alanı belirlenen ‘ödev ve sorumluluklar’ üstlenir. Mahkeme, bu davada olduğu gibi, “demokratik bir toplumda gerekli” olan yasakların ve cezaların, ahlakın korunmasına yardımcı olup olmadıklarını araştırırken kişilerin bu tür ödevlerinin ve sorumluluklarının bulunduğunu görmezlikten gelemez.”⁵⁶ Bu nedenle AİHM, ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine yönelik karar vermiştir.

Otto Preminger Institute – Avusturya davasında başvuru dernek, Council in Heaven başlıklı filmi halka açık şekilde altı kez göstereceğini ilan etmiş ve filmin on yedi yaşın altındakilere gösteriminin yasak olduğunu belirtmiştir. Film, Tanrı'yı, Şeytanın ayaklarına kapanan, onunla uzun uzun öpüşen, onu arkadaşı olarak gören, görünüşte bunak bir yaşlı adam; Meryem Ana'yı filmde Şeytanla cinsel ilişki yaşayan bir kadın; Hz. İsa'yı da zeka özürlü biri gibi yansıtmaktadır. Bunun üzerine başvuru hakkında “dini öğretileri aşağılamak” suçundan soruşturma başlatılmış ve filme el konulmuştur. Başvuru ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM yaptığı incelemede, dinini açıklamayı tercih eden kişilerin, azınlık ya da çoğunluk olduğuna bakılmaksızın,

⁵⁴ *Perinçek v. Turkey*, 15/10/2015, T.C. Adalet Bakanlığı tarafından çevrilmiş yasal özet, para. 1., 2., 23., 46., 47.

⁵⁵ ÇAKAN, Seher, GÜL, Cengiz, “AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemlerin İfade Özgürlüğü Bakımından Sınırlandırılması”, *ERÜHFD*, Cilt13, Sayı:1, 2018, s.399.

⁵⁶ İNCEOĞLU, s.106-107.

dine yönelik eleştirilerden muaf tutulma beklentisini olanaksız bulmuştur. AİHM'ye göre; “(...) Sözleşme'nin 9. Maddesinde koruma altına alınan hakların huzur içinde kullanılabilmesi devletin sorumluluğundadır. Dini bakımdan yüceltilen kişilerin kışkırtıcı bir tarzda resmedilmelerinin 9. maddede teminat altına alınan, inananların dini duygularına saygıyı ihlal etmiş olduğunu düşünmek meşrudur...” Bu açıklamalar ışığında Mahkeme, Hükümet'in filme el koyarken bölgedeki dini barışı sağlamak ve halkın %87'sinin dini inançlarının hak edilmemiş ve aşağılayıcı bir saldırıya konu olduğu duygusuna kapılmasını önlemek amacı ile hareket ettiği kanısına varmış ve ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁵⁷

Vejdeland ve Diğerleri – İsveç davasının konusu, başvuru kişilerin eşcinselliğe yönelik; “cinsel sapkınlık”, “HIV ve AIDS'in erken dönemde eşcinsellikle ortaya çıktığı ve modern vebanın yaygınlaşmasının temel nedeni” gibi ifadelerin bulunduğu yüze yakın broşürü öğrenci dolaplarının üzerine bırakmasıyla cezalandırılması üzerinedir. Başvuruculara göre, broşürdeki ifadeler eşcinselleri aşağılar nitelikte olmadığından ifade özgürlüğünün kısıtlanması Sözleşme'nin 10/2. maddesine aykırıdır. Mahkeme yaptığı inceleme neticesinde broşürlerin etkilenebilir ve hassas bir yaşta olan ve bunları kabul etmeyi reddetme olasılığı olmayan gençlerin dolaplarına bırakıldığını ve broşürlerin dağıtımı başvuranlardan hiçbirinin devam etmediği, ücretsiz erişime sahip olmadıkları bir okulda gerçekleştirildiğinin üzerinde durmuştur. Broşürlerin öğrencilerin dolaplarına bırakılması ile ifadelerin öğrencilere empoze edildiği kanaatine varılmış ve ifadeler saldırganca bulunmuştur. Dolayısıyla AİHM müdahalenin, demokratik bir toplumda başkalarının itibarının ve haklarının korunması için gerekli olduğu sonucuna varmış ve ihlalin oluşmadığı yönünde karar vermiştir.⁵⁸

Gündüz – Türkiye davasında, başvuru bir tartışma programında demokrasiye yönelik eleştirel ifadelerde bulunmuş; laikliği, demokrasiyi ve Atatürkçülüğü dinsiz olarak nitelendirmiş ve Şeriat hükümlerinin uygulanmasını ileri sürmüştür. Söylemleri neticesinde TCK m.312 uyarınca 2 yıl hapis ve 600 bin TL para cezasına hükmedilmiştir. AİHM'ye göre, başvuru kişinin söylemleri kamuoyunun aşına olduğu bir tarikatın görüşlerini temsil etmektedir. Ancak ifadeler, kamuoyunda uzun soluklu tartışmalara sebep olan ve merak uyandırmış bir konudur. AİHM, şiddete çağrı yapmadan şeriat düzenini savunan söylemlerin “kin ve nefrete dayalı” söylemler olmadığı kanaatine varmış ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵⁹

Féret - Belçika davasına konu olan olay, başvuru kişinin seçim sürecinde “*Belçika'nın İslamileştirilmesine Karşı Koy*”, “*Avrupalı Olmayan İş Arayanları Eve Gönderin*”, “*Belçikalılar ve Avrupalılara ayırmak*” gibi ifadeleri içeren broşürlerin dağıtılması üzerine başvuru kişinin cezalandırılmasıdır. AİHM'ye göre; “Broşürdeki ifadelerin halk arasında kaçınılmaz olarak hor görme, reddedilme ve hatta bazıları için yabancılara karşı nefret duyguları uyandırması muhtemeldir. Dini, etnik veya kültürel önyargıya dayalı nefreti körükleyen siyasi söylem, demokratik devletlerde toplumsal barış ve siyasi istikrar için

⁵⁷ İNCEOĞLU, s.115-116.

⁵⁸ *Vejdeland and Others v. Sweden*, 09/02/2012, para. 8., 11., 25., 56., 57., 59., 60.

⁵⁹ *Gündüz v. Turkey*, 04/12/2003, Nihai Kararın Çevirisi.

tehlike oluşturur. Siyasetçilerin kamuya açık konuşmalarında hoşgörüsüzlüğü körükleme olasılığı bulunan sözler yaymaktan kaçınmaları oldukça önemlidir.”. Mahkeme, yaptığı incelemenin neticesinde ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğu kanaatine varmış ve ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁶⁰

Sürek (no.1) – Türkiye kararının konusu başvurunun yayınladığı okur mektuplarıdır. “*Silahlar Özgürlüğü Engellemez*” başlıklı mektupta Türkiye Cumhuriyeti’nin güneydoğusundan “*Kürdistan*” olarak bahsedilmiş; bölgedeki askeri faaliyetleri katliam olarak nitelendirilmiştir. “*Suç Bizim*” başlıklı mektupta ise; “*TC cinayet çetesi, “Türkiye Cumhuriyeti’nin korunması” gerekçesiyle cinayetlerine devam etmektedir. Ancak insanlar olanlar karşısında uyanıp, bilinçlenip, haklarını savunmayı öğrendikçe ve “verilmemesi halinde zorla alacağımız” fikri halkın aklında filizlenip, gün geçtikçe büyüdüğü sürece cinayetler de sürecektir...*” ifadelerine yer verilmiştir. Başvurucu söz konusu ifadeler nedeniyle “devletin bölünmezliğine karşı propaganda yapmak ve halk arasında düşmanlık ve nefreti teşvik etmek” eylemleri ile suçlanmıştır. Başvurucu ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla Mahkeme’ye başvurmuştur. AİHM, Sözleşme’nin 10/2. Maddesi üzerinden incelemesini yaparken; bölücü faaliyetlerin şiddet kullanımına dayalı yöntemlere bağlı olduğu, dava konusu olayların cereyan ettiği tarihlerdeki Türkiye’nin güneydoğusundaki durum için başta ulusal güvenliğin ve ülke bütünlüğünün korunması ve asayişsizlik ve suçun önlenmesi olmak üzere, Hükümet tarafından belirlenen belli amaçların uzantısı olduğu kanaatine varmıştır. Okuyucuya iletilen mesaj, saldırgan ülke karşısında şiddete başvurma gerekliliği ve haklı bir önlem olduğudur. Bu hususlar dikkate alındığında Mahkeme, Devlet’in uyguladığı müdahalenin zorunlu bir ihtiyacı karşıladığı kanaatine varmış ve ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁶¹

Braun – Polonya kararında, film yönetmeni, tarihçi ve yazarı basında yer alan bir yazar olan başvuru, 2007 yılında bir radyo programı sırasında iyi tanınmış bir profesörün komünist rejimle gizli bir işbirliği içinde olduğunu iddia etmiştir. Başvuran para cezasına mahkûm edilmiş ve profesörün ününün zedelediği için başvuranın özür dilemesine hükmedilmiştir. AİHM’ye göre söz konusu olayda başvuru, açıkça önemli bir konuya ilişkin kamu tartışmasına karışmıştır. Mahkeme, bu nedenle, sadece iç hukuk uyarınca gazeteci olarak görülmediği gerekçesiyle başvuranın gerekli özen standardı dışında iddialarını kanıtlama standardına uymak zorunda olduğu yaklaşımı kabul edememektedir. Çünkü Sözleşme, kamuyu ilgilendiren meşru konulara ilişkin tartışmalara karışan herkese güvence sağlamaktadır. AİHM bu nedenle, Sözleşme’nin 10. Maddesini ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶²

Yakın tarihli *Sarısu Pehlivan – Türkiye* davasında, başvuru hâkim ve olayların meydana geldiği dönemde Yargıçlar Sendikası Genel Sekreteridir. Başvuru, günlük yayın yapan ulusal bir gazetede kendisiyle yapılan bir röportajın yayımlanmasının ardından Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından verilen disiplin cezasıyla ilgilidir.

Başvuran, Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlalden şikâyet etmektedir. HSK gerekçesinde, başvurunun yargı kurumunun toplumun gözünde saygınlığını yok edebilecek ve geçmişten bugüne kadar gelen uygulamalar ile bütün olarak işlemez ve güvenilmez nitelikte olduğu düşüncesini doğrulabilecek ifadeler kullandığını ve Anayasa değişikliğine ilişkin referandum sürecinde başvurunun siyaseten taraf olduğu izlenimi yaratacak açıklamalar yaptığını belirtmiştir. AİHM’ye göre, başvurunun özgür bir şekilde faaliyet göstermeye devam eden yasal bir sendikanın genel sekreteri olarak, adaletin işleyişi, yargı ve yargının bağımsızlığı üzerinde etkisi olabilecek anayasal reformlar hakkında görüş bildirme hakkı ve görevi vardır. Başvuran özellikle anayasal reformun, HSK’nın yapısını yeniden şekillendirerek yargının bağımsızlığını zedeleyeceğini ifade etmiştir. Başvuran, Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesiyle birlikte, hâkimlerin artık yürütmenin iradesine karşı gelemeyeceği kanaatine varmıştır ve anayasal reform konusunda yapılacak referandumda sendikasının hayır oyu verme niyetini açıklamıştır. Mahkeme’ye göre tartışma konusu, demokratik bir toplumda özgür tartışmaya açık olması gereken ve kamu yararına olan bir konu olduğu için üst düzey bir koruma gerektirmektedir. Ayrıca Mahkeme, başvurana verilen cezanın yargı üzerinde etkisi olabilecek yasal veya anayasal reformlar veya yargının bağımsızlığına ilişkin daha genel konular hakkında kamuya açık tartışmalarda yer almak isteyen hâkimler üzerinde caydırıcı bir etkiye sahip olduğunu vurgulamıştır. AİHM yaptığı inceleme neticesinde söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kanaatine varmış ve Sözleşme’nin 10. Maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶³

Fragoso Dacosta – İspanya davasında başvuru, başvuranın İspanya ulusal bayrağına hakaretten mahkûm edilmesi nedeniyle Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamındaki ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği iddiasıyla ilgilidir. Savunma Bakanlığı’nın sorumluluğundaki bir askeri üs olan Ferrol Askeri Cephaneliği, şirketin cephanelik binasını temizlemekle görevli çalışanları ile ödenmemiş ücretler konusunda bir anlaşmazlık içindedir. Ödenmeyen maaşlara tepki olarak, temizlik şirketi çalışanları greve gitmiştir. Bu süre zarfında çalışanlar, bazı sendika temsilcileriyle birlikte cephanelik önünde (yani, işyerleri), “bayrak faturaları ödemez”, “burada lanet bayrağın sessizliği var” ifadelerini içeren sloganlar atmış ve ıslık çalmıştır. Başvuran kullandığı dilin saldırgan olsa bile kamu düzenini bozmadığını, şiddete teşvik etmediğini ve ifadelerin bir hayal kırıklığı duygusunun sembolik ifadesi olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, başvuranın, ödenmeyen maaşlara karşı bir protesto sırasında açıklamalarda bulunan bir sendika temsilcisi olduğunu ve bu nedenle, temizlik şirketi çalışanlarının genel çıkarlarını ilgilendiren bir mesele hakkında bir tartışma olduğu kabul etmiştir. Ayrıca Mahkeme, söz konusu ifadelerin bir sendika temsilcisi tarafından yalnızca bir kez, sınırlı bir dinleyici kitlesi önünde, ödenmeyen ücretlerle ilgili birkaç ay süren bir protesto bağlamında sözlü olarak verildiğini ve herhangi bir rahatsızlık veya düzensizliğe neden olmadığını kabul etmiş ve başvurucuya verilen 1260 Euro para cezasını orantısız bulmuştur. Bu itibarla AİHM, başvuruca uygulanan yaptırımın aşırı olması neticesinde, söz konusu menfaatler

⁶⁰ *Féret v. Belgium*, 16/07/2009, para. 9., 26., 69., 73., 75., 81, 82.

⁶¹ *Sürek (no.1)v. Turkey*, 08/07/1999, T.C. Dışişleri Bakanlığı tarafından çevrilmiş metin, para. 10., 12., 52., 62., 64., 65.

⁶² *Braun v. Poland*, 4/11/2014, T.C. Adalet Bakanlığı tarafından çevrilmiş yasal, özet metin.

⁶³ *Sarısu Pehlivan v. Turkey*, 06/06/2023, T.C. Adalet Bakanlığı tarafından çevrilmiş yasal metin, para. 1., 10., 41., 42., 43., 46., 48., 51., 52.

arasında adil bir denge kurulmadığına ve Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁴

Murat Vural – Türkiye davasında, başvuru 28 Nisan, 6 Mayıs, 8 Temmuz 2005 tarihlerinde, okul bahçelerinde bulunan Atatürk büstüne boya dökmüştür. 12 Eylül 2005 tarihinde de tekrardan aynı fiili gerçekleştirmek üzere okul bahçesine girmiş ve boya kapağını açarken polis memurları tarafından yakalanmıştır. Başvurucu verdiği ifadede, bu eylemleri Atatürk'e kızgın olduğu için yaptığını ve kızgınlığını bu şekilde ifade ettiğini belirtmiştir. Çıkarıldığı mahkemede ise öğretmen olmaya hak kazandığını, öğretmenlik başvurusunun Millî Eğitim Bakanlığı tarafından kabul edilmemesi nedeniyle, uzun bir süre işsiz kaldığını; suçlarını, Bakanlığın kararını protesto etmek amacıyla işlediğini ileri sürmüştür. Başvurana, yukarıda bahsi geçen eylemleri nedeniyle, temyiz sonucunda on üç yıl bir ay on beş gün hapis cezası verilmiştir ve medeni hakları kullanmaktan yoksun bırakılmıştır. Mahkeme yaptığı inceleme neticesinde, başvurana verilen cezaların, güdülen amaçlarla oldukça orantısız olduğu ve bu nedenle “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı sonucuna varmış ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁵

İ.A – Türkiye davasında başvuran, Berfin yayınevinin sahibi ve yöneticisidir. 1993 yılı Kasım ayında Abdullah Rıza Ergüven'in “Yasak Tümceler” adlı bir romanı Berfin yayınevi tarafından yayımlanmıştır. İstanbul Cumhuriyet Savcısı, başvurana, yayım yoluyla Allah'a, dine, peygambere ve Kutsal Kitaba hakaret etmekle itham etmiştir. AİHM çoğulculuk ve çatışan menfaatler arasındaki dengenin sağlanmasının üzerinde durmuş ve yaptığı inceleme neticesinde Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. AİHM'ye göre; “Romanda, yalnızca çatışan veya şok edici, fikirler değil aynı zamanda, İslam dinindeki Peygamberin kişiliğine karşı hakaret dolu bir saldırı söz konusudur. Sonuç itibarıyla söz konusu müdahale ile Müslümanlar tarafından kutsal sayılan bazı hususlara yapılan saldırıların önlenmesi amaçlanmıştır”. AİHM, alınan tedbirlerin, “sosyal bir ihtiyaca” karşılık geldiği sonucuna ulaşmıştır.⁶⁶

Müller ve Diğerleri – İsviçre davasına konu olayda, sergi sırasında başvuru Müller sodomi, zoofili, mastürbasyon ve eşcinsellik eylemlerini gösteren üç büyük tablo yapmış ve sergilemiştir. Bu sergi, herhangi bir yaş sınırlaması olmaksızın herkes tarafından erişilebilir şekilde ve ücretsiz olarak düzenlenmiştir.⁶⁷ İsviçre Mahkemeleri Müller ve sergiyi düzenleyenler hakkında para cezasına ve tablolara el konulmasına hükmetmiştir. Başvurucular ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM inceleme yaparken *Handyside – Birleşik Krallık* kararında ifade ettiği gibi, tek bir ahlak anlayışının bulunmasının mümkün olmayacağını tekrar etmiş ve milli yargıçların, kendi ülkelerinin ihtiyaçlarına karşılık gelen ahlak algısına daha aşina olmasından dolayı ahlaka ilişkin uyuşmazlıklarda takdir marjının daha yüksek olduğunu vurgulamıştır. AİHM'ye göre, halka sınırsız bir biçimde açık olan bu sergi, olağan duyarlılıktaki kişilerin cinsel adabına büyük ölçüde muhaliftir ve mevcut müdahale Devlet'in takdir yetkisi kapsamındadır. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁶⁸

⁶⁴ *Fragoso Dacosta v. Spain*, 08/06/2023, para. 1., 5., 32., 33., 34.

⁶⁵ *Murat Vural v. Turkey*, 21.10.2014, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından çevrilmiş metin, para. 7., 8., 9., 10., 13., 20., 66., 68.

⁶⁶ *İ.A. v. Turkey*, 13/09/2005, T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından çevrilmiş özet metin.

⁶⁷ SINIARSKA, s. 63.

⁶⁸ İNCEOĞLU, s. 107-108

SONUÇ

Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında, gerek Anayasa'da gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ön görülen; kanunilik, meşru amaç, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük kriterleri üzerinden değerlendirme yapmıştır. Söz konusu mahkemelerin verdiği ihlal kararlarında “demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk” kriteri ön plana çıkmaktadır. Diğer kriterlere göre daha soyut olan bu kavram bünyesinde, çoğulcu demokrasi ilkesinin yansımaları barındırmaktadır. Çünkü çoğulculuk, demokratik toplumun gereklerinden biridir. Çoğulculuğun ve demokrasinin gerçekleştirilebilmesinin ise en önemli aracı ifade özgürlüğüdür. Bu nedenle, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması dar yorumlanmaktadır ve sınırlama, Anayasa'da ve AİHS'te belirtilen amaçlar doğrultusunda, kanunla yapılmaktadır.

İlgili mahkeme kararlarında kamuya mal olan kişilerin, normal kişilere kıyasen eleştirilere daha fazla katlanması gerektiği belirtilmiştir. Özellikle kamu görevlilerine yönelik eleştiriler, AİHM'nin ifade ettiği üzere “bekçi köpeği” görevini görür ve bir nevi denetim sağlar. Mahkemeler, kişinin şeref ve itibarının korunması ile ifade özgürlüğünün kullanılması arasındaki dengenin bozulup bozulmadığının üzerinde durmuş ve uyuşmazlıkları bu husus üzerinden karara bağlamıştır.

Mahkeme kararlarında sıklıkla rastlanılan bir diğer husus ise kamuya mal olmuş tartışmalar hakkında sarf edilen ifadelerle karşı korumanın daha yüksek olması gerektiğidir. Kararların gerekçesinde; ilgili tartışmaların konusu, uzun süre kamuoyunun gündeminde olması ve uzun soluklu tartışmalara sebep olması halinde tartışmalar üzerine sarf edilen ifadeler kamu yararı taşımaktadır. Bu nedenle sınırlamalar dar yorumlanmaktadır.

İlgili mahkemeler, ceza infaz kurumlarındaki mahkumların ifade özgürlüğü hakkı ile ceza infaz kurumunda düzen ve disiplinin sürdürülmesi gibi söz konusu diğer menfaatler arasında uygun bir dengenin kurulup kurulmadığı üzerinden incelemesini yapmıştır. Mahkemeler, menfaatler dengesinin sağlanmasında, yine demokratik bir toplumda gereklilik, meşru amaç, ölçülülük ve ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan orantılılık ilkesinin üzerinde durmuştur.

Son olarak ilgili mahkemeler, müdahale konusu olan ifadelerin genel olarak nefret söylemi teşkil etmesi neticesinde kamu düzenini, devletin bölünmez bütünlüğünü bozacak ciddi ve yakın bir tehlikenin doğmasını önlemek amacıyla sınırlandırılmasının, ölçülülük ilkesine aykırı olmamak üzere, ifade özgürlüğünü ihlal etmediğini vurgulamıştır. Ancak müdahalenin aykırılık teşkil etmemesi, kullanılan dilin kamuoyunu şiddete teşvik ederek ciddi ve yakın bir tehlikeye sebep olmamasına, kamuoyunu kışkırtıcı ifadelerin kullanılmamasına ve kamu düzenini bozmayacak nitelikte olmasına bağlıdır.

Sonuç olarak Mahkemeler, ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10., Anayasa'nın 13. ve 26. maddelerinin üzerinde durarak incelemiştir. Yargıtay, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi sıklıkla AİHM'nin yerleşik içtihatlarına ve AİHS'nin 10. maddesine atıfta bulunmuştur. Ancak AİHM, ulusal yargı mercilerine kıyasen ifade özgürlüğüne yönelik daha korumacı bir yaklaşım sergilemektedir.

KAYNAKÇA

1. AKGÜL, Mehmet Emin, “İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci Ve Milli Güvenlik Gereksesiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması”, *AUHFD*, Cilt: 61, Sayı: 1, 2012, s.1-42.
2. AKTAN, Coşkun Can, YAY, Serdar, “TESVİYECİLER MANİFESTOSU: BİR SİVİL ANAYASA ÖNERİSİ Anayasal Demokrasi ve Anayasal Hukuk Devletine Yönelik Eşsiz Bir Yazılı Anayasa Metni”, *Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 2, 2019, s.106.
3. AYBAY, Rona, “Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi”, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, Aralık 2006, s.7.
4. BAŞARER, Dilek, DUMAN, Ekrem Ziya, Felsefi Süreç İçinde Düşünme Olgusu. *Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi*, Cilt: 9, Sayı:2, 2019, s. 379.
5. CİN, Turgay, “Yunanistan Anayasasında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Korunması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt:11, Sayı:2, 2009, s.59.
6. ÇAKAN, Seher, GÜL, Cengiz, “AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemlerin İfade Özgürlüğü Bakımından Sınırlandırılması”, *ERÜHFD*, Cilt:13, Sayı:1, 2018, S.399.
7. DİKMEN, Yunus Samet, “Demokrasi Ve İfade Hürriyeti”, s. 1.
8. DURAN, Hasan, “İfade Özgürlüğü Ve Türkiye”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 1, 2006, s. 64.
9. FORTACI, Talha, “The Trinity in the Theology of Michael Servetus”, *Oksident*, Cilt: 4, Sayı: 2, 2023, s. 173-206.
10. GÖZLER, Kemal, “İnsan Hakları Hukuku”, 4. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, Şubat 2022, s. 153-515.
11. İNAM, Ahmet, “Düşünce Özgürlüğünden Özgür ve Özgürleştirici Düşünceye”, Hayrettin Ökçesiz (Der), Düşünce Özgürlüğü, AFA Yayıncılık, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi Yayınları 3, İstanbul, 1998, s. 38.
12. İNCEOĞLU, Sibel, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk”, GÖZTEPE, Ece (Ed.), “Çoğulcu Demokrasi - Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları “ Toplantısı, 1. Baskı, TBB Yayınları, Ankara, 2010, s.83-129.
13. KARAÇAY, Timur, “Brunolar Yanmasın”, *Cumhuriyet Bilim Teknoloji Dergisi*, Sayı: 1217, 16 Temmuz 2010, s.1
14. KARAN, Ulaş, “İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2”, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2018, s. V.
15. KUTLUAY, Ferhat, “Sokrates: Düşünce ile Eylemlerinin Tutarsızlığı”, *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, Cilt:15, Sayı:26, 2010, s.4652.
16. KÜÇÜKALİ, Rıdvan, KOÇ, Mustafa, “Galileo’nun İki Büyük Dünya Sistemi Hakkındaki Diyalogları ve Bilime Etkisi”, *Kaygı Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi*, Sayı: 16, Bahar 2016, s.125.
17. ÖZBUDUN, Ergun, “Türk Anayasa Hukuku”, 19. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 395-398.
18. PARLAK, Abdülkadir, Protestan Reformunun Meydana Gelmesinde Etkili Olan Toplumsal, Siyasal Ve Ekonomik Faktörler, *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 56, 2022, s. 7-49.

19. PLATON, “Sokratesin Savunması”, çev. Ari Çokona 1. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2012.
20. SINIARSKA, Dominika, “AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KORUNMASI- Uygulamacılar İçin El Kitabı”, trc. T. Duygu Köksal, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2018, s.11.
21. TUMAY, Murat, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü Kavramı, İçeriği Ve Sınırlarının Belirlenmesi Sorunu”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:9, Sayı:2, 2019, s.122.
22. UYGUN, Oktay, “Demokrasinin Çoğunlukçu ve Çoğulcu Modelleri İki Bin Beş Yüz Yıllık Tartışmanın Analizi”, GÖZTEPE, Ece (Ed.), “Çoğulcu Demokrasi - Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları “ Toplantısı, 1. Baskı, TBB Yayınları, Ankara, 2010, s.25.

İÇTİHAZ DİZİNİ

1. AİHM, *Braun v. Poland*, 4/11/2014, T.C. Adalet Bakanlığı tarafından çevrilmiş yasal, özet metin.
2. AİHM, *Erbakan v. Turkey*, 06/07/2006, Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından çevrilmiş metin, para. 10., 11., 63., 64., 68., 69., 70., 71.
3. AİHM, *Féret v. Belgium*, 16/07/2009, para. 9., 26., 69., 73., 75., 81, 82.
4. AİHM, *Fragoso Dacosta v. Spain*, 08/06/2023, para. 1., 5., 32., 33., 34.
5. AİHM, *Gündüz v. Turkey*, 04.12.2003, Nihai Kararın Çevirisi.
6. AİHM, *İ.A. v. Turkey*, 13/09/2005, T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından çevrilmiş özet metin.
7. AİHM, *Magyar Kétfarkú Kutya Párt v. Hungary*, 20/01/2020, Okan Taşdelen tarafından Türkçeye çevrilmiş özet, para. 1, 2, 4, 9, 66, 100, 117, 118.
8. AİHM, *Mehmet Çiftçi v. Turkey*, 16/11/2021, T.C. Adalet Bakanlığı tarafından Türkçeye çevrilmiş metin, para. 5, 40, 41,45, 46.
9. AİHM, *Murat Vural v. Turkey*, 21.10.2014, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından çevrilmiş metin, para. 7., 8., 9., 10., 13., 20., 66., 68.
10. AİHM, *Perinçek v. Turkey*, 15/10/2015, T.C. Adalet Bakanlığı tarafından çevrilmiş yasal özet, para. 1., 2., 23., 46., 47.
11. AİHM, *Sarısu Pehlivan v. Turkey*, 06/06/2023, T.C. Adalet Bakanlığı tarafından çevrilmiş yasal metin, para. 1., 10., 41., 42., 43., 46., 48., 51., 52.
12. AİHM, *Sürek (no.1) v. Turkey*, 08/07/1999, T.C. Dışişleri Bakanlığı tarafından çevrilmiş metin, para. 10., 12., 52., 62., 64., 65.
13. AİHM, *Vejdeland and Others v. Sweden*, 09.02.2012, para. 8., 11., 25., 56., 57., 59., 60.
14. AYM, *Abdullah Öcalan [GK]*, B. No: 2013/409, K: 25/6/2014 .
15. AYM, *Ali Kızılkaya*, B. No: 2014/5552, K: 26/10/2017.
16. AYM, *Ali Sarıbey (2)*, B. No: 2019/14946, K: 10/5/2023.
17. AYM, *Ayşe Çelik*, B. No: 2017/36722, K: 9/5/2019.

18. AYM, E.1992/36, K.1993/4, 20/01/1993.
19. AYM, E.2023/24, K.2023/91, 04/05/2023.
20. AYM, Engin Kabadaş, B. No: 2014/18587, K: 6/7/2017.
21. AYM, Fidan Tuncer ve Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası, B. No: 2018/21167, K: 12/2023.
22. AYM, İlyas Bulcay, B. No: 2020/24527, K: 9/2/2023 .
23. AYM, Keleş Öztürk, B. No: 2014/15001, K: 27/12/2017.
24. AYM, Mehmet Çapraz, B. No: 2014/10736, K: 8/2/2018.
25. AYM, Recep İhsan Eliaçık, B. No: 2019/19184, K: 10/5/2022.
26. AYM, Şaban Sevinç (2), B. No: 2016/36777, K: 26/5/2021.
27. AYM, Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, K: 2/4/2014.
28. AYM, Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, K: 29/5/2014.
29. Danıştay 13. Daire Başkanlığı, E. 2015/5959, K. 2020/3014.
30. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2019/2777, K. 2019/4677.
31. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/1415, K. 2018/211.
32. Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2016/1480, K. 2016/4444.
33. Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2019/3215, K. 2020/2260.
34. Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2015/10650, K. 2016/10878.
35. Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2015/38708, K. 2017/10380.

GÜMRÜK KAÇAKÇILIĞI SUÇLARINDA SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA SÜREÇLERİ

Av.Prof.Dr. Tunay KÖKSAL – Av. Tuğba DÜZLEME

GİRİŞ

5607 Sayılı Kanun'dan önce yürürlükte bulunan 1918 Sayılı Kanun'da kaçakçılık suçlarına bakmaya yetkili mahkemeler 1 numaralı Ceza Mahkemeleri olarak belirtilmiştir. 4926 Sayılı Kanun'da da yine 1 numaralı Asliye Ceza ve Ağır Ceza Mahkemeleri görevlendirilmiştir. Kaçakçılık suçları başka suçlarla birlikte işlenmiş olsa bile hazırlık soruşturması sırasında soruşturma evrakı tefrik edilerek kaçakçılık suçları ile ilgili olarak suçüstü hükümlerine göre yasal yetkili mahkemeye dava açılmaktaydı. Diğer suçlar yönünden de ayrıca ilgili mahkemeye iddianame ile dava açılması yoluna gidilmekteydi.

Evrakta sahtecilik yapılarak kaçak eşya ithalatı suçunda sahtecilikten ilgili mahkemeye evrak tefrik edilerek dava açılır, ayrıca kaçakçılık suçundan dolayı da görevli 1 numaralı Ceza Mahkemelerinde dava açılması yoluna gidilirdi. Veya yurt dışından akaryakıt getiren failin bu akaryakıtı varış gümrüğüne teslim etmeyerek başka bir yere götürüp satması durumunda kaçakçılık dışında ayrıca emniyeti suiistimal suçu ile ilgili evrak tefrik edilerek ayrı bir dava açılmaktaydı.

5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ise soruşturma ve kovuşturma ile ilgili yeni düzenlemeler getirmiştir. Bu yeni düzenlemeleri aşağıda tek tek ele almakta yarar vardır.

1. SORUŞTURMA

Madde 17 - (1) Bu Kanun hükümlerine göre idarî para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı, 14 üncü madde hükümlerine göre mülkiyetin kamuya geçirilmesine ise Cumhuriyet savcısının talebi üzerine, sulh ceza mahkemesi yetkilidir. Bu kararlara karşı, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir (6455 s. K. mülga).

(2) Bu Kanun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirle- nen asliye ceza mahkemelerinde görülür. Ancak bu suçlarla bağlantılı olarak resmî belgede sahtecilik suçunun işlenmesi halinde, görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu soruşturma ile ilgili genel hükümler ve düzenlemeler getirmiş olup 116 ve devamı maddelerinde arama ve el koyma ile ilgili temel esasları belirlemiş, buna paralel olarak 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu da özel olarak arama, el koyma ve sair işlemlerle ilgili hükümler getirmiştir. 5607 Sayılı Kanunu'nun getirmiş olduğu düzenlemeler şunlardır:

1.1. Arama ve El Koyma

1.1.1. Genel Arama

5607 Sayılı Kanunu'nun 9'ncü maddesi şöyledir.

“Madde – 9.- (1) Kaçak eşya, her türlü silah, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphelenen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlar ile kişilerin üzerlerinde yapılacak arama ve el koymalar, 04.12.2004 tarihli ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca yerine getirilir.

(2) Gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşku edilen kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçları gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranabilir. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal el konulur.

(3) Gümrük bölgesine, Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girmek, çıkmak veya geçmek yasaktır. Bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçları yetkili memurlar tarafından durdurulur ve kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçları aranır. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal el konulur.” denilmektedir.

5607 Sayılı Kanunu'nun 9'ncü maddesi arama ve el koyma ile ilgili esas hükümleri belirlemiştir. Maddenin 1'nci fıkrasında 5271 Sayılı CMK'ya atıfta bulunulmuştur. Kaçak eşya, silah, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphelenen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlar ile kişilerin üzerinde arama ve el koymalar CMK'ya göre yapılır. Kural olarak arama ve el koymalara Hâkim izin verir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde o yerin en büyük mülki amirinin veya Cumhuriyet Savcısının yazılı emriyle arama yapılabilir. Bu emir 24 saat içinde Hâkim onayına sunulur. Hâkim 48 saat içinde gerekli kararı vermelidir. Bu süre içerisinde karar verilmediği takdirde el koyma kendi liğinden kalkar.

Arama işlemi ticarethane, ev, eğlence yerleri ve benzeri eklentilerinde olabileceği gibi yukarıda yazılı maddelerin bulunduğu şüphesi uyandıran her türlü ambalaj, kap veya taşımaya yarayan araçlarda da yapılabilir. Görüldüğü üzere genel hükümler uyarınca CMK.97 maddesine göre Hâkim kararı alınarak konut ve eklentilerinde gündüzün arama yapılabilir. Gecikmesinde sakınca olan hallerde yetkili merciden izin alınmak şartıyla her zaman arama yapılmasında kanuni bir engel yoktur. Tabiatıyla alınan izin yazılı olmalıdır.

CMK.121 maddesine göre arama sonucunda, evi, iş yeri, üstü aranan kimsenin talebi halinde aramanın ve fiilinin niteliği zapt olunan veya muhafaza altına alınan eşyanın ne olduğu, suç delilleriyle ilgili bir belge verilir.

Daha sonra tutanaklar ilgili mercilere tevdi edilir. Arama sonucu ele geçirilen eşyaya da el konulur.

1.1.2. Gümrük Kapılarında Arama

5607 Sayılı Kanunu'nun 9/2 fıkrasına göre gümrük kapılarında yapılacak arama düzenlenmiştir. Gümrük noktaları ile gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından şüphelenen kişilerin üstü, eşyası ve araçları gümrük görevlilerince aranabilir ve eşyaya el konulabilir. Burada çok önemli bir ayrımı söz konusudur. Bu yerlerde arama ve el koymayı

ancak gümrük görevlileri yapabilmektedir. Bu görevliler dışında hiç kimse izinsiz olarak arama yapamaz.

Arama sonucu elde edilen eşyaya el konulur.

1.1.3. Gümrük Yolları ve Kapıları Dışında Arama

Bu husus da 5607 Sayılı Kanunu'nun 9/3 maddesinde düzenlenmiştir. İlgili bölümde Türkiye gümrük bölgesi açıklanmış bulunmaktadır. 4458 Sayılı Gümrük Kanunu'na göre belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden gümrük bölgesine girmek, çıkmak veya geçmek yasaktır. Bu yerlerde görülen şahıslarla her türlü taşıma araçları görevli memurlarca durdurulup aranır. Taşıma araçları içinde kara, deniz ve hava taşıtları da yer almaktadır.

Öte yandan, yurt dışından Türkiye'ye giriş yapan aracın varış yerine veya gümrüğüne kadar takip etmek zorunda olduğu bir güzergahın tespiti gerekir. Zorunlu haller dışında bu güzergahtan ayrılması kaçakçılık suçunu oluşturur. Bu tür araçlar gümrük bölgesinde görevlilerce durdurulur ve gerekli işlemler yapılır. Aramalar sonucunda eşyaya genel hükümler çerçevesinde el konulur.

1.2. Kaçakçılık suçlarının işlenmesinde kullanılan taşıtlara el konulması

Bu konu 5607 Sayılı Kanunu'nun 10'ncü maddesinde düzenlenmiştir.

“Madde-10.- (1) Bu kanunda tanımlanan suçların işlenmesinde kullanılan taşıtlara, Ceza Muhakemesi Kanununun 128'nci maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne göre el konulur.

(2) 13'ncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamına girmesi, Türkiye'de sicile kayıtlı olmaması ya da soruşturma ve kovuşturma devam ederken, kaçakçılık suçunun işlenmesinde tekrar kullanılması halinde, el konulan araç alıkonulur. Sahibinin aracın değeri kadar teminatı alıkoyma tarihinden itibaren otuz gün içinde gümrük idaresine teslim etmesi halinde, araç sahibine iade edilir. Aksi takdirde, tasfiye idaresi tarafından soruşturma ve kovuşturma sonucu beklenmeksizin derhal tasfiye olunur. Tasfiyenin satış suretiyle gerçekleşmesi halinde, satıştan elde edilen gelirden taşıtın muhafaza edilmesi ve satışı için gerekli olan bütün masraflar karşılandıktan sonra kalan miktar, kovuşturma sonucuna göre işlem yapılmak üzere emanet hesabına alınır.

(3) İkinci fıkra hükmünün uygulanmasındaki değerden, kara taşıtlarında kasko değeri; deniz taşıtlarında, tekne ve makine sigortasına esas teşkil eden değer; sigortasız taşıtlar ile hava ve demiryolu taşıtlarında ise piyasa değeri anlaşılır.” denilmektedir.

Maddenin 1'nci fıkrasında kaçakçılık suçlarının işlenmesinde kullanılan araçlara genel hükümler çerçevesinde el konulacağı hükme bağlanmıştır. Bu genel hüküm 5271 Sayılı CMK'nın 128'nci maddesidir. Maddenin 4'ncü fıkrasında kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen el koyma kararı araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilerek icra edilir. Anılan kanunun 128'nci maddesine göre soruşturma veya kovuşturma sonucunda suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüpheden oluşan hallerde şüpheliye veya sanığa ait her türlü araca el konulabileceği belirtilmiştir.

Kaçakçılık suçuna konu oluşturan eşyaya kaçak olması sebebiyle esasen el konulmaktadır. Bu maddede yazılı olan en önemli husus suçun işlenmesinde kullanılan

taşıttır. Bu taşıt kara, hava veya deniz taşıtı olabilir. Kaçak eşya bu taşıtlara bilerek konulmalı ve taşınmalı veya taşınmalıdır.

Taşıt sahibi ya da sürücüsünün bilerek taşıtı kullanıp kullanmadıkları olayın mahiyetine ve oluş şekline göre tespit edilebilir.

10'ncu maddenin 2'nci fıkrasında taşıma aracının alıkonulması söz konusudur. 1'nci fıkrada araca el konulması düzenlenmiştir. 2'nci fıkrada ise el konulan aracın hani hallerde alıkonulacağına şartları belirtilmiştir. Bu şartlar şunlardır:

Aracın 5607 Sayılı Kanunu'nun 13'ncü maddesinin 1'nci fıkrası (a) bendine girmesi gerekir. Yani kaçak eşyanın suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içerisinde saklanmış veya taşınmış olması halinde taşıt alıkonulabilir. Esasen bu fıkrada yazılı olan husus müsadere nedenidir. İleriki bölümlerde müsadere konusu incelendiğinde ayrıca bu da irdelenecektir.

Diğer bir alıkoyma şartı taşıtın Türkiye'de sicile kayıtlı olmamasıdır. Aracın alıkonulması mevcut bir delilin korunması anlamını taşır. Sicile kayıtlı bir taşıtın her zaman tespiti mümkün olmasına karşın taşıtın sicile kayıt olmaması durumunda delilin kaybolması gibi bir sonuçla karşılaşılabilir. Bu sakıncanın giderilmesi açısından bu şart büyük önem arz etmektedir.

Yine diğer bir alıkoyma şartı da soruşturma ve kovuşturmanın devamı sırasında aracın kaçakçılık suçunun işlenmesinde tekrar kullanılması halidir. Bu şartların mevcut olması durumunda taşıt alıkonulur. Aksi halde taşıt aracına el konulup sicile şerh verilmelidir yani taşıt aracı alıkonulmayacaktır.

Zaten el koyma ile alıkoyma arasındaki en önemli fark da budur.

Aracın sahibi alıkoyma tarihinden itibaren 30 gün içerisinde aracın değeri kadar teminatı gümrük idaresine teslim ettiği takdirde araç sahibine iade edilir. Aracın değerinden maksat 10'ncu maddede açıklanmıştır. Buna göre kara taşıtlarında kasko değeri, deniz taşıtlarında tekne ve makine sigortasına esas teşkil eden değer, sigortasız taşıtlarda hava ve deniz yolu taşıtlarında pi- yasa değeridir.

Taşıma aracının sahibi teminat yatırmaz ve aracın iadesini talep etmez ise durum ne olacaktır? Bu husus 5607 Sayılı Kanunu'nun 10/2 maddesinde açıklanmıştır. Tasfiye idaresi soruşturma ve kovuşturma sonucunu bekleme- den derhal tasfiye yoluna gidecektir. Tasfiye satış suretiyle gerçekleştiğinde taşıtın muhafazası için masraflar ayrıldıktan sonra kalan miktar kovuşturma sonucuna göre işlem yapılmak üzere emanet hesabına alınır.

- 25.2.2011 tarihinde resmî gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6111 Sayılı Kanunu'nun 188'nci maddesi ile 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununa geçici 5. madde eklenmiştir.

Geçici 5. madde aynen şöyledir;

(31.3.2007 tarihinden önce kaçak eşya naklinde kullanılması nedeniyle el konulan veya alıkonulan taşıma araçları hakkında bu kanunun 16. maddesi hükümleri uygulanır.)

5607 Sayılı Kanunu'nun 16. maddesi tasfiye ile ilgilidir.

Arama ve el koyma işlemleri 5607 Sayılı Kanunu'nun 9 ve 10. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelerde nelere el konulacağı, nelerin alıkonulacağı hükme bağlanmış olup ilgili

bölümlerinde açıklanmıştır. Dolayısıyla burada üzerinde tekrar durulmayacaktır.

Bu itibarla geçici maddede belirtildiği üzere 31.3.2007 tarihinden önce el konulan veya alıkonulan taşıma araçların hakkında 5607 Sayılı Kanunu'nun tasfiye ile ilgili 16. maddesi uygulanacaktır. Tasfiye işleminde 4458 sayılı Gümrük kanunu hükümlerine göre yerine getirilir.

Mahkeme, böyle hallerde ilgili madde gereğince karar verdiğinde, tasfiye işlemi idari makamlarca yürütülür.

1.3. El konulan eşyanın korunması

Kaçak olduğu şüphesiyle 5607 Sayılı Kanunu'nun 9'ncü maddesi ile 10/2 maddesinde el konulan eşya ile alıkonulan araç bir tutanakla gümrük idaresine teslim edilir. Bu tutanakta eşyanın cinsi, miktarı, modeli ve markası ile ayırt edici özellikleri tek tek yazılır.

1.4. Eşya müsadere

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 54'ncü maddesinde eşya müsadere si, 55'nci maddesinde de kazanç müsadere si düzenlenmiş olup, 54'ncü maddede kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçtan meydana gelen eşyanın müsadere sine hükmolunacağı, 54/4 maddesinde üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyanın müsadere edileceği hükme bağlanmıştır.

TCK. 55 maddesinde de suçun işlenmesiyle elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadere sine karar verileceği hüküm altına alınmıştır.

Maddenin 2'nci fıkrasında müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere el konulmadığı veya bunların mercine teslim edilmediği hallerde bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsadere sine hükmedileceği belirtilmiştir.

5607 Sayılı Kanunu'nun 13'ncü maddesinde paralel bir düzenleme getirilmiştir.

“Madde-13.- (1) Bu Kanunda tanımlanan suçlarla ilgili olarak 26.09.2004 tarihli ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun eşya ve kazanç müsadere sine ilişkin hükümleri uygulanır. Ancak kaçak eşya taşınmasında bilerek kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen her türlü taşıma aracının müsadere edilebilmesi için aşağıdaki koşullardan birinin gerçekleşmesi gerekir:

a) Kaçak eşyanın, suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içerisinde saklanmış veya taşınmış olması.

b) Kaçak eşyanın, taşıma aracı yüküne göre miktar veya hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturmaya veya naklinin, bu aracın kullanılmasını gerekli kılması.

c) Taşıma aracındaki kaçak eşyanın, Türkiye'ye girmesi veya Türkiye'den çıkması yasak veya toplum veya çevre sağlığı açısından zararlı maddelerden olması.

(2) Etkin pişmanlık nedeniyle fail hakkında cezaya hükmolunmaması veya kamu

davasının düşmesine karar verilmesi, sadece suç konusu eşya ile ilgili olarak müsadere hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmez.” denilmektedir.

5607 Sayılı Kanunu’nun 13/1-a maddesinde kaçak eşyanın taşınmasın- da kullanılan aracın müsaderesinin ne şekilde yapılacağı belirlenmiş olup, buna göre kaçak eşya suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli bir tertibat içerisinde saklanmış veya taşınmış olmalıdır.

Eşya taşıyan aracın herhangi bir yerinde özel olarak yapılan gizli bir tertibat olmalıdır. Bu gizli tertibat özel olarak kaçak eşya için yapılmalıdır. Gizli bölüm veya tertibat ancak arama ile ortaya çıkarılabilmelidir. Normal bir bakışla veya inceleme ile anlaşılamamalıdır.

Görülüyor ki bu şartların gerçekleşmesi için gizli ve özel tertibat ustaca yapılmalı, aracın orijinal yapısı bozulmamalıdır.

Yukarıda yazılı şekilde ve şartlarda kaçak eşya taşınmış olması halinde taşıma aracı müsadere edilecektir.

Diğer bir şart 13/1-b fıkrasında ele alınmıştır. Buna göre kaçak eşyanın taşıma aracı yüküne göre miktar veya hacim bakımından tamamının veya ağırlıklı bölümünü oluşturması veya naklinin bu aracın kullanılmasını gerekli kılması şartı aranır. Burada eşyanın miktarı, kapladığı alan, ağırlığı ve benzeri durumlar söz konusudur. Eşyanın bu nitelikleri itibarıyla ancak bu taşıt aracılığıyla taşınabilir olmasından başka yol olmamalıdır. Kaçak eşya elde, sırtta veya başka bir şekilde taşınmamaktadır. Eşyanın taşındığı yerin de önemi mevcuttur. Bir yerden yakın başka yere eşya belki de taşıma aracı ile götürülmeyebilir, bu durumda aracın müsadere edilmesi mümkün değildir.

Taşıma aracının yabancı menşeli olması durumunda hangi işler yapılmalıdır? Dikkat edilecek olursa burada araç yabancı olduğu takdirde zaten kendisi de kaçak durumda bulunmaktadır, dolayısıyla kaçak eşya naklinde kullanılan araç niteliği taşımamaktadır. Kaçak eşya ile birlikte taşıma aracı da kaçakçılık suçunun konusunu oluşturmaktadır.

5607 Sayılı Kanunu’nun 13/2 maddesi etkin pişmanlık nedeniyle fail hakkında cezaya hükmolunmaması veya kamu davasının düşmesine karar verilmesi sadece suç konusu eşya ile ilgili olarak müsadere hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceğini belirtmektedir. Demek oluyor ki etkin pişmanlık nedeniyle hakkında yargılama yapıp da ceza verilmeyen hallerde, ölüm, af veya kamu davasının zaman aşımı nedeniyle düşürülmesi gibi durumlarda yine sanığa ceza verilememesi gibi sonuçla karşılaşıldığı için kaçak eşya müsadere edilebilir. Eşyanın kaçak olduğu tespit edildiğinde ve yukarıdaki şartların gerçekleşmesi durumunda hazırlık soruşturması aşamasında Cumhuriyet Savcılığı müsadereyi genel hükümler çerçevesinde ilgili Sulh Ceza Mahkemesinden istemektedir. Yargılama aşamasında ise görevli mahkeme müsadere kararı verebilir.

1.5. Kaim Değer

Yukarıda açıklandığı üzere 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 55’nci maddesinde kazanç müsaderesi düzenlenmiştir. 5607 Sayılı Kanunu’nun 15’nci maddesinde de kaim değer adı altında yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir.

5607 Sayılı Kanunu’nun 15’nci maddesinde şöyle denilmektedir. “Madde15.- Bu

Kanunda tanımlanan suçlar ve kabahatler dolayısıyla müsadere veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarının konusunu oluşturan eşyanın kaim değerinden, bu eşyanın gümrüklenmiş değeri anlaşılır.” denilmektedir.

Genel hükümlerde yer alan kazanç müsaderesine paralel bir hüküm olan kaim değere ilişkin bu madde kazanç müsaderesine tabi eşyanın müsadere edilememesi halinde bunun yerine gümrüklenmiş değer esas alınacağını belirlemiştir. Zaten maddeden de anlaşıldığı gibi eşyanın kaim değerinden gümrüklenmiş değeri anlaşılmalıdır.

1.6. Tasfiye

4458 Sayılı Gümrük Kanunun getirmiş olduğu genel hükümler çerçevesinde tasfiyenin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Kaçak Akaryakıt tasfiyesi 5607 sayılı kanunun 16’ncı maddesinde ele alınmıştır.

Suçta konu kaçak eşyanın müsadereye veya mülkiyetin kamuya geçirilmesine tabi olduğu hallerde eşyanın tasfiyesi söz konusu olur. Suça konu eş- ya sahibine iade edilmez. Bu iki yaptırımdan birisi uygulanır.

Suçta konu eşyaya el konulması genel anlamda 5271 Sayılı CMK’nın 127’nci maddesinde düzenlenmiştir. El koyma kararını verme yetkisi hazırlık soruşturması sırasında Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine Sulh Ceza Hâkimine, yargılama sırasında görevli mahkemeye aittir.

Eşya sahiplerinin CMK.131 ve 5607 Sayılı Kanun’a göre eşyanın iade- sini talep etmek hakları mevcuttur.

Bir kısım eşyanın muhafazası külfetli olduğu takdirde 15 gün içerisinde tasfiye edilir. Diğer hallerde dava açıldıktan sonra 1 yıl içerisinde tasfiye gündeme gelir.

1.7. Kaçakçılığı Önleme, İzleme ve Araştırmakla Görevli olanlar

Bu husus 5607 Sayılı Kanunu’nun 19’nci maddesinde şöyle düzenlenmiştir. “Madde-19.- (1) Mülki amirler, Gümrük Müsteşarlığı personeli ile Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığına bağlı personel, bu Kanunla yaptırım altına alınmış fiilleri önleme, izleme ve araştırmakla yükümlüdür.

(2) Kaçakçılığı önleme, izleme ve soruşturmakla görevli olanlar, operasyon gerektiren kaçakçılık olaylarından haberdar olduklarında kanuni görevlerini yapmaya başlar ve aynı zamanda mahallin en büyük mülki amirine de bilgi verirler.

(3) Kaçakçılığı önleme, izleme ve soruşturmakla görevli olanların bu Kanun kapsamına gören suçlarla ilgili bilgi ve belge talepleri, kamu veya özel, gerçek veya tüzel kişilerce, savunma hakkına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla eksiksiz olarak karşılanmak zorundadır.

(4) Kaçakçılık olaylarını ihbar edenlerin kimlikleri, izinleri olmadıkça veya ihbarın niteliği haklarında suç oluşturmadıkça açıklanamaz. Bu kişiler hakkında tanıkların korunmasına ilişkin hükümler uygulanır.” denilmektedir.

1.8. Tutanaklar

Kaçakçılık fiillerine ilişkin tutanakların düzenlenmesi 20’nci maddede şu şekilde

yer almıştır.

“Madde-20.- (1) Kaçakçılık fiillerinin izlenmesine ilişkin tutanakların;

a) Tarih, yer, düzenleyenlerin unvan ve isimleri, Hâkim kararının tarih ve sayısı ile Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile yapılması durumunda emrin tarih ve sayısını,

b) Olay ve kanıtların, suç veya kabahat konusu eşya ve taşıma araçlarının ayrıntılı olarak türü, kapsamı, miktar ve nitelikleri ile nerede ve ne suretle el konulduklarını,

c) İlgilinin kimlik, iş ve yerleşim yeri ile varsa ifadesini, kapsamı ve imza altına alınması gereklidir.

(2) İşlemden hazır bulunan ilgililerce onanmak üzere tutanağın kendilerini ilgilendiren kısımları okunur veya okumaları için kendilerine verilir. Bu husus tutanağa yazılarak ilgililere imza ettirilir. İmzadan kaçınma halinde nedenleri tutanağa geçirilir.” denilmektedir.

Yetkililer tarafından kaçakçılık fiilinin izlenmesine ilişkin tutanakların ayrıntılı olarak düzenlenmesine özellikle dikkat edilmelidir. Bu tutanaklarda yazılacak hususlar tek tek belirtilmelidir. Tutanaklarda suç yeri, suç tarihi, olayın şekli, fail ya da faillerin kimler oldukları, ele geçirilen suça konu kaçak eşya, nakil vasıtası tek tek yazılmalıdır. Yargılama aşamasında bu hususlar büyük önem taşımaktadır. Suçun sübutu, niteliği ve suç faillerinin konumları tutanak kapsamı ile açıklığa kavuşabilmektedir. Mahkemece yapılacak yargılamada gerçeğin ortaya çıkarılması ve adaletin sağlanması açısından tutanakların büyük önemi mevcuttur.

2. YARGILAMAYA İLİŞKİN ESASLAR

2.1. GÖREVLİ MAHKEME

5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu yargılama konusunda da yeni düzenlemeler getirmiş bulunmaktadır.

2.1.1. Genel kural

Mahkemelerin görevleri kanunla düzenlenir ve re’sen göz önüne alınmak zorundadır. Çünkü görev kamu düzenini ilgilendiren bir husustur. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 3’ncü maddesinde de mahkemelerin görevlerinin kanunla belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Türk Ceza Kanunu’nun 5’nci maddesinde, bu kanunun genel hükümleri özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır denilmektedir.

5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkileri hakkındaki kanunda ceza mahkemelerinin kuruluş ve görevleri tespit edilmiştir.

5235 Sayılı Kanunu’nun 8’nci maddesine göre ceza mahkemeleri, sulh ceza, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemeleridir.

Anılan Kanunun 10’ncü maddesine göre kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere 2 yıla kadar (2 yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir. Görüldüğü

üzere bu maddede Sulh Ceza Mahkemesinin görevleri tespit edilmiştir.

Kanunun 11’nci maddesinde Asliye Ceza Mahkemesinin görevi tespit edilmiş ve buna göre kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere Asliye Ceza Mahkemelerince bakılır hükmü getirilmiştir. Kural olarak görevli olan mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Diğer mahkemelerin görevleri ise ayrıca tek tek belirtilmelidir. Nitekim kanunlarda da aynen bu şekilde görevler tespit edilmiş bulunmaktadır.

5235 Sayılı Kanunu’nun 12’nci maddesinde Ağır Ceza Mahkemesinin görevi tespit edilmiştir. Bu maddeye göre kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere Türk Ceza Kanunu’nda yer alan yağma, irtikap, resmî belgede sahtecilik (maddi 204/2) ve nitelikli dolandırıcılık suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve 10 yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmak Ağır Ceza Mahkemeleri’nin görevleri arasındadır.

Kanunun 14’ncü maddesinde mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur denilmektedir.

Görüldüğü gibi esas görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemeleridir, ancak istisna getirilen hallerde Ağır Ceza Mahkemesinin de görevli olabileceği kabul edilmiştir.

2.1.2. 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanuna göre görevli mahkeme

5607 Sayılı Kanunu’nun 17/2 maddesinde genel kural olarak bu kanun kapsamına giren suçlar nedeniyle Asliye Ceza Mahkemesini görevli kılmıştır. Çünkü sadece kaçakçılık suçlarıyla bağlantılı olarak resmî belgede sahtecilik suçunun işlenmesi halinde görevli mahkemenin Ağır Ceza Mahkemesi olduğu maddede hüküm altına alınmış olduğundan dolayı genel kural Asliye Ceza Mahkemesinin görevli olmasıdır. Birden çok Asliye Ceza Mahkemesinin bulunduğu yerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Asliye Ceza Mahkemeleri bu tür suçlara bakacaktır.

Görüldüğü gibi 5607 Sayılı Kanun önceki kanunlarda olduğu gibi özel bir mahkeme belirlememiş, özel bir yargılama usulü de tespit etmiş değildir. Kaçakçılık suçları da genel hükümler çerçevesinde yargılama konusu olmaktadır. Yani daha önce ihtisas mahkemesi niteliğinde düşünülerek yasalarında belirtilen 1 nolu Ceza Mahkemeleri bu kanunda yer almamıştır.

2.1.3. Kaçakçılık suçunun sahtecilik suçu ile birlikte işlenmesi halinde görevli mahkeme

Yine 5607 Sayılı Kanun’da kaçakçılık suçları diğer suçlarla birlikte işlendiğinde aynı iddianame ile dava açılabilen ve aynı mahkemede tek bir davaya konu olabilmektedir. 5607 Sayılı Kanunu’nun 17/2 fıkra son cümlesinde sadece kaçakçılık suçlarıyla bağlantılı olarak resmî belgede sahtecilik suçunun işlenmesi halinde görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemesi olarak tespit edilmiştir. Çünkü resmî evrakta sahtecilik suçunu yargılama yeri Ağır Ceza Mahkemesidir.

5607 Sayılı Kanunu’nun yürürlüğe giriş tarihi 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunundan

sonradır. Yine özel görev konusunu düzenleyen 5235 Sayılı Kanunu'nun 12'nci maddesi uyarınca resmî belgede sahtecilik suçu da ağır ceza mahkemesine istisnai nitelikte görev olarak verilmiştir. Burada üzerinde durulması gereken husus 5607 Sayılı Kanunu'nun 17/2'nci maddesinde sahtecilik suçu ile ilgili kavramın üzerinde durulması gerekir. Çünkü 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 204/1 maddesinde sahtecilik suçunun kişiler tarafından işlenmesi halinde görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir. Aynı maddenin 2'nci fıkrasında resmî evrakın görevli memurlar tarafından sahte olarak işlenmesi durumunda görevli mahkemenin 5235 Sayılı Kanunu'nun 12'nci maddesi uyarınca Ağır Ceza Mahkemesi olarak tespit edildiği yukarıda açıklanmış bulunmaktadır. Dolayısıyla 5607 Sayılı Kanunu'nun 17/2 fıkrasında sadece sahtecilik suçundan bahsedilmiş olduğuna göre bu suçun memur tarafından işlenip işlenmediği veya memur olmayan kimseler tarafından sahtecilik yapıp yapılmadığı konusunda bir ayırım gözetilmemiştir.

Bize göre istisnai hüküm getiren 5235 Sayılı Kanunu'nun 12'nci maddesinde Türk Ceza Kanunu'nun 204/2 maddesinde yer alan ve resmî evrakın görevli memur tarafından işlenmesi durumunda yargılamanın Ağır Ceza Mahkemesine tabi olacağı hükmü uyarınca kaçakçılık suçunun da bu şekilde işlenmesi halinde ancak Ağır Ceza Mahkemesinin görevli olabileceği kabul edilmelidir. Aksi halde genel kurala tamamen aykırı bir sonuçla karşılaşılacaktır. Bu husus 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5'nci maddesine de aykırı bir sonuç doğuracaktır.

5607 Sayılı Kanunu'nun 3'ncü maddesi ile 4'ncü maddesinde belirtilen suçlarla ilgili olarak yukarıda açıklandığı gibi görevli mahkeme kural olarak Asliye Ceza Mahkemesi olmakla birlikte sahtecilikle birlikte suçun işlenmesi halinde bir istisna getirilmiştir. Yukarıda değinildiği gibi bize göre bu istisna ancak memurun resmî belgede sahtecilik suçunu işlemesi halinde göz önüne alınması gereken bir istisna hükmü olmalıdır.

2.1.4. Kaçakçılık suçunun devletin güvenliği aleyhine işlenmesi halinde görevli mahkeme

Öte yandan 5607 Sayılı Kanunu'nun 4/7 fıkrasında kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan eşyanın devletin siyasi, iktisadi veya askeri güvenliğini bozacak ya da çevre veya toplum sağlığını tehdit edecek nitelikte olması halinde fiil daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde verilecek hapis cezasının 10 yıldan aşağı olamayacağı hüküm altına alınmış olduğundan dolayı eylemin niteliği, gerektirdiği ceza süresi itibarıyla Ağır Ceza Mahkemesi görevlidir.

2.2. DAVAYA KATILMA

Madde -18 (1) Bu Kanunda tanımlanan suçlar dolayısıyla açılan davalarda mahkeme, iddianamenin bir örneğini ilgili gümrük idaresine de gönderir. Başvurusu üzerine, ilgili gümrük idaresi açılan davaya katılan olarak kabul edilir.

Bu konu 5607 Sayılı Kanunu'nun 18'nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bu kanunda tanımlanan suçlar dolayısıyla açılan davalarda mahkeme iddianamenin bir örneğini ilgili gümrük idaresine de gönderir. Başvuru üzerine ilgili gümrük idaresi açılan davaya katılan olarak kabul edilir. Davaya katılma görevi maddede belirtildiği üzere gümrük

idaresine verilmiştir. Mahkeme iddianamenin bir örneğini gümrük idaresine gönderecek, gümrük idaresinin başvurusu halinde davaya katılan olarak kabulüne karar verilecektir. Katılma kararı verilmesi üzerine gümrük idaresi Ceza Muhakemesi Kanunundaki her türlü hakları kullanabilmektedir.

2.3. TEKERRÜR

TCK. 58/1 (önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez.)

5607 Sayılı Kanun Madde 8- (1) Bu Kanundaki kabahatler dolayısıyla verilen idarî para cezasına ilişkin karar kesinleştikten sonra tekrar kabahat işlenmesi halinde tekerrür hükümleri uygulanır.

(2) Tekerrür halinde, idarî para cezası yarı oranında artırılır.

(3) İdarî para cezasının tamamen yerine getirilmesinden itibaren üç yıl geçtikten sonra işlenen kabahat açısından, önceki kabahat, tekerrüre esas teşkil etmez.

Genel olarak tekerrüre ilişkin esaslar Türk Ceza Kanunu'nun 58'nci maddesinde düzenlenmiştir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 58'nci maddesine göre önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez. Tekerrür hükümleri önceden işlenen suçtan dolayı 5 yıldan fazla süre ile hapis cezasına mahkûmiyet halinde bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren 5 yıl ve 5 yıl veya daha az süreli hapis, ya da adli para cezasına mahkûmiyet halinde bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren 3 yıl geçtikten sonra işlenen suçlar dolayısıyla uygulanmaz.

Bu genel düzenlemeler tabiatıyla kaçakçılık suçlarında da geçerlidir.

2.4. SUÇA İŞTİRAK

Türk Ceza Kanunu'nun 37'nci maddesinde faillik başlığı altında suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak sorumlu olur hükmü gereğince ve bu genel kural çerçevesinde kanunda belirtilen bu hükmün diğer tüm kanunlar yönünden de geçerli olması doğaldır. Bu genel hükümden sonra Türk Ceza Kanunu'nun 38'nci maddesinde azmettirme, 39'ncü maddesinde de suça yardım etme fiilleri düzenlenmiş olup, 39/2 fıkrasında suç işlemeye teşvik, suç işleme kararını kuvvetlendirme, fiilin işlenmesinden sonra yardım etmek, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştırmak, yardım etmek olarak kabul edilmiştir.

Zaten Türk Ceza Kanunu'nun 40'nci maddesinde suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin yeterli olduğu hükme bağlanmıştır.

5607 Sayılı Kanun'da genel olarak fiilin birlikte işlenmesinden söz edilmiştir. İlgili bölümlerinde de açıklandığı gibi 5607 Sayılı Kanunu'nun 4'ncü maddesinin 1, 2, 3'ncü fıkralarında iştirakle ilgili olarak kaçakçılığın nitelikli halleri tespit edilmiş ve daha ağır cezalar öngörülmüştür.

Çünkü kaçakçılık suçlarında da iştirak mümkündür. Genel olarak iştirakin bu suçta

ağırlaştırıcı bir durum arz ettiği görülmektedir. Toplu ve teşekkül halindeki kaçakçılık buna birer örnektir.

5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda özel bir iştirak hali düzenlenmiş değildir. 4'ncü maddede suçun örgütün faaliyeti çerçevesinde veya toplu olarak işlenmesi ağırlaştırıcı ve nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla Türk Ceza Kanunu'nun iştirake ilişkin hükümlerinin burada da uygulanması gerekir. Suçun maddi unsuru gerçekleştirici eylemlerde bulunan kişi asli fail olarak değerlendirilir. Suç faillerinin hal ve sıfatlarını bilerek yardım edenler de suça fer'i iştirak etmiş olur. Kaçakçılık eylemine yol gösteren, kaçakçılığa konu malı saklayan, yüklemde yardımcı olan, kaçakçılık fiilini gözetleyenlerin durumunda olduğu gibi.

2.5. SUÇA TEŞEBBÜS

Türk Ceza Kanunu'nun 35'nci maddesinde genel hükümler çerçevesinde suç işlemeye teşebbüs konusu düzenlenmiştir. Buna göre kişi işlemeyi kast ettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp elinde olmayan nedenlerle tamamlayamadığı takdirde teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmaktadır. İlgili bölümlerde hangi kaçakçılık kabahatlerinin tamamlanmış fiil gibi cezalandırılacağı açıklandığından dolayı burada tekrar üzerinde durulmayacaktır.

5326 Sayılı Kanunu'nun 13'ncü maddesine göre kabahate teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak Kanunda hüküm bulunan haller saklıdır. Buna paralel olarak 5607 Sayılı Kanunu'nun 3/21 maddesi uyarınca 3'ncü maddede tanımlanan suçlar teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile tamamlanmış gibi cezalandırılır.

Ayrıca 5607 Sayılı Kanun'da hangi hallerde tamamlanmış eylemin, hangi hallerde teşebbüs halinde kalmış eylemin, tamamlanmış bir fiil gibi cezalandırılacağı da ilgili bölümlerinde belirtilmiş olduğundan burada tekrarına gerek görülmemiştir.

2.6. ERTELEME, PARAYA ÇEVİRME VEYA HÜKMÜN AÇIKLANMASININ ERTELENMESİ

2.6.1. Erteleme

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun hapis cezasının ertelenmesine ilişkin 51/1 maddesi (işlediği suçtan dolayı 2 yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir)

Türk Ceza Kanunu'nun 51'nci maddesinde işlediği suçtan dolayı 2 yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir hükmü getirilmiş olmakla bu genel kural diğer kanunlar yönünden de geçerli olmaktadır. Daha önce yürürlükte bulunan 1918 Sayılı Kanun ile 4926 Sayılı Kanun'da tazminat niteliğinde bulunan para cezalarının ertelenemeyeceğine ilişkin hüküm 5607 Sayılı Kanun'da yer almamıştır. İstisnai bir kural olmadığı takdirde Türk Ceza Kanunu'nun getirmiş olduğu genel ilkeler çerçevesinde 5607 Sayılı Kanun'la verilen cezaların erteleme sınırı içerisinde olması halinde ertelenebilecekleri tabidir.

2.6.2. Hükümün açıklanmasının ertelenmesi

Ayrıca yine 5271 Sayılı CMK'nın değişik 231'nci maddesinde hükmün açıklanmasının ertelenmesine karar verilebileceğine dair yeni bir düzenleme getirilmiş olmakla bu hükmün de yine 5607 Sayılı Kanun yönünden uygulanacağı açıktır.

5271 Sayılı CMK. 23/15 maddesi (sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza 2 yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir).

2.6.3. Paraya çevirme

TCK. 50/1 maddesi (kısa süreli hapis cezası suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre adli para cezasına diğer tedbirlere çevrilebilir).

Öte yandan, 5607 Sayılı Kanun uyarınca hapis cezası verilmesi halinde Türk Ceza Kanunu'nun düzenlediği anlamda kısa süreli hapis cezasının paraya çevrilebileceği hükme bağlanmış olmakla bu kanunda da aynı hükmün geçerli olduğu sonucuna varılması gerekir.

2.6.4. Kaçakçılık suçlarında suç tarihi ve zamanaşımı

Kaçakçılık davalarında suçun işlendiği tarihin tespiti ve bilinmesi büyük önem taşır. Zaman aşımı ile tekerrür uygulamalarında bu tarih göz önüne alınır.

Kaçakçılık suçlarında genelde bir devamlılık söz konusudur. Bu devamlılık bir durumdan doğmaktadır. Dolayısıyla durumun bittiği an devamlılık da bitmiş olur ve suç bu anda işlenmiş sayılır. Kaçak malın alınıp bir süre bulundurulduktan sonra satılması halinde bir devamlılık söz konusudur. Durum öyle gerektirmektedir. Suç işlendiği tarih, satın alınıp bulundurulan malın satıldığı tarihtir. Bu husus genel hükümlere de uygundur. CMK'nun temel hükümlerine göre temadi eden suçun işlendiği tarih temadinin ve teselsül eden suçta teselsülün bittiği tarihtir.

Kaçakçılık suçu birçok şekilde işlenebileceğinden dolayı suç tarihi de her olaya göre değişebilir. Kaçak eşyanın satıldığı tarihte satmak fiili gerçekleşir. Satın almak fiilinde eşyanın satın alındığı tarih suç tarihi olur. Eşyanın nakli halinde nakil sırasında yakalandığı tarihtir. Kaçak eşyanın gizlenmesi durumunda eşyanın ele geçirildiği tarih suç tarihidir.

Kaçakçılık suçlarında teselsül de söz konusu olabilmektedir. Eşyanın birkaç defa satılması durumunda en son satış fiilinin gerçekleştiği tarihte teselsül son bulduğundan suç tarihi de bu tarih olacaktır.

Gümrük kaçakçılığında suç tarihi suçun beyan üzerine oluşması sebebiyle beyanın yapıldığı veya beyannamenin tescil edildiği tarih olmaktadır.

2.6.5. Para cezaları

2.6.5.1. Tazmini nitelikte para cezası

1918 Sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun ile 4926 Sayılı Kanun'da öngörülen para cezaları genel olarak tazminat niteliğinde bulunmaktaydı. Tazminat niteliğindeki para cezalarının özellikleri mevcuttur, buna göre tazmini nitelikte para cezası ertelenemez, yaş küçüklüğü nedeniyle indirim yapılamaz, takdiri hafifletici sebepten dolayı

indirilemez, tazmini nitelikteki para cezası taksitlendirilemez, sanıkların sayısı ne olursa olsun hepsi için tek para cezası verilir. Dolayısıyla tazmini nitelikte para cezalarında sanıkların tümü bu cezadan müstesilen sorumlu olurlar.

Tazmini nitelikte para cezalarında nispi vekalet ücreti ve nispi harç alınır. 5607 Sayılı Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra kaçakçılık mevzuatında tazmini nitelikte para cezası bulunmamaktadır.

2.6.5.2. İdari para cezaları

5607 Sayılı Kanun'da kabahatler için öngörülen müeyyide idari para cezasıdır. Kanunun 17'nci maddesine göre idari para cezasına karar verme yetkisi Cumhuriyet Savcısına aittir. Cumhuriyet Savcısının bu kararına karşı 5326 Sayılı Kabahatler Kanununu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

5326 Sayılı Kanunu'nun 2'nci maddesinde Kanunun karşılığında idari yaptırım uygulamasını öngördüğü haksızlık kabahat olarak tarif edilmiştir. Görüldüğü üzere kabahat fiillerinde bir haksızlık mevcuttur. Yani ortada hukuka aykırı bir fiil vardır. Kanun fiilin cezasını idari yaptırım olarak tespit etmiş ise o haksız fiile kabahat denilmektedir.

Kabahatler Kanunu konu ile ilgili genel esasları belirlemiştir.

5607 Sayılı Kanun'da bazı kaçakçılık fiillerine idari para cezası öngörülmüştür.

2.6.5.3. Adli para cezaları

TCK'nın 52/1 (adli para cezası 5 günden az ve kanunda aksine hüküm kurulmayan hallerde 730 günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının 1 gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından devlet hazinesine ödenmesinden ibarettir)

5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda öngörülen para cezaları genel olarak Türk Ceza Kanunu'nun paralelinde ve genel hükümler çerçevesinde konulan para cezalarıdır.

5607 Sayılı Kanunu'nun getirmiş olduğu yeniliklerden bir tanesi de adli para cezasıdır. Suç ve cezaları düzenleyen 3'ncü maddede Türk Ceza Kanunu'nun 52'nci maddesine paralel bir düzenleme getirilmiştir. Hükmedilen adli para cezasından her sanık ayrı ayrı sorumlu tutulmaktadır.

Halen yürürlükte bulunan Bilirkişilik Mevzuatına göre; hakimler hukuki konularda bilirkişiye başvuramamakta sadece teknik konularda resen veya tarafların talebi üzerine bilirkişi raporu düzenlenmesi için bilirkişiye başvurumaktadırlar. Oldukça teknik detaylar içeren Dış Ticaret Mevzuatı ve Gümrük Mevzuatı konularında mahkemelerin dava ile ilgili isabetli karar verebilmeleri için, hakimlerin bu alanlarda uzman olan bilirkişilerin raporlarına ihtiyaç duymaları kaçınılmazdır.

1932 yılında yürürlüğe girmiş olan ve ağır cezai müeyyideler içeren 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanundan sonra, söz konusu kanunu yürürlükten kaldırarak 2003 yılında yürürlüğe girmiş olan 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, “ekonomik suça ekonomik ceza verilmesi” prensibinin sonucu olarak kaçakçılık suçlarının müeyyidesi olarak hapis cezaları yerine para cezalarının verilmesini öngörmekteydi.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesi üzerine, söz konusu bu temel ceza kanunlarına uyum sağlamak amacıyla yürürlüğe konulan ve halen yürürlükte olan 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile ekonomik suça ekonomik ceza anlayışından vazgeçilerek, adı geçen kanun kapsamında düzenlenen tüm kaçakçılık suçları için hapis cezaları ve adli para cezaları öngörülmektedir.

Kanımızca; kaçakçılık suçları ile etkin biçimde mücadele etmek, kaçakçılıkla mücadele konusunda Avrupa Birliği mevzuatına ve evrensel hukuk normlarına uyum sağlamak, ceza adaletini sağlamak ve aynı zamanda kaçakçılıkla mücadele ederken dış ticareti caydırıcı, zorlaştırıcı ve önleyici düzenlemelere ve uygulamalara yol açmaksızın dış ticareti daha serbest hale getirebilmek amacıyla, “ekonomik suça ekonomik ceza” ilkesinin gereği olarak, silah kaçakçılığı ve uyuşturucu madde kaçakçılığı suçları gibi birkaç istisna haricinde, ekonomik suç niteliğindeki kaçakçılık suçları için hapis cezaları yerine ekonomik ceza niteliğini haiz caydırıcı düzeyde para cezaları öngören yeni bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 17/2'nci maddesi uyarınca vermiş olduğu, 24.07.2007 tarihli ve 346 sayılı Kararına göre; kaçakçılık suçlarına, yargılama yapacak yerde birden fazla asliye ceza veya ağır ceza mahkemeleri varsa, 1 numaralı asliye ceza veya ağır ceza mahkemeleri bakacaktır. Nitekim Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun kapsamına giren suçların davası, asliye ceza mahkemelerinde görülmektedir. Ancak, kaçakçılık suçlarıyla bağlantılı olarak resmî belgede sahtecilik suçunun da işlenmiş olması halinde, görevli mahkeme ağır ceza mahkemesi olmaktadır. Görevli bu mahkemeler, bakmakla yükümlü oldukları diğer türden ceza davalarının doğurduğu ağır iş yükünden dolayı kaçakçılık davalarına yeterince zaman ayıramamakta, dolayısıyla da bu alanda ihtisaslaşmamakta ve bu nedenle de haklı olarak hemen her kaçakçılık suçu davasında bilirkişiye başvurmak ihtiyacını hissetmektedirler. Kanaatimizce; teknik ihtisas bilgisi gerektiren kaçakçılık suçlarının kovuşturulması sürecinde sürati ve isabetli karar yüzdesini artırmak amacıyla, sadece kaçakçılık suçlarına bakmakla görevli olacak “ihtisas mahkemesi” uygulamasına bir an önce geçilmesinde fayda vardır.

KAYNAKÇA

I. KİTAPLAR, MAKALELER VE RAPORLAR

- AKIN, Hakan: Yeni İşim Dış Ticaret, 6. Basım, Elma Yayınevi, Ankara, Kasım 2006.
- AKÇİN, R. ve YUNAR, M.: Avrupa Birliği Mevzuatında Gümrük Rejimleri ve Gümrük Rejimleri Beyanları, Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı Gümrük Kontrolörleri Yayımları, İstanbul, 1994.
- AKÇİN, R. ve KELEŞ, Ş.: Gerekçeli Gümrük Kanunu, Gümrük Kontrolörleri Derneği Yayını (No:23), Ankara: İstanbul Matbaacılık, 1999.
- AKÇİN, R. ve NURAL, A.: Ekonomik Etkili Gümrük Rejimleri, Gümrük Kontrolörleri Derneği Yayını no:7 İstanbul, 1996.
- AKÇİN, Remzi: Yeni Gümrük Kanunu'nun getirdikleri, Gümrük Dünyası Dergisi, (No:24), Ankara, 2000.
- AKIN, Hakan: Dış Ticarete Alternatif Para Kazanma Yolları, 5. Basım, Elma Yayınevi, Ankara, Haziran 2007.
- AKKOYUNLU, WIGLEY A.: Bölgesel Ekonomik Bütünleşme Anlaşmalarının Etkilerini Ölçen Ampirik Çalışmaların Genel Değerlendirilmesi, Hacettepe Üniversitesi İİBF Dergisi, Cilt 18, Sayı 2, Ankara, 2000.
- AKLAN, Ali ve ŞAHİN, Murat: Gümrük Tarife Mevzuatı ve Tarife Soru Bankası, Otorite Yayınları, Ankara, 2018.
- ARI, Selçuk: Gümrük İdarelerinin Modernizasyonu Projesi, Finansal Forum Dergisi, Haziran 1998
- ARSAVA, Fusun: Amsterdam Antlaşmasının Avrupa Birliği Hukukuna Katkıları, AÜSBF Yayını, Ankara, 2000.
- ARTAN, Tuğrul: Gümrük Birliği Çerçevesinde Köprü Mevzuat Üzeri- ne Düşünceler, Gümrük Dergisi, Gümrük Müfettişleri Derneği Yayını, Sayı 19, Aralık, 1996
- ARZOVA, Burak: İhracat Hakkında Her Şey, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2006.
- ATAN, Turhan: Türkiye – AT Gümrük Birliği ve Gümrük Mevzuatı, Form Yayınları, İstanbul, 1995
- AYKASIM, Y. ve ŞAHİN, A.: İhracatın Desteklenmesi Mevzuatı, Atak Yayınevi, İstanbul, 1996
- BAĞRIAÇIK, A. ve YILMAZER, M.: Dış Ticarete Tek İdari Belge Kullanım Kılavuzu ve AB Gümrük Mevzuatı, Bilim Teknik Yayınevi, İstanbul, 1995
- BAĞRIAÇIK, Atila: Uygulamalı Dış Ticaret İşlemleri, 8. Bası, Bilim Teknik Yayınevi, İstanbul, 2004.
- BAĞRIAÇIK, Atila: Kambiyo Mevzuatı, AÖF Yayını, Eskişehir, Ekim 2004.
- BALIKÇIOĞLU, F. ve YILDIRIM, Ş.: İhracatta Pratik Bilgiler, Gözlem Yayınları, İstanbul, 1990
- BALKIR, C. ve DEMİRCİ, M.: Uluslararası Ekonomik Bütünleşmeler ve Avrupa Topluluğu, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- BARLIN, Asım: Gümrük Mevzuatı, 15. Basım, Solmaz Gümrük Müşavirliği A.Ş.
- BEDESTENCİ, Çetin ve CANITEZ, Murat (Editörler): Dış Ticaret – İşlemler ve

Uygulamalar, 5. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2007.

BİRER SAÇLI, Merve: Türk Ceza Kanunu'nda Göçmen Kaçakçılığı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

BULUTOĞLU, Kenan: Kamu Ekonomisine Giriş, Yapı Kredi Yayınları, No: 1816, İstanbul 2003

BÜYÜKTAŞKIN, Şener: Dünya Ticaret Sistemi (GATT, Dünya Ticaret Örgütü ve Türkiye), ESBANK, Ankara, 1997.

CANITEZ, Murat: Uygulamalı Gümrük Mevzuatı, Gazi Kitabevi, Ankara, Ağustos 2008.

CARR, Indira & KIDNER, Richard: Statutes & Conventions on International Trade Law, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, UK, 1995.

CENGİZ, Emrah ve Diğerleri: Uluslararası Pazarlara Giriş Stratejileri, 2. Bası, Beta, İstanbul, Mart 2007.

CHARLERY, Janette: International Trade Law, The M&E Handbook Series, Longman Group, UK, 1993.

CURRY, Jeffrey Edmund: Uluslararası Ticari Müzakereler Kılavuzu, Kontent Kitap, İstanbul, 2002.

CURRY, Jeffrey Edmund: Uluslararası Pazarlama, Kontent Kitap, İstanbul, 2002.

CURRY, Jeffrey Edmund: Uluslararası Ekonomi (Uluslararası Pazarın Dinamikleri), Kontent Kitap, İstanbul, 2002.

ÇAKAR, Fehmi: Gümrük Birliği ile Gümrük Mevzuatında Yapılan Değişiklikler, Gümrük Kontrolörleri Derneği Yayını, Araştırma:3, Ankara, Ocak 1997

ÇINAR, Hakan: Örneklerle Yatırım ve İhracat Teşvikleri, ARC, İstanbul.

ÇILDIR, Şentürk ve KORKMAZ, Oğuz: Kaçakçılık Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

ÇİMEN Ahmet: GB ve AT-Türkiye İlişkileri, Merkez Bankası Yayınları, Ankara, 1996.

DANIŞMAN, Mustafa: Açıklamalı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Kaçak Petrol ve Ulusal Marker, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014.

DAYINLARLI, Kemal (Çeviren): UNIDROIT Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (Roma, 2004), Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2005.

DEMİR, Musa: İhracat ve İhracat Teşvikleri, Detay Yayıncılık, Ankara, 2003.

DİRİKKAN, Hanife: Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Damping ve Antidamping Önlemler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İz- mir, 1996.

DÖLEK, Ali: İhracat Bilgileri, Genişletilmiş 2. Basım, Beta, İstanbul, Ağustos 1999.

DÖLEK, Ali: Uygulamalı İthalat İşlemleri ve Örnekler, Beta, İstanbul, Ağustos 2000.

DÖLEK, Ali: Uluslararası Ticaret ve Türkiye Uygulaması, Arıkan, İstanbul, Temmuz 2006.

DÖLEK, Ali: Gümrük İşlemleri ve Kaçakçılık, Beta, İstanbul, Temmuz 2004.

DÖLEK, Ali: Mevzuat Işığında Dış Ticaret İşlemleri ve Piyasa Uygulamaları, Beta

Basım Yayım, İstanbul, 1999

DURUKAN, Nihayet: Dış Ticaret Dünyası, Beta, İstanbul, Kasım 2006.

EKŞİ, Nuray: Uluslararası Ticaret Hukuku, 2. Bası, Arıkan, İstanbul, Nisan 2006.

ERCAN, Tayfun: Gümrük Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

ERGİN, Yusuf: 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Kaçakçılık Suçları, Seçkin, Ankara, 2020.

ERÜRETEN, Bahir M.: Dış Ticaret Hukuku-İhracat Sözleşmeleri ve Tatbikatı, Beta, İstanbul, 1991.

ERYÜREK, Şenay: Uluslararası Bankacılık İçin İlk Tanımlar ve INCOTERMS, Anadolu Bankası Yayını, İstanbul, 1987.

ERYÜREK, Şenay: Uluslararası Ticarete Ödeme Şekilleri ve Vesaik, Anadolu Bankası Yayını, İstanbul, 1987.

GEDİK, Doğan: Akaryakıt Kaçakçılığı Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

GERNİ, Cevat: Dış Ticaretin Finansmanı, TOBB Yayını, Ankara, 1990.

GÖĞER, Erdoğan: Akreditif Muamelesi ve Hukuki Mahiyeti, 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1980.

GÖKÇELİK, Cahit: Gümrük Bilgisi-1- Gümrük Rejimleri, : Ayrıntı Basımevi, Ankara, 2005.

GÜLTEKİN, Raşit: Gümrük Kabahatleri, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019. GÜN, Nuri: Dış Ticaret, Kambiyo ve Yabancı Yatırımcıları Teşvik Mevzuatı, Vergi Denetmenleri Derneği, İstanbul, 2004.

GÜNUĞUR, HALUK: Avrupa Bütünleşmesinin Tarihsel Gelişimi (Dünü, Bugünü, Yarını), Avrupa Birliği El Kitabı, T.C. Merkez Bankası Yayını, Ankara, 1995.

GÜRSOY, Yaser: Dış Ticaret İşlemleri, Ekin Kitabevi, Bursa, 2005.

HINKELMAN, Edward G.: Uluslararası Ödemeler, Kontent Kitap, İstanbul, 2002.

IŞIK, İ. Ve ÇABUK, M.: Serbest Bölgeler, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2007.

İGEME: İhracatta Kullanılan Uluslararası Belgeler, Ankara, 2008.

İGEME: İhracat Prosedürlerini Biliyor musunuz? Ankara, 2007. İGEME: Markalaşma Kararı İle Yurtdışı Pazarlara Açılım, Ankara, 2005.

İGEME: Dış Ticarete Güvenli Bir Kontrol Aracı- Uluslararası Gözetim Şirketleri, Ankara, 2007.

İGEME: İhracatta Ödeme Şekilleri, Ankara, 2006.

İGEME: İhracatta Alternatif Finansman Teknikleri, Ankara, 2008. İGEME: İhracatta Teslim Şekilleri ve Nakliyat, Ankara, 2007.

İGEME: İhracatta Dağıtım Kanallarının Seçimi ve Kurulması, Ankara, Kasım 2006.

İGEME: Dış Ticarete Sözleşmeler ve Müzakereler, Ankara, 2007. İGEME: Dış Pazarlarda Karşılaşılan Ticari Engeller, Ankara, 1997. İGEME: Elektronik Ticaret ve Pazarlama, Ankara, Ekim 2007.

İGEME: İhracat Pazar Araştırması Desteği, Ankara, Ağustos 2004. İGEME: İhracat Mevzuatı, Ankara, 2009.

İGEME: İthalat Mevzuatı, Ankara, 2009.

İGEME: Dış Ticarete Standardizasyon Mevzuatı, Ankara, 2009. İGEME: Serbest Bölgeler Mevzuatı, Ankara, 2009.

İGEME: 100 Soruda Dış Ticaret, Ankara, Ekim 2006.

KARAKAŞ, Birsen: 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu- Uygulamalı ve İçtihatlı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

KARLUK, Rıdvan: Avrupa Birliği ve Türkiye, İstanbul: İMKB Yayınları 1996.

KARLUK, Rıdvan: Uluslararası İktisat, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1998

KAYA, Salih: Her Yönüyle Dış Ticaret, Ce-Ka Yayınları, Ankara, 2007.

KAYMAKÇI, O.; AVCI, N. ve ŞEN, R.: Uluslararası Ticarete Giriş, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, Şubat 2007.

KEMER, Osman Barbaros: Dış Ticaret Teknikleri, Alfa Aktüel, İstanbul, Ekim 2005.

KIZIL, A. ve ŞOĞUR, M.: İhracat- İthalat İşlemleri ve Muhasebe Uygulaması, 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 1997.

KOBAN, E. ve YILDIRIR KESER, H.: Dış Ticarete Lojistik, Ekin, Bursa, 2007.

KOZLU, Cem: Uluslararası Pazarlama, 5. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, Eylül 1995.

KÖKEN, Enes: Silah Kavramı ve Silah Kaçakçılığı Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

KÖKSAL, Tunay: Uluslararası Ticaret Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

KÖKSAL, Tunay; ÖZCAN, Bora ve PARLATAN, Akif: İhracat Teşvikleri: Dahilde İşleme Rejimi ve Diğer Teşvik Uygulamaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

KÖKSAL, Tunay ve ÖZCAN, Bora: Dış Ticaret Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

KÖKSAL, Tunay ve ÖZKARA, Yalın: Uluslararası Lojistik Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

KÖKSAL, Tunay: Uluslararası Ticarete Pratik Bilgiler ve Yaygın Kullanılan Belgeler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

KÖKSAL, Tunay / DANIŞMAN, Mustafa: Gümrük Hukuku Kapsamında Kaçakçılık Suçları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2021.

KUTLU, Erol: Gümrükleme, AÖF Yayını, Eskişehir, Aralık 2003.

KUTLU, Erol: İthalat ve İhracat Uygulamaları, AÖF Yayını, Eskişehir, Eylül 2004.

MACLEAN, Robert M.(Editor): Law of International Trade, HLT Publications, Great Britain, 1994.

MELEMEN, Mehmet: Uygulamalı Uluslararası Ticaret İşlemleri, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2008.

MITCHELL, Charles: Uluslararası İş Kültürü, Kontent Kitap, İstanbul, 2002.

MORGİL, Orhan: Ekonomik Açından Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri ve Gümrük

Birliğin İşleyişi, İşveren Dergisi, 15 Ocak 2003

NICOLAIDES, Phedon (Editor): The Trade Policy of the European Community, EIPA, The Netherlands, 1993.

OKTAY, Nüvit: Dış Ticarete Giriş, AÖF Yayını, Eskişehir, Haziran 2005.

ONURSAL, Erkut: Dış Ticaret İşlemleri ve Uygulamaları, Orta Anadolu İhracatçı Birlikleri Yayını, Ankara, 1996

ONURSAL, Erkut: Dünden Bugüne Gümrük Mevzuatı, Ankara Basımevi, Ankara, 1976

ONURSAL, Erkut: İhracat El Kitabı (1), Ankara Basımevi, Ankara, 1972

ÖZALP, Abdurrahman: UCP 600'ın Kullanılması ve Akreditif, 2. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2007.

ÖZALP, İnan (Editör): Uluslararası İşletmecilik, AÖF Yayını, Eskişehir, Ekim 2008.

ÖZTÜRK, Nazım: Dış Ticaret, Roma Yayınları, Ankara, Mayıs 2005. SAYINER, İsmet: Belgelerle Uygulamalı Gümrük İşlemleri ve Dış Ticaret, Sistem Yayınevi, İstanbul, 1995

SCMHMITHOFF, Clive M.: The Law & Practice of International Trade, Ninth Edition, Stevens&Sons, London, 1990.

SELEN, Ufuk: Gümrük İşlemleri, Ekin Kitabevi, Bursa, 2007. SELLMAN, Pamela (Editor): Law of International Trade Textbook, 5th Edition, HLT Publications, Great Britain, 1994.

SEYİDOĞLU, Halil: Uluslararası İktisat, Gizem Yayınları, İstanbul, 2001

SHIPPEY, Karla C.: Uluslararası Sözleşmeler (Uluslararası Ticari Sözleşme Taslakları), Kontent Kitap, İstanbul, 2002.

SOYSAL, H. Cahit: Lojistik Hukuku, Uysen Yayınları, İstanbul, Eylül 2007.

ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Üçüncü Bası, Beta, İstanbul, Haziran 2005.

ŞENTÜRK, Çıldır ve KORKMAZ, Oğuz: Kaçakçılık Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

TELLİ, Serap: Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumsallaşması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991.

TENEKECİOĞLU, Birol: Uluslararası Pazarlama, AÖF Yayını, Eskişehir, Ekim 2004.

TOMANBAY, Mehmet: Dış Ticaret Rejimi ve İhracatın Finansmanı, 4.Baskı, Hatiboğlu, Ankara, 2003.

TOPRAK, Vamık, Gümrük Mevzuatı ve Tatbikatı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967

TOROSLU, Vefa: Uygulamalı Dış Ticaret İşlemleri ve Muhasebe, 2. Bası, Beta, İstanbul, Mayıs 1999.

TOROSLU, Vefa: Serbest Bölgeler, Beta, İstanbul, Temmuz 2000. TUNCER, Selahattin: Gümrükler ve Gümrük Vergileri (Teori-Uygulama), Yaklaşım Yayınları, İstanbul, 2001

UÇARMAK, Sezai: Gümrük ve Dış Ticaret Mevzuatındaki Son Değişikliklere İlişkin Düşünceler, Gümrük Dergisi, Gümrük Müfettişleri Derneği Yayını, sayı 16, Mart 1996

UTKULU, U. ve AYDEMİR, İ. (Editörler): Türkiye'de Dış Ticaret İşlemleri ve Uygulaması, Gazi Kitabevi, Ankara, Mayıs 2008.

UYSAI, CEREN: Türkiye-AB İlişkilerinin Tarihsel Süreci ve Son Gelişmeler, Akdeniz İİBF Dergisi, Sayı:1, 2001.

YERCI, Cahit: Gümrük Hukuku ve Davaları, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020.

YURTCAN, Erdener: Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Şerhi, 6. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.

II. İNTERNET SİTELERİ

www.bilirkisilik.adalet.gov.tr

www.wto.org

www.iccwbo.org

www.oecd.org

www.dtm.gov.tr

www.igeme.org.tr

www.abgs.gov.tr

www.musavirlikler.gov.tr

www.tcmb.gov.tr

www.gumruk.gov.tr

www.avrupa.info.tr

www.wtcankara.org.tr

www.turkticaret.net

www.atonet.org.tr

www.kobinet.org.tr

www.kobifinans.com.tr

www.ostim.org.tr

www.eceurope.com

www.orgtr.org

www.ecplaza.net

www.verginet.net

www.gumrukforum.com

www.kayserito.com.tr

www.uttegae.com

www.ram.com.tr

www.stadusa.gov

www.intracen.org

www.wand.com

www.brittrade.com

www.asiatrade.com

www.offer21.com
www.alibaba.com
www.tradezone.com
www.e-trader.com
www.thomasregister.com
www.kompass.com
www.europages.com
www.fas.usda.gov
www.itaiep.doc.gov
www.aslannet.com
www.orgtr.org
www.imf.org
www.un.org
www.wto.org
www.ikv.org.tr
www.euturkey.org.tr
www.mfa.gov.tr
www.abhaber.com
www.abigem.org
www.abinfoturk.net
www.europa.eu.int
www.oecd.org
www.unctad.org
www.ccc-ccs.org
www.worldbank.org
www.icao.int
www.fiata.org
www.iru.org
www.ebrd.com
www.eib.org

YÖNETİM KURULU TOPLANTI USULÜ VE GENEL KURUL TOPLANTISINA ETKİSİ

Av. Burcu Ulusoy ÇANİ

ÖZET

Ticaret şirketleri arasında uygulamada en sık karşılaşılan ortaklıklardan biri olan anonim şirket, birveyadaha çok kişinin, biriktisadi amaçla ortaklaşmak amacıyla bir veya daha fazla konuda faaliyette bulunmak üzere yazılı bir sözleşme çerçevesinde kurdukları, esas sermayesi belirli ve paylara bölünmüş, borçlarından dolayı sadece malvarlığı ile sorumlu olan tüzel kişiliğe haiz bir şirkettir. Anonim şirket, iki zorunlu organa sahip olup bu organlar; genel kurul ve yönetim kuruludur.

Yönetim kurulu, ortaklığın yönetim ve temsil faaliyetinde yer almakta olup ortaklığı işleyişine dair birçok göreve sahiptir. Yönetim Kurulu, kararlarını kural olarak kurul halinde toplantı yaparak alır. Tüm YK üyelerinin yapılan toplantılara katılma, görüşlerini beyan etme, oy kullanma hak ve yetkisi vardır. YK üyeleri açısından toplantıya katılmak aynı zamanda bir görev olup mazeretsiz olarak toplantıya katılmaması sorumluluğuna yol açabilir.

Yönetim kurulunun toplantı yapabilmesi için belli bir usulün izlenmesi gerekir. Kurulun, usulsüz toplantı yapması, toplantıda alınan kararların sakatlanabilmesine sebep olabilmektedir.

Çalışmamızda yönetim kurulunun toplanma usulü, usulsüz toplantı yapılması durumunda toplantıda alınan kararların akıbeti, yönetim kurulundaki sakatlığın genel kurul toplantı ve kararlarına sirayeti ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, genel kurulunun yetkileri, yönetim kurulunun yetkileri, yönetim kurulunun toplanma usulü ile toplantı ve karar yetersayıları

GİRİŞ

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 329 vd. maddelerinde düzenlenen anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız şirket tüzel kişiliğinin kendi malvarlığıyla sorumlu olduğu, pay sahiplerinin sadece taahhüt ettikleri sermaye paylarından ve ancak şirkete karşı sorumlu oldukları şirkettir. Anonim şirket, kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabilir.

1. ANONİM ŞİRKET

1.1. Anonim Şirketin Tanımı

Türk Ticaret Kanunu m.329 anonim şirketin tanımını yapmakta olup söz konusu hükme göre, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu olan pay sahiplerinin sadece taahhüt etmiş olduğu sermaye miktarıyla ve yalnızca şirkete karşı sorumlu olduğu şirkettir.¹

Kanunun ilgili maddesi her ne kadar anonim şirkete ilişkin bir tanıma yer vermiş olsa da bu tanım yeterince açık olmayıp eksiklikler içermektedir. Anonim şirkette bulunması zorunlu olan unsurlar dikkate alınarak ayrıntılı bir tanıma ulaşmak mümkün olacaktır. Buna göre; Anonim şirket bir veya daha çok kişinin, bir iktisadi amaca ulaşmak amacıyla bir veya daha fazla konuda faaliyette bulunmak üzere yazılı bir sözleşme çerçevesinde kurdukları, esas sermayesi belirli ve paylara bölünmüş, borçlarından dolayı sadece malvarlığı ile sorumlu olan tüzel kişiliğe haiz bir şirkettir.²

1.2. Unsurları

Anonim şirketin bazı unsurlara sahip olması gerekmektedir. Bütün ticaret şirketlerinde olduğu gibi anonim şirketin de bir unvana sahip olması gerekmekte, bu durum TTK m.16 f.1 hükmünden kaynaklanmaktadır. Söz konusu hükme göre; tüzel kişiliği olan ticaret şirketleri tacir sayıldıklarından TTK m.18/I hükmü açısından bakıldığında; bir ticaret unvanı seçmek ve kullanmak zorunda olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca kanunda, şirketin ticaret unvanının esas sözleşmede yer almasının zorunlu olduğu öngörülmektedir.³

Sermaye, anonim şirketin ikinci kurucu unsurudur. Şirket amacının gerçekleşmesi için ortakların şirkete getirmeyi taahhüt ettikleri malvarlığı toplamı sermayeyi teşkil etmektedir. Nakdi olarak ifade edilmesi gereken bu değer ana sözleşmede sabit bir rakam olarak yer almaktadır. Sermaye ortaklığın amacına ulaşmasını sağlayacak nitelikte elverişli olmalıdır. TTK m.127 hükmü ticaret şirketlerine nelerin sermaye olarak konabileceğini düzenlemiş olup TTK m. 342/I hükmü saklı tutulmuştur. İlgili düzenleme; anonim şirketlere üzerinde sınırlı bir ayni hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlarda dahil, malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabileceği ancak hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacakların sermaye olarak konulamayacağından bahsedilmektedir.⁴

Şirket ortakları aynı sermaye getirmiş olsalar dahi getirmiş oldukları sermayenin nakitle ve TL olarak belirtilmesi gerekmektedir. Paydaşların getirecekleri sermayenin belirli olmasının yanında paylara bölünmüş olması gerekmektedir. Payların itibari değeri en az bir

kuruş olup bu pay itibari değerlerinin birbiriyle eşit olması zorunlu değildir. (TTK m.476, TTK.479/I)⁵

Anonim şirketlerde bulunması gereken üçüncü unsur “malvarlığı” unsurudur. TTK m.329 f.1 hükmü uyarınca; anonim şirket borçlarından dolayı yalnızca malvarlığı ile sorumlu olup alacaklılar, alacaklarının niteliği ne olursa olsun anonim şirketin malvarlığı dışında pay sahiplerine başvuramazlar.⁶

Pay sahipleri yalnızca koymayı taahhüt ettikleri sermaye miktarı ile sınırlı olarak şirkete karşı sorumludur. Bu unsur anonim şirketin temel ilkelerinden birisidir.

Pay sahibi taahhüt etmiş olduğu sermaye borcunu şirkete ifa etmesi ile sorumluluğu ortadan kesin bir şekilde kalkar. Ortakların taahhütlerinin artırılması esas sözleşme değişikliği gerektirmekte ayrıca ortakların oybirliği ile karar almasına bağlanmaktadır. Ortaklar koymayı taahhüt ettikleri sermayenin ifa edilmemesinden kaynaklı olarak sadece şirkete karşı sorumlu olup alacaklıların sermaye borcunu ödememiş olsa bile ortaklara başvurma hak ve yetkisi yoktur.⁷

Anonim şirketin bir diğer unsuru ise amaç ve konudur. Kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konular için anonim şirket kurulabilir (TTK m.331).

Anonim şirketin kurulma gayesi ortakların ekonomik menfaatinin korunması olup iktisadi gelişmeyi sağlamaktır. Bu sebeple ortaklığın kâr elde etmesi ve ortaklara dağıtılması amaçlanmaktadır. Anonim ortaklık genellikle bir ticari işletme işletmesine rağmen bu durum kollektif ve komandit şirketler için aranan ticari işletme işletmek amacına sahip değildir. Bu durumda, iktisadi amacı olmasına rağmen ticari işletme işletmeyen anonim şirketlerde mümkündür.⁸

Anonim şirket ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanmakta olup tüzel kişiliğin olması gerekliliği TTK m.329’da dolaylı olarak bahsedilmektedir. Tescil sonrası yapılan ilanın tüzel kişilik açısından bir önemi yoktur. Şirket tüzel kişilik ile işletme konusu kapsamında hak sahibi olmayı ve borç altına girebilmeyi sağlar. Bu sebeple yapılan hukuki işlemler şirket adına ve hesabına yapılmış sayılır.⁹

1.3. Anonim Şirketin Organları

Tüzel kişiliğin ayrılmaz ve işlevsel bir parçası olan organlar, kişiliğin iradesini oluşturan, açıklayan ve uygulayan kurullar ve kişilerdir. (MK m.50) Bunlar organ sıfatını ya kanundan ya da tüzüklerinden alırlar (şekli organlar) veya bu konumlarını fiilen elde ettikleri için böyle kabul olunurlar (fiili/eylemli organlar). Organlar tüzel kişileri borç altına sokabilme gücüne haizdir. Organın iradesi tüzel kişinin iradesi olduğu için, organlar tüzel kişi adına ve/veya hesabına işlem yapanlardan farklıdır.¹⁰

⁵ ÇETİN, s.20.

⁶ POROY, R. TEKİNALP, Ü. ÇAMOĞLU, E (2019), Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.306.

⁷ ÇETİN, s.21.

⁸ KAYAR, İ.(2017), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 4.b, s.399.

⁹ PULAŞLI, s.307.

¹⁰ TEKİNALP, Ü. (2015), Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 4.bs, s.213.

¹ ALTAŞ, S. (2017). Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 8.bs, s.79.

² ÇETİN, M. (2017). Anonim Şirketlerde Kurucuların Hukuki Sorumluluğu, Bilge Yayınevi, İzmir, s.19.

³ PULAŞLI, H. (2017), Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara, 5.bs, s.299.

⁴ KIRCA, İ., ŞEHİRALİ ÇELİK, F., & MANAVGAT, Ç. (2013), Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1,

Temel Kavram Ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Manavgat, s.59-60.

Şahıs şirketlerinden teşkilat ve işleyiş bakımından oldukça farklı olan anonim şirkette şahıs şirketlerinde olduğu gibi tüm ortaklara yönetim, temsil, denetim yetki ve görevlerinin verilmesi mümkün değildir. Tüm pay sahiplerinin şirket adına yönetim ve temsil faaliyetlerine katılması özellikle büyük sermayeye sahip ve çok ortaklı sermaye şirketi açısından geri dönülmez sorunlara sebebiyet verebilmektedir. Bu sebeple yönetim ve temsil faaliyeti anonim şirkette organlar vasıtasıyla yürütülmektedir. Ayrıca anonim şirkette zorunlu organlar dışında ihtiyari organ ya da kurulların oluşturulması da mümkündür. Anonim şirketin iki zorunlu organı bulunmakta olup bu organlar Genel Kurul ve Yönetim Kuruludur.¹¹

Son düzenlemeler ile birlikte şirket hesaplarının denetlenmesine ilişkin sistem tamamen değiştirilerek, anonim şirketin üç zorunlu organlarından biri olan ve uzmanlık gerektirmeyen denetçi veya denetçiler vasıtasıyla yapılan denetlemenin, bağımsız ve uzman kişiler tarafından yapılması öngörülmüştür. Bu doğrultuda anonim şirketin denetimini yapan kişiler organ sıfatından çıkarılmış olup anonim şirketin yasal organları genel kurul ve yönetim kuruludur. Ancak, mehz İsviçre hukukunda denetçiler bağımsız ve uzman kişilerden olmasına rağmen, halen şirketin organı konumundadır.¹²

1.3.1. Genel Kurul 1.3.1.1.Genel Olarak

Genel kurul, pay sahiplerinin belirli konuları görüşmek üzere toplanmalarıyla oluşan anonim şirketin en üst düzeydeki karar organıdır. Genel kurulun aldığı kararlar kanuna, ana sözleşmeye ve dürüstlük kuralına uygun olması şartıyla şirket organları ve pay sahipleri için bağlayıcı nitelikteki hukuki işlemlerdir.

Genel kurul sürekli faaliyet gösteren bir organ olmayıp yılda bir defa olağan ve gerektiği durumda olağanüstü toplantı yaparak gerekli kararları alır. Genel kurul tarafından alınan kararlar yönetim kurulu tarafından uygulanmaktadır.

Anonim şirkette tüm pay sahiplerinin genel kurula katılma ve oy kullanma hak ve yetkisine sahiptir. Bu haklarını pay sahipleri, temsilci aracılığıyla kullanabilir. Kararların alınmasında, pay sahipleri, oy hakkı nispetinde etkilidirler.¹³

1.3.1.2.Genel Kurulun Yetkileri

Anonim şirkette genel kurul, şirketin konusuna giren tüm işlerde karar almaya yetkili olup TTK m.408 hükmü kurulun devredilemez nitelikteki yetkilerini düzenlemiştir. Söz konusu hükme göre; yönetim kurulu ve denetçilerinin seçimi, görev sürelerinin ve ücretlerinin belirlenmesi, ibraları hakkında karar verilmesi ve görevden alınmaları, denetçilerin seçimi, kanunda öngörülen haller dışında görevden alınmaları, yılsonu finansal tablolarına, YK'nın yıllık raporuna, yıllık kar üzerinden tasarrufa, kar ile kazanç paylarının tespitine, yedek akçenin sermayeye veya kâra katılması dahil, kullanılmasına dair kararların alınması, kanunda öngörülen istisnalar dışında şirketin feshi, önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı genel kurulun devredilemez nitelikteki görevlerindendir.

¹¹ KAYAR, s.417.

¹² PULAŞLI, s.349

¹³ KAYAR, s.418-419.

Kaldı ki; TTK m.408/2 hükmünden genel kurulun devredilemez yetkilerinin sayılanlarla sınırlı olmadığı, TTK'nın başka maddelerinde de bu nitelikte yetkilerinin bulunduğu buna göre; TTK m.421 uyarınca esas sözleşmenin değiştirilmesi, birleşme (TTK m.151/1,a), bölünme (TTK m.173) ve tür değiştirme (TTK m.189) hakkında karar vermek, şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesi veya rehin olarak kabul olunabilmesi için yönetim kuruluna yetki vermesi (TTK m.379/2) sayılabilir.¹⁴

1.3.2. Yönetim Kurulu 1.3.2.1.Genel Olarak

Anonim şirketin zorunlu organlarından birisi de yönetim kurulu olup bulunmaması anonim şirket için bir fesih sebebi olarak sayılmıştır.¹⁵ Anonim şirket yönetim kurulu bir veya daha fazla kişiden oluşabilmektedir. Yönetim kurulu üyesi tüzel kişi de olabilir. Bir tüzel kişi yönetim kurulu üyeliğine seçildiği takdirde, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına belirlenen kişi yada kişilerin tescil ve ilanının yapılması gerekmekte; ayrıca, tescil ve ilanının yapılmış olduğu, şirketin internet sitesinde hemen açıklanır. Tüzel kişi adına sadece tescili yapılmış olan gerçek kişi yönetim kurulu toplantılarına katılıp oy kullanabilir.

Yönetim kuruluna üye sayısı serbestçe tayin edilebilmesine rağmen yönetim ve temsil yetkisine haiz bir organ olması sebebiyle çok sayıda üye seçilmesi doğru değildir. Üye sayısı tek sayı olabileceği gibi çift sayı da olabilir. Üye sayısının tek sayı olarak belirlenmesi, eşitlik ihtimaline karşı uygulamadaki problemleri önlemek açısından önem taşımaktadır. Yönetim kurulu üyeleri en çok üç yıl süreyle görev yapmak üzere seçilirler. Esasen sözleşmede aksine hüküm yoksa, aynı kişi yeniden seçilebilir.

Yönetim kurulu sürekli faaliyet gösteren bir organdır. Süreklilik, hem gerektiğinde toplantı yapıp karar alınmasını hem de kanuna ve esas sözleşmeye uygun şekilde şirketin bütün yönetim ve temsil faaliyetlerinin kesintisiz olarak sürdürülmesini ifade eder. YK esasen kurul halinde çalışır. Belirli nisaplara uyarak toplantı yapıp karar alması gerekir. ¹⁶

1.3.2.2.Görev ve Yetkileri

TTK m.374 hükmü uyarınca; Yönetim kurulu, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisine bırakılanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli her tür işlem ve işler hakkında karar alma konusunda yetkilidir. Kurul, görev ve yetkilerini esasen kurul halinde kullansa da istisnai bazı işlerde üyelerin bireysel olarak yetkileri vardır. Yönetim kurulunun asli görevi ortaklığı yönetmek ve temsil etmektir. Bunun dışında, ortaklığın denetimi ve üst düzeyde yönetimi için gerekli düzenin kurulması, ortaklık malvarlığının borca batık hale düşmesi durumunda mahkemeye bildirim ve birtakım önlemler alınması, şirketin defterlerinin tutulması, yıllık faaliyet raporlarının ve kurumsal yönetim açıklamalarının hazırlanması, GK kararlarının uygulanması gerekirse alınan kararlara karşı iptal davası açılması gibi. birçok görevi bulunmakta olup bu görevlerini kurul şeklinde alacağı kararlar ile kullanır.¹⁷

¹⁴ PULAŞLI, s.351.

¹⁵ POROY ve diğerleri, s.361.

¹⁶ KAYAR, s.438-439.

¹⁷ BAHTİYAR, s.215-217.

2. YARGITAY KARAR İNCELEMESİ

2.1.T.C. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 28.09.2017 tarihli, 2017/1630 E ve 2017/4858K¹⁸

MAHKEMESİ: TİCARET MAHKEMESİ

Taraflar arasında görülen davada 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce bozmaya uyularak verilen 09/02/2017 tarih ve 2016/57-2017/77 sayılı kararın duruşmalı olarak incelenmesi davalı şirket vekili tarafından istenmiş olup, duruşma için belirlenen 26/09/2017 günü hazır bulunan davacı vekili Av. ... ile davalı vekili Av. ... dinlenildikten sonra duruşmalı işlerin yoğunluğu ve süre darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması ileriye bırakıldı.

Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlenildikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı Setta İnş Taah. Tur. Gıda A.Ş'nin yönetim kurulu başkanı olduğunu, yönetim kurulu üyeleri arasındaki ihtilaf nedeniyle şirketin genel kurul toplantısına çağrı yapılamaması üzerine müvekkilinin mahkemeden genel kurulu toplantıya çağırarak üzere yetki aldığını, ancak bundan haberi olan yönetim kurulu üyelerinin müvekkiline haber vermeksizin toplanıp genel kurul toplantısı için karar aldıklarını, genel kurul çağrısının usulsüz olduğunu, genel kurulda alınan kararların TTK'nın 445. maddesi hükümlerine aykırı bulunduğunu ileri sürerek öncelikle genel kurul kararının hükümsüzlüğünün tespitine, olmadığı takdirde iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili, davacının yönetim kuruluna davet edilmesine rağmen katılmadığını, genel kurul toplantısına çağrının usulüne uygun olduğunu, alınan kararların anasözleşmeye ve yasalara uygun olduğunu savunarak davanın reddini istemişlerdir. Mahkemece uyulan bozma ilamı doğrultusunda, 26/02/2014 tarihli yönetim kurulu toplantısının usulüne uygun olarak toplanmadığı ve toplantı nisabına uyularak da karar alınmadığı, ve bu nedenle yönetim kurulu toplantısında alınan genel kurulun toplantıya çağrılmasına ilişkin kararın yok hükmünde olduğu, 28/03/2014 tarihli genel kurulun toplantıya çağrılmasına ilişkin yönetim kurul kararının yok hükmünde olması nedeniyle, genel kurulun yetkisiz kişilerce toplantıya çağrılmış olduğunun kabul edilmesi gerektiği, yetkisiz kişilerce genel kurul çağrısı yapılmış olması nedeniyle 28/03/2014 tarihli genel kurulda alınan kararlarında yok hükmünde olması gerektiği gerekçesi ile davanın kabulüne, davalı Setta İnşaat Taahhüt Turizm Tekstil Gıda Sanayi Ticaret A.Ş'nin 28/03/2014 tarihinde genel kurul kararlarının yok hükmünde olduğunun tespitine karar verilmiştir.

Kararı, davalı şirket vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı şirket vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı şirket vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA,

¹⁸ <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2017-1630-k-2017-4858-t-28-09-2017> (E.T. 25.05.2023)

takdir olunan 1.480,00 TL duruşma vekalet ücretinin davalı şirketten alınarak davacıya verilmesine, temyiz harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 28/09/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

2.2.T.C. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 28.09.2017 tarihli, 2017/1630

Esas ve 2017/4858 K. Sayılı Kararın Değerlendirilmesi

2.2.1. Tarafların İddia ve Talepleri ile Kararın Özeti

Davacı Vekili; müvekkilinin davalı şirketin yönetim kurulu başkanı olduğunu, yönetim kurulu üyeleri arasında bazı ihtilafların olması sebebiyle şirketin genel kurul toplantısına çağrı yapılamadığı bu sebeple müvekkilinin mahkemeden genel kurul toplantıya çağırarak üzere yetki almış olduğunu ancak bundan haberi olan yönetim kurulu üyelerinin müvekkiline haber vermeksizin toplanarak genel kurul toplantı için karar aldıklarını, yapılan çağrının usulsüz olduğu, genel kurul tarafından alınan kararların TTK m.445 hükmüne aykırılık teşkil ettiğini ileri sürerek öncelikle genel kurul kararının hükümsüzlüğünün tespitine, olmadığı takdirde iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar Vekili; davacının yönetim kuruluna davet edilmesine rağmen katılmadığını, genel kurul toplantısı için yapılan çağrının usulüne uygun olduğunu, alınan kararların esas sözleşmeye ve yasalara uygun olduğunu savunarak davanın reddine karar verilmesini istemişlerdir.

Mahkeme; bozma ilamı doğrultusunda, 26.02.2014 tarihli yönetim kurulu toplantısının usulüne uygun olarak toplanmadığı ve toplantı nisabına uyularak da karar alınmadığı ve bu nedenle yönetim kurulu toplantısında alınan genel kurulun toplantıya çağrılmasına ilişkin kararın yok hükmünde olduğu, ayrıca 28/03/2014 tarihli genel kurulun toplantıya çağrılmasına ilişkin yönetim kurul kararının yok hükmünde olması nedeniyle, genel kurulun yetkisiz kişilerce toplantıya çağrılmış olduğunun kabul edilmesi gerektiği, yetkisiz kişilerce genel kurul çağrısı yapılmış olması nedeniyle genel kurulda alınan kararlarında yok hükmünde olması gerektiği gerekçesi ile davanın kabulüne, davalı Setta İnşaat Taahhüt Turizm Tekstil Gıda Sanayi Ticaret A.Ş'nin 28/03/2014 tarihinde genel kurul kararlarının yok hükmünde olduğunun tespitine karar verilmiştir. Kararı, davalı şirket vekili temyiz etmiştir.

Temyiz Mahkemesi; Dosyadaki yazılar ile mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde isabetsizlik olmaması sebebiyle davalı şirket vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir.

2.2.2. Hukuki Mesele

2.2.2.1. Yönetim Kurulu Toplantısının Usulüne Uygun Olarak Yapılmaması

Yönetim kurulu, ortaklığın işleyişi ile ilgili görevlerini yerine getirirken bazı işleri usulüne uygun şekilde toplantı yapıp karar alarak, bazı işleri ise karara gerek olmaksızın yapar. Örnek vermek gerekirse, genel kurulun toplantıya çağrılması, kar dağıtım teklifleri ve boşalan yönetim kurulu üyeliği için seçim yapılması gibi konularda karar alınması gerekir.

Buna karşılık şirket çalışanlarının tayini, tescil ve ilan işlemleri, defter tutulması, bilanço ve yıllık rapor hazırlanması ile şirketin konusuna giren rutin yönetim işlerinin yapılması için karar gerekmez.¹⁹

Yönetim Kurulu, kararlarını kural olarak kurul halinde toplantı yaparak alır. Tüm YK üyelerinin yapılan toplantılara katılma, görüşlerini beyan etme, oy kullanma hak ve yetkisi vardır. YK üyeleri açısından toplantıya katılmak aynı zamanda bir görev olup mazeretsiz olarak toplantıya katılamaması sorumluluğuna yol açabilir.²⁰

TTK m.366 hükmü uyarınca yönetim kurulu her yıl üyeleri arasından bir başkan ve bulunmadığı zamanlarda ona vekâlet etmek üzere, bir başkan vekili seçer. Başkanın ve başkanvekilinin veya bunlardan birini, seçme yetkisi esas sözleşme ile genel kurula bırakılabilir. Ayrıca yönetim kurulu, işlerin gidişini izlemek, kendisine sunulacak konularda rapor hazırlamak, kararlarını uygulamak veya iç denetim amacıyla içlerinde yönetim kurulu üyelerinin de bulunabileceği komiteler ve komisyonlar kurabilir.²¹

Yönetim kurulunun düzenli ve işleyişinin kanuna uygun olması maksadıyla TTK m.366 hükmünde de bahsedildiği üzere, yönetim kurulu, her yıl üyeleri arasından bir başkan ve başkanın bulunmadığı zamanlarda ona vekalet edecek en az bir başkan vekili seçilmesi öngörülmektedir. Yönetim kurulunu toplantıya başkan, başkanın bulunmadığı durumlarda ise başkan vekili çağırır. Yönetim kurulu, sürekli faaliyet gösteren bir organ olması sebebiyle başkan veya vekil dışında diğer üyelerin de yönetim kurulunu toplantıya çağırımları mümkündür. Ancak bunu doğrudan doğruya kendileri gerçekleştiremezler bunun için yönetim kurulu üyelerinden her biri ancak başkan vekiline yazılı olarak başvurmak suretiyle toplantı yapılmasını isteyebilirler.²²

Yönetim kurulunu toplantıya davet usulü kanunda düzenlenmemiştir. Önemli olan, tüm YK üyelerinin toplantıdan haberdar olması ve herhangi bir uyuşmazlık çıktığında bu hususun ispatını sağlayacak şekilde davetin yapılmış olmasıdır. İyi niyet kuralı uyarınca ve somut olayın özelliklerine göre davet, bir süre önceden yapılmalıdır.

Her ne kadar genel kurul toplantılarında gündeme bağlılık kuralı geçerli ise de yönetim kurul toplantılarında böyle bir zorunluluk yoktur. Yönetim kurulu üyelerinin toplantılara katılması kendisi açısından bir görev olması sebebiyle böyle bir kurala ihtiyaç duyulmamıştır. Bu sebeple kural gündemde olmayan bir madde hakkında görüşme yapabileceği gibi sonrada gündeme madde eklenmesini de sağlayabilir. Ancak davette gündemin belirtilmesi üyelere belli bir akış içinde toplantı yapmayı sağlayacağından faydalı olacaktır.²³

Yönetim kurulunun toplanma yeri ve zamanı hakkında kanunda bir hüküm mevcut değildir. Bu hususlar çıkarılacak bir iç yönetmelikle düzenlenebileceği gibi serbestçe de belirlenebilir. Kurulda her üye bir oy hakkına sahip olup oyun bizzat kullanılması gerekir. Üyeler birbirlerini temsilen oy kullanamaz ve vekil aracılığıyla da toplantılara katılamaz.

(m.390/II) Toplantılarda açık oylama yapılması kural olsa da gizli oylama yapılmasına da karar verilebilir.

TTK m.390 f.5 hükmü gereğince toplantının içeriği tutanağa geçirilmek ve katılan tüm üyelerin imzasına sunulmak zorunda olup toplantıda alınan kararların geçerliliği yazılıp imzalanmasına bağlıdır. Tüm YK üyeleri, toplantıdaki görüş, oy ve muhalefet şerhlerini tutanağa geçirtme hakkı vardır. Üyeler bu yolla da kusursuzluklarını kanıtlayıp, müteselsil sorumluluktan kurtulabilirler (TTK 553 vd.)²⁴

Hiçbir üye toplantı yapılması talebinde bulunmamak şartıyla, toplantı yapılmaksızın, bir üyenin belirli bir konuda ve karar şeklindeki yazılı önerisine, en az üye tam sayısının çoğunluğunun yazılı onayı alınarak da karar alınabilir. Bu şekilde karar alınmasına elden dolaştırma yoluyla karar alınması denilmektedir. Bu yöntemle karar alabilmek için aynı öneri tüm üyelere yapılmalıdır. Onaya ilişkin imzaların aynı kağıtta yer alması gerekmesi de bu kağıtların karar defterine yapıştırılması veya kabul oyu verenlerin imzasını içeren bir karara dönüştürülmesi gerekmektedir. Bu yöntem ile karar alınabilmesi için YK üyelerinden hiçbirisi toplantı yapılması talebinde bulunmamalı ve toplantı yapılmaksızın karar alınma önerisi tüm YK üyelerine yapılmış olmalıdır. Tüm bu hususlar TTK m.390 f.4 hükmünde düzenlenmiştir.

Elden dolaştırma yoluyla karar alınmasında toplantı yeter sayısı oy birliği olmasına rağmen karar alınabilmesi için tüm üyelerin olumlu oy vermesi şart değildir. Bu yöntem ile karar alınması münferit konular için söz konusu olabileceği gibi; birden fazla konuda bu şekilde karara bağlanabilir. Böyle bir durumda herhangi bir yönetim kurulu üyesi, kendisine sunulan önerideki bazı konular için toplantı talep edebilir ve diğer konular için elden dolaştırma yoluyla karar alınmasını sağlayabilir. Yönetim kurulu üyesi özen yükümlülüğü gereği toplantı yapılmasını istediği konular bakımından toplantı talep etmelidir.²⁵

Elden dolaştırma yoluyla karar alınmasına, daha çok aciliyet veya toplanma güçlüğü olan durumlarda başvurulmaktadır. Toplantı nisabının oybirliği olması sebebiyle bir üyenin dahi görüşme yapılmasını istemesi halinde elden dolaştırılarak veya toplantısız karar alınamaz.²⁶

Kısaca özetlemek gerekirse; Yönetim kurulu tek kişilik olmadığı sürece kurul olarak çalışır ve karar vererek işlem yapmaktadır. Kurulun, sürekli faaliyet gösteren bir organ olması sebebiyle hızlı toplanması gerekir. Bu bakımdan toplantı ve karar nisaplarına uyarak belli bir gündem çerçevesinde toplanıp karar alıp ve aldığı kararları karar defterine geçirmesi gerekmektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere; yönetim kurulu her yıl üyeleri arasından bir başkan ve başkanın bulunmadığı zamanlarda ona vekâlet etmesi için en az bir başkan vekili seçer. Ancak esas sözleşme ile başkanın ve başkan vekilinin veya bunlardan birinin, genel kurul tarafından seçilmesi kararlaştırılabilir. (TTK m.366/I) TTK m.392 f.7 hükmü her yönetim kurulu üyesinin başkandan, yönetim kurulunu

¹⁹ KAYAR, s.442.

²⁰ BAHTİYAR, M (2019), Ortaklıklar Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 13.bs, s.218.

²¹ KAYAR, s.442.

²² KAYIHAN, Ş. (2007), Ticaret Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2.b, s.503.

²³ BAHTİYAR, s.219.

²⁴ BAHTİYAR, s.219-220.

²⁵ KAYAR, s.445-446.

²⁶ BAHTİYAR, s.220.

toplantıya çağırmasını yazılı olarak isteyebileceğinden bahsetmektedir. TTK m.392/7 ile TTK m.366 hükmü birlikte değerlendirildiğinde yönetim kurulunu toplantıya çağırmaya yetkili kişinin öncelikle başkan olduğu sonucuna varılacaktır. Başkanın bulunmadığı durumlarda ona vekâlet edecek olan kişi başkanvekili olduğuna göre başkanın bulunmadığı zamanlarda yönetim kurulunu toplantıya davet yetkisi başkanvekiline ait olacaktır. Ayrıca yönetim kurulu sürekli faaliyet gösteren bir organ olduğu için TTK m.392 f.7 düzenlemesine yer verilmiştir. Söz konusu hükme göre; tüm YK üyeleri gündem ile haklı sebepleri belirterek, yazılı şekilde, başkandan yönetim kurulu toplantısı yapılmasını isteyebilir. Maddenin lafzından da anlaşılabileceği üzere; Yönetim kurulu başkanı, yazılı olarak talepte bulunmayan üyenin talebini reddedebilir.

Olayda, yönetim kurulu başkanına toplantının yapılacağı dahi haber verilmemiş olup yönetim kurulunu toplantıya davet yetkisi ilk olarak başkana aittir. Bu yetki başkanın bulunmadığı zamanlarda başkan vekiline aittir. Ayrıca her üyenin gerekçeleri göstererek başkandan toplantı yapılmasını isteme hakkı vardır. Bu usuller izlenmeden yapılan toplantı, yokluk yaptırımına tabidir.

2.2.2.2. Toplantı ve Karar Yetersayılarına Uyulmaması

Toplantı ve karar sayılarına ilişkin düzenlemeye TTK m.390/I hükmünde yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre; esas sözleşmede ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, kurul üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve kararlarını toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile alır. Bu kural yönetim kurulunun elektronik ortamda yapılması halinde de uygulanır.

Toplantı nisabı esas sözleşmeye hüküm konularak daha da ağırlaştırılabilir. Ancak toplantı için belirlenen nisap asgari sayı olması sebebiyle esas sözleşme ile hafifletilemez.

Toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu yönetim kurulu karar nisabını oluşturmaktadır. Her üye bir oy hakkına sahiptir. Kararların geçerliliği, yazılıp imzalanmasına bağlıdır. Karara olumsuz oy kullanan üyenin muhalefet şerhini tutanağa yazıp imzalamalıdır. Üyenin çekimser oy kullanma hakkı vardır. TTK m.390 f.3 hükmü uyarınca; oyların eşit olması halinde o konudaki görüşme gelecek toplantıya bırakılır. İkinci toplantıda da eşitlik olursa teklif reddedilmiş sayılır.²⁷

Türk Ticaret Kanununda yönetim kurulu kararlarının yokluğuna ilişkin hükümlere yer vermemiştir. Bununla birlikte genel hükümlerin burada da uygulanması mümkündür. Bir hukuki işlem, meydana gelişi yönünden emredici hukuk kurallarına aykırı olabilir. İşlemin meydana gelişine ilişkin emredici kurallar, hukuki işlemin unsurlarını ortaya koyan, onun varlık şartlarını tespit eden kurucu/şekli nitelikteki hükümlerdir. Bu özellikleriyle de işlemin özüne ilişkin olan maddi nitelikteki hükümlerden ayrılırlar. “yok” işlem hiç meydana gelmemiş iken, batıl işlem, şeklen mevcut, fakat konusu yönünden, emredici hükümlere aykırılık nedeniyle geçersizdir. Ancak, iki yaptırım türü arasında hüküm ve sonuç yönünden kural olarak farklılık bulunmaması, ayırımında fazla özen gösterilmemesine neden olmaktadır.

²⁷ KAYAR, s.444-445.

Bir yönetim kurulu kararından söz edebilmek için iki kurucu unsura ihtiyaç vardır. Bunlar, bir yönetim kurulu toplantısının yapılması ve emredici hükümlere uygun şekilde karar almasıdır. Bu unsurlardan birinin bulunmamasına yol açacak aykırılıklar, kararı “yok” kılmaktadır.²⁸

Yönetim Kurulu üyelerinin tümünün yapılan toplantıya çağırılması zorunludur. Bu bakımdan çağrının yazılı olarak yapılması ispat açısından önem taşımaktadır. Kurul üyelerinden bir veya birkaçının toplantıya katılmamasının toplantı yetersayısını etkilemediği sürece bir önemi yoktur ancak toplantı için üyelerin tümüne çağrı yapılmak zorundadır. Buradaki amaç kurulun tüm üyelerinin toplantıdan haberdar olmasını sağlamaktır. Kurulun tüm üyelere çağrı yapmaması durumunda bazı üyeler toplantıdan ve alınan kararlardan haberdar olmayacağı için yönetim kurulunun genel kurulun toplanması yönündeki kararı irade beyanlarının oluşmaması sebebiyle yok hükmünde olacaktır.

Kararda, yetkisiz kişiler tarafından yönetim kurulu toplantıya çağrılmış olup başkana haber verilmeden yapılan toplantı sonucunda alınan kararlar irade beyanlarının sakatlanması sebebiyle yok hükmündedir. Yönetim kurulu toplantısının usulüne uygun olarak yapılabilmesi için kurulun tüm üyeleri davet edilmiş olmalı ve kurul toplantı ve karar nisaplarına uyarak karar almalıdır. Kast veya ihmalen bazı üyelerin çağrılmadığı toplantıda toplantı ve karar nisaplarına uyulmuş olsa da yönetim kurulunca alınan kararlar yok hükmünde olacaktır.

2.2.2.3. Genel Kurulun Yetkisiz Kişiler Tarafından Toplantıya Çağırılması

Genel Kurul toplantısına çağrı, kanun veya esas sözleşmenin öngördüğü yetkili organ veya kişiler tarafından pay sahiplerine veya temsilcilerine yöneltilen bir irade beyanıdır. GK toplantı çağrısı ile bu toplantının yeri, zamanı, gündemi ve katılma koşulları pay sahiplerine bildirilmektedir. Bu irade beyanı veya bildirimin pay sahiplerine yöneltilmesi hukuken zorunlu olsa da bu kimselere ulaşmış olması veya ulaştığının belgelenmesi zorunlu değildir. İyi niyet kurallarına göre ve usulünce yapılmış olan bildirimin herhangi bir nedenle ulaşmamış olması çağrıyı sakatlamaz.²⁹

Genel kurul toplantılarına kural olarak bütün pay sahiplerinin katılmasını sağlamak, onlara gerekli konuşmaları yapma ve oyları ile şirketin gidişatı ve faaliyetini yönlendirme imkanı vermek gerekir. Bu nedenle, toplantıdan ve gündemindeki hususlardan pay sahiplerinin tümünün haberdar edilmesi gerekmektedir.³⁰

Genel kurulun toplantıya davet edilebilmesi için çağrının yetkili organ veya kişilerce yapılması gerekmektedir. Bu konuda asıl yetkili organ yönetim kurulu olmasına rağmen yönetim kurulu dışında toplantı çağrısı yapabilecek kişilerde mevcuttur. Söz konusu organ veya kişilere kısaca değinmekte fayda vardır.

²⁸ BAHTİYAR, s.215-217.

²⁹ MOROĞLU, E. (2017), Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 8.bs, s.77-79.

³⁰ PULAŞLI, s.366.

Yönetim Kurulu (TTK m.410/I); GK'yı davet etme yetkisi kural olarak yönetim kurulundadır. Zamanı gelmesine rağmen olağan toplantı davetine karar verilmez veya ihtiyaç varken olağanüstü toplantı çağrısı yapılmaz ise YK'nın sorumluluğu doğar. (m.553 vd) YK üyelerinin görev süresi dolmuş olsa bile genel kurulu toplantıya çağırabileceğine ilişkin yenilik TTK m.410 f.1 hükmü ile hukukumuza girmiştir. Böylelikle, uygulamada güçlükler yol açan bir sorun çözüme kavuşturulmuştur.³¹ TTK m.409 hükmü uyarınca; olağan genel kurul toplantısı, her hesap dönemi sonundan itibaren üç ay içinde ve yılda en az bir defa yapılır³²

YK, çağrı yetkisine kurul olarak haiz olup bu konuda karar alması gerekmektedir. TTK m.390 hükmü uyarınca; esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm konulmadığı takdirde, YK üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanmakta ve kararlarını ise toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile almaktadır. Karar alındıktan sonra kurul üyelerinden birisi veya birkaçı çağrının yapılması için görevlendirilebilir. Genel kurula yapılan çağrının geçerli olabilmesi için YK'nın çağrı konusunda aldığı kararın da hukuken geçerli olması gerekir. Yönetim kurulu tek kişiden oluşmakta ise, genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi bu kişiye aittir.³³

Pay Sahibi (TTK m.410/II); Uygulamada bazen gruplar arasında çekişme sebebiyle yönetim kurulu toplanamamakta, üye eksikliği veya bazı azınlık haklarının kötüye kullanılması nedeniyle toplantı nisabı sağlanamamakta, YK'nın topluca istifası gibi durumlar ortaya çıkabilmektedir. Böyle durumlarda faaliyetleri adeta kilitlenen ortaklığın çıkar yol bulabilmesi için genel kurulun toplanabilmesi gerekir.

Tüm bu sebepler genel kurulun toplanmasını kolaylaştırıcı yeni bir düzenlemeye olan ihtiyacı ortaya çıkarmıştır. TTK m.410 f.20 hükmü; yönetim kurulu toplanamıyor ya da toplanmasına rağmen genel kurulu toplantıya çağırarak kararı alamıyorsa veyahut da yönetim kurulu mevcut değilse, tek bir pay sahibi bile mahkemeye başvurarak kendisine genel kurulu toplantıya çağırma izni verilmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. Mahkemenin bu konuda vereceği karar kesindir. Anılan düzenleme ile TTK m.530 anlamında organ yokluğuna bağlı sonuçların da bir ölçüde önüne geçilebilmektedir.³⁴

Azınlık Pay Sahipleri (TTK m.411 vd);İstisna niteliğindeki TTK m.410/II hükmü saklı kalmak kaydıyla, pay sahiplerinin bireysel olarak genel kurulu toplantıya davet yetkileri yoktur. Ancak bir veya daha fazla pay sahibi yasada öngörülen oranda “azınlık” oluşturacak kadar sermayeye sahipse, genel kurulu toplantıya çağrı yetkisine sahip olabilir.³⁵

Buna göre; sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri, YK'dan yazılı olarak gerektirici sebepleri ve gündemi belirterek, genel kurulu toplantıya çağırmasını veya genel kurul zaten toplanacak ise, karara bağlanmasını istedikleri konuları gündeme koymasını isteyebilirler. Çağrı ve gündeme madde konulması talebi noter aracılığıyla yapılması gerekir. Yönetim Kurulu çağrıyı kabul

ettiği takdirde, genel kurul en geç 45 gün içinde yapılacak şekilde toplantıya çağrılır; aksi halde çağrı istem sahiplerince yapılır (TTK m.411/3,4).³⁶

Yönetim Kurulu, Azınlığın genel kurul toplantısı yapılmasına ilişkin çağrı talebini reddettiği veya yedi iş günü içinde olumlu bir cevap vermediği durumda, azlık, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki Asliye Ticaret Mahkemesine talepte bulunabilir. Mahkeme toplantının yapılmasını gerekli görürse, çağrıyı yapmak üzere bir kayyım atar. Kararında, kayyımın görevlerini ve toplantı için gerekli belgeleri hazırlama yetkilerini gösterir. Zorunluluk olmadıkça mahkeme dosya üzerinde inceleme yaparak karar verir ve mahkemenin verdiği karar kesindir (TTK m.412).³⁷ Tasfiye Memurları (TTK m.410/I);Tasfiye halindeki anonim şirkette, tasfiye memurları da GK'yı toplantıya çağırma yetkisine sahiptirler.³⁸

İflas İdaresi (İİK m.226);İflas yoluyla tasfiyede, müflis ortaklığın yasal temsilcisi iflas idaresi olduğu için, GK'yı toplantıya çağırma yetkisi iflas idaresindedir.³⁹

Konumuzun esası, yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırmasına ilişkindir. Yönetim kurulunun usulsüz toplantı yapması genel kurul toplantısı ve toplantıda aldığı kararları etkileyip etkilemeyeceği, etkileyecekse ne şekilde etkileyeceği üçün hukuki meselemizi teşkil etmektedir.

Bir hukuki işlemin geçerli şekilde doğabilmesi için emredici hükümlere aykırılık taşımaması gerekir. Bu türden bir aykırılık, işlemin unsurlarında eksikliğe yol açarak işlemi “yokluk” ile sakatlar. Yok sayılan işlem, şeklen dahi meydana gelmemiş olup herkes tarafından her zaman öne sürülebilir; bu türden bir yaptırım hakim tarafından resen dikkate alınır.

Genel kurul kararının oluşabilmesi için iki kurucu unsura ihtiyaç vardır; İlki genel kurul toplantısının yapılması, ikincisi toplantıda karar alınmasıdır. Bunlardan birisindeki eksiklik işlemi yokluk ile sakatlar; yani işlem hiç doğmamış sayılır. Örneğin, çağrı yetkili kişi veya organlarca yapılmamış ise veya TTK 416'daki istisna dışında, çağrı yapılmaksızın toplantı yapılmış ve karar alınmış ise ya da oylama yapılmaksın karar alınmış ise yokluk yaptırımı uygulanır.

Öğretide çoğunluk ve Yargıtay, toplantı ve karar yetersayılarına uyulmaksızın alınan kararlarında yoklukla sakatlanacağı görüşündedirler. Buna karşı Moroğlu, yalnızca pay sahiplerinin çıkarlarını kolladığı için yeter sayıları ilişkin hükümlere aykırılığın iptal davasına yol açacağı görüşündedir.⁴⁰

İncelemekte olduğumuz kararda, yönetim kurulu usulüne uymaksızın toplanarak genel kurul toplantısı yapılması konusunda karar almıştır. Yönetim kurulu usulüne uygun şekilde sübut bulmadığından toplantıda alınan kararların da sakat yani yokluk yaptırımına tabi olduğunu daha önce açıklamıştık. Yönetim kurulu toplantısının ve toplantıda alınan kararların baştan itibaren geçersiz olduğu hatta hiç doğmadığını söylemek mümkündür. Bu

³¹ BAHTİYAR, s.164.

³² PULAŞLI, s.365.

³³ MOROĞLU, s.90.

³⁴ BAHTİYAR, s.164-165.

³⁵ PULAŞLI, s.365.

³⁶ KAYAR, s.321.

³⁷ PULAŞLI, s.365.

³⁸ BAHTİYAR, s.167.

³⁹ MOROĞLU, s.90.

⁴⁰ BAHTİYAR, s.196-197.

bakımdan geçersiz bir karara istinaden yapılan genel kurul çağrısı ve bu çağrıya bağlı olarak yapılan genel kurul toplantısı ve toplantıda alınan kararların da sakat olacağı aşikârdır. Meğer ki çağrısız genel kurul toplantısı olsun.

Çağrısız genel kurul TTK m.416 hükmünde düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre bütün pay sahipleri veya temsilcileri, aralarından biri itirazda bulunmadığı takdirde, toplantının yapılmasına ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla, çağrıya ilişkin merasime uyulmaksızın genel kurul olarak toplanabilir ve bu toplantı nisabı var olduğu sürece karar alabilir. Buna çağrısız genel kurul toplantısı denir. Çağrısız genel kurul yapılabilmesi için iki önemli şart gerekir. Birinci şart, toplantıya çağrının yapılmasından vazgeçilmesine hiçbir pay sahibinin itiraz etmemesidir. İkinci şart ise toplantı nisabı ile ilgilidir. Çağrısız genel kurul toplantısında nisap %100'dür ve bu nisabın toplantı boyunca korunması gerekir. Çağrısız toplanan bir genel kurulda, gündeme ilişkin bazı maddeler görüşülüp karara bağlandıktan sonra bazı pay sahipleri toplantıdan ayrılırsa; nisabın %100 olduğu ana kadar ki kararlar geçerli iken nisabın bozulduğu andan itibaren alınan kararlar geçersiz olacaktır.

Çağrısız genel kurulda yalnızca toplantıya davete ilişkin merasimden vazgeçilmektedir. Bunun dışında genel kurul toplantıları ve kararlar hakkındaki diğer kurallar aynen geçerlidir. Mesela başkanlık temsilcisinin hazır bulunması, toplantı ve karar yetersayıları çağrısız genel kurulda da aynen aranır.⁴¹

Bütün pay sahiplerini, genel kurul toplantısından ve toplantının gündeminden haberdar etmek ve toplantıya katılabilmelerini ve hazırlanabilmelerini sağlamak çağrıya ilişkin prosedürlerin asıl amacıdır. Bu şekilde, pay sahipleri, genel kurulda konuşma, oy kullanma ve karşı olduğu kararların iptalini dava etme gibi pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi mümkün olabilecektir. Çağrısız genel kurul ile asıl amaç bütünüyle gerçekleştiği ve buna bağlı olan pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi imkanının da doğmuş olduğu durumda artık çağrıya da gerek yoktur. TTK m416 hükmü bu haklı ve mantıklı düşüncenin ürünüdür.⁴²

Olayda genel kurul toplantısına ilişkin yeterli bilgi olmaması ve mahkemenin geçersiz yönetim kurulu kararına istinaden yapılan genel kurul toplantısının geçersiz olduğuna ilişkin karar vermesi sebebiyle çağrısız genel kurul toplantısı yapılmadığı yönünde çıkarımda bulunmak gerekmiştir. Bu bakımdan çağrısız genel kurul toplantısı ve bu neticede alınan kararlar olmadığı sürece yönetim kurulunun çağrıya ilişkin aldığı kararın geçersizliği genel kurul kararını da etkileyecektir. Emredici hükümlere aykırılık teşkil eden YK toplantısında alınan çağrıya ilişkin kararın yokluk yaptırımına tabi olduğu gerçeği nazara alındığında; genel kurul toplantısı ve toplantıda alınan kararlarında yoklukla sakat olacağını söylemek mümkündür.

2.2.3. Benzer Yargıtay Kararları

2.2.3.1.T.C. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 21.03.2018 tarihli, 2016/9409 Esas ve 2018/2154 K. Sayılı⁴³ Kararı

⁴³ Yargıtay 11. HD., E. 2016/9409 K. 2018/2154 T. 21.3.2018

Taraflar arasında görülen davada 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 18/11/2015 tarih ve 2015/267-2015/1110 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü: Davacı vekili; müvekkilinin davalı şirketin yönetim kurulu başkanı olduğunu, yönetim kurulu başkan vekilinin 06.01.2015 tarihinde yönetim kurulunu topladığını ve kararlar aldığını, müvekkiline toplantıyla ilgili çağrı yapılmadığını, söz konusu toplantının ... m. 366 ve m. 391 'e aykırı olduğunu, zira başkan varken başkan vekilinin toplantı çağrısı yapamayacağını ileri sürerek 06.01.2015 tarihli 2015/04 nolu kararın batıl olduğunun tespitini ve şirkete tedbiren kayyım tayinini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; yönetim kurulu başkanı olan davacının şirkete uğramadığı, şirketi borç altına sokan sözleşmeler imzaladığını, rekabet yasağına aykırı olarak kurduğu başka şirketi bulunduğunu ve hakkında azil davası açıldığını, zorunluluktan dolayı söz konusu toplantının hazırlar arasında yapıldığını ve alınan kararın usulüne uygun olarak tescil edildiğini savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davacının yönetim kurulu başkanı olduğu, ancak davalı şirket yönetim kurulunun 06.01.2015 tarih ve 04 nolu kararıyla davacının katılımı olmaksızın iki üye ile toplanarak yönelim kurulu başkanlığına dava dışı 'ü başkan vekilliğine

de dava dışı ... 'ü oybirliği seçmiş olduğu, toplantıya çağrının kanunda herhangi bir şekilde tabi tutulmadığı, ancak tüm yönetim kurulunun toplantıdan haberdar edilmesinin asıl amaç olduğu, yönetim kurulunu toplantıya çağırmanın başkanın görevi olduğu ve başkanın bulunmadığı zamanlarda başkan vekilinin de yönetim kurulunu toplantıya çağırabileceği yönündeki hükmün emredici olduğu, yönetim kurulu başkanı olan davacının görevini yerine getirmeye engel bir durumda olduğuna dair herhangi bir somut delil bulunmadığı gibi başkan olan davacıdan m. 392/7'ye uygun şekilde toplantı yapılmasının

talep edildiğine ve başkan tarafından bu talebin reddedildiğine ilişkin de herhangi bir belge bulunmadığı, davacının da kasten toplantıya çağrılmaksızın karar alındığı gerekçesiyle davanın kabulü ile davalı şirketin yönetim kurulunun 06/01/2015 tarihinde 2015/4 nolu yönetim kurulu kararının batıl olduğunun tespitine karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı bakiye 6,70 TL temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, /03/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2016-9409-k-2018-2154-t-21-03-2018>
(E.T.27.05.2023)

⁴¹ KAYAR, s.423.

⁴² MOROĞLU, s.117-118.

Davacı Vekili; müvekkilinin davalı şirketin yönetim kurulu başkanı olduğunu, yönetim kurulu başkan vekilinin 06.01.2015 tarihinde yönetim kurulunu topladığını ve kararlar aldığını, müvekkiline toplantıyla ilgili çağrı yapılmadığını, söz konusu toplantının m.366 ve m.391'e aykırı olduğunu, zira başkan varken başkan vekilinin toplantı çağrısı yapamayacağını ileri sürmüş olup 06.01.2015 tarihli 2015/04 nolu kararın batıl olduğunun tespitini ve şirkete tedbiren kayyım tayin edilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Vekili; yönetim kurulu başkanı olan davacının şirkete uğramadığını, şirketi borç altına sokan sözleşmeler imzaladığını, davacının rekabet yasağına aykırı olarak kurmuş olduğu başka şirketi bulunduğunu ve hakkında azil davası açıldığını, zorunluluktan dolayı söz konusu toplantının hazırlar arasında yapıldığını ve alınan kararın usulüne uygun olarak tescil edildiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkeme; davacının yönetim kurulu başkanı olduğu, ancak davalı şirket yönetim kurulunun 06.01.2015 tarihli 2015/04 nolu kararıyla davacının katılımı olmaksızın iki üye ile toplanarak yönetim kurulu başkanlığına dava dışı ...'ü, başkan vekilliğine de dava dışı 'ü oybirliği ile seçmiş olduğu, toplantıya çağrının kanunda herhangi bir şekle tabi tutulmadığı, ancak tüm yönetim kurulunun toplantıdan haberdar edilmesinin asıl amaç olduğu, yönetim kurulunu toplantıya çağırmanın başkanın görevi olduğu ve başkanın bulunmadığı zamanlarda başkan vekilinin de yönetim kurulunu toplantıya çağırabileceği yönündeki hükmün emredici olduğu, yönetim kurulu başkanı olan davacının görevini yerine getirmeye engel bir durumda olduğuna dair herhangi bir somut delil bulunmadığı gibi başkan olan davacının m. 392/7'ye uygun şekilde toplantı yapılmasının talep edildiğine ve başkan tarafından bu talebin reddedildiğine ilişkin de herhangi bir belge bulunmadığı, davacının da kasten toplantıya çağrılmaksızın karar alındığı gerekçesiyle davanın kabulü ile davalı şirketin yönetim kurulunun 06/01/2015 tarihinde 2015/4 nolu yönetim kurulu kararının batıl olduğunun tespitine karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Temyiz Mahkemesi; Mahkemenin vermiş olduğu kararın gerekçesinde dayanan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmadığı yönünde karar vermiştir.

Hukuki Mesele; Anonim şirkette yönetim kurulunun yetkisiz kişiler tarafından toplantıya çağırılması durumu :

Yukarıda açıklamış olduğumuz bilgiler ışığında, yönetim kurulu sürekli faaliyet gösteren, kurul halinde karar alan bir organdır. Bu bakımdan hızlı bir şekilde toplanması ve karar alması gerekmektedir. Yönetim kurulunu toplantıya çağırmaya asıl yetkili kişi yönetim kurulu başkanıdır. TTK m.366 uyarınca; başkanın bulunmadığı zamanlarda, ona vekalet etmeye yetkili kişi başkan vekili olup başkanın yokluğunda toplantı çağrısı, başkan vekili tarafından yapılmalıdır. Yönetim kurulu hızlı karar alması gereken bir organ olması sebebiyle ve TTK m.392/7 hükmü gereğince her bir yönetim kurulu üyesi, başkandan, gündemi belirterek yazılı şekilde toplantı yapılmasını talep edebilir. Üyenin talebi yazılı değil ise başkan, bu talebi reddedebilme hakkına haizdir. Ancak üye gündemi ve haklı sebepleri belirterek, yazılı şekilde talepte bulunmuş ancak başkanın toplantı talebini sebepsiz reddetmesi veya görmezden gelmesi durumunda her bir YK üyesi yönetim kurulunu toplantıya bizzat kendisi çağırabilir.

Olayda; başkan varken başkan vekilinin toplantı çağrısında bulunması ilk hukuki

problem olup başkana toplantı yapılacağının söylenmemesi ise ikinci hukuki problemdir. Bu bakımdan toplantı nisabının oluşabilmesi için tüm yönetim kurulu üyelerine çağrı yapılarak üyelerin tamamının toplantıdan haberdar edilmiş olması gerekir. Mahkeme, kararında tüm bu hususlara değinmektedir.

Her ne kadar mahkeme yönetim kurulu kararının batıl olduğuna karar vermişse de yönetim kurulu iradesinin oluşabilmesi için tüm YK üyelerine toplantı yapılacağı hususu haber verilmelidir. Bu durumda hukuki işlemin kurucu unsurlarında eksiklik olacağından kararda butlan yaptırımı değil yokluk durumu söz konusu olması gerekirdi. Bu husus dışında Yargıtay'ın olaya ilişkin yaklaşımı incelemiş olduğumuz karar ile aynı yönde ve isabetlidir.

2.2.3.2.T.C. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 26.10.2017 tarihli, 2016/7000 Esas ve 2017/5775 K. Sayılı Kararı⁴⁴

⁴⁴Yargıtay 11. HD., E. 2016/7000 K. 2017/5775 T. 26.10.2017

Asıl ve birleşen davalarda davacı vekili, müvekkillerinin davalı şirketin ortakları olduklarını, davalı şirketin yönetim kurulunun beş üyeden oluştuğunu, müvekkillerinden ...'ın şirketin yönetim kurulu başkanı olduğunu, müvekkili ...'ın 02.04.2013 tarihli ihtar ile diğer yönetim kurulu üyelerini 11.04.2013 tarihinde şirket merkezinde yapılacak yönetim kurulu toplantısına davet ettiğini, ancak davalı şirketin diğer ortağı olan ... Lojistik şirketini temsil eden üyelerin yoğun iş programını gerekçe göstererek bu toplantıya katılamayacaklarını bildirdikleri, ayrıca aynı tarihte başka bir yerde ve başka bir gündemle yapılacak yönetim kurulu toplantısı için çağrıda bulunduklarını, bu toplantıya çağrının usulsüz olması nedeniyle müvekkili ... ile birlikte diğer yönetim kurulu üyesi ...'ın bu toplantıya katılmadıklarını, üç yönetim kurulu üyesinin 11.04.2013 tarihinde toplanarak kendi belirledikleri gündemdeki kararları aldıkları, bu üyelerin 07.05.2013 tarihinde herhangi bir çağrı yapmadan 04.06.2013 ve 29.08.2013 tarihlerinde ise çağrı yaparak yönetim kurulu toplantısı yaptıklarını ancak yönetim kurulunu toplantıya çağırarak yetkisi yönetim kurulu başkanına ait bulunduğundan yapılan bu toplantılarda alınan kararların batıl olduklarını, bunun yanında 11.04.2013 tarihli toplantıda alınan rekabet yasağına ilişkin kararın, bu hususun genel kurulun yetkisinde olması nedeniyle de batıl bulunduğunu, 29.08.2013 tarihli yönetim kurulu kararına dayalı olarak şirketin genel kurulunun 24.09.2013 tarihinde toplanarak şirketin tasfiyesine karar verildiğini, usulünce yapılan bir çağrı bulunmadığından genel kurulda alınan bu kararın da butlanla sakat olduğunu, ayrıca tasfiye kararı için gerekli karar nisabının da sağlanmadığını ileri sürerek, şirketin 11.04.2013,07.05.2013, 04.06.2013 ve 29.08.2013 tarihli yönetim kurulu kararları ile 24.09.2013 tarihli genel kurul toplantısında alınan şirketin tasfiyesine ilişkin kararın batıl olduğunun tespitine, aksi halde karar nisabı sağlanmayan genel kurul kararının iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Asıl ve birleşen davalarda davalı vekili, alınan kararların usul ve yasaya uygun olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, asıl ve birleşen davaların kabulüne, davalı şirketin 11.04.2013, 07.05.2013, 04.06.2013 ve 29.08.2013 tarihli yönetim kurulunda alınan kararlar ile Sayfa 1/2 24.09.2013 tarihli genel kurulda alınan şirketin tasfiyesine yönelik kararın yok hükmünde olduklarının tespitine dair verilen kararın davalı vekilince temyizi üzerine karar Dairemizce onanmıştır. Davalı vekili, bu kez karar düzeltme isteminde bulunmuştur. Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere göre, davalı vekilinin HUMK 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirisini ihtiva etmeyen karar düzeltme isteğinin reddi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, vekilinin karar düzeltme isteğinin HUMK 442. maddesi gereğince REDDİNE, aşağıda yazılı bakiye 4,60 TL karar düzeltme harcının ve 3506 sayılı Yasa ile değiştirilen HUMK 442/3. maddesi hükmü uyarınca takdiren 275,00 TL para cezasının karar düzeltilmesini isteyen ve alınarak Hazine'ye gelir kaydedilmesine, 26/10/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2016-7000-k-2017-5775-t-26-10-2017> (E.T.23.05.2023)

Davacı Vekili, müvekkillerinin davalı şirketin ortakları olduklarını, davalı şirketin yönetim kurulunun beş üyeden oluştuğunu, müvekkillerinden birinin yönetim kurulu başkanı olduğu ve 02.04.2013 tarihli ihtar ile diğer yönetim kurulu üyelerini şirket merkezinde yapılacak yönetim kurulu toplantısına davet ettiğini, ancak davalı şirketin diğer ortağı olan ...Lojistik şirketini temsil eden üyelerin yoğun iş programını gerekçe göstererek bu toplantıya katılamayacaklarını bildirdikleri, ayrıca aynı tarihte başka bir yerde ve başka bir gündemle yapılacak yönetim kurulu toplantısı için çağrıda bulunduklarını, bu toplantıya çağrının usulsüz olması nedeniyle müvekkillerin bu toplantıya katılmadıklarını, üç yönetim kurulu üyesinin 11.04.2013 tarihinde toplanarak kendi belirledikleri gündemdeki kararları aldıkları, bu üyelerin 07.05.2013 tarihinde herhangi bir çağrı yapmadan 04.06.2013 ve 29.08.2013 tarihlerinde ise çağrı yaparak yönetim kurulu toplantısı yaptıklarını ancak yönetim kurulunu toplantıya çağırmak yetkisi yönetim kurulu başkanına ait bulunduğundan yapılan bu toplantılarda alınan kararların batıl olduklarını, bunun yanında 11.04.2013 tarihli toplantıda alınan rekabet yasağına ilişkin kararın, bu hususun genel kurulun yetkisinde olması nedeniyle de batıl bulunduğunu, 29.08.2013 tarihli yönetim kurulu kararına dayalı olarak şirketin genel kurulunun 24.09.2013 tarihinde toplanarak şirketin tasfiyesine karar verildiğini, usulünce yapılan bir çağrı bulunmadığından genel kurulda alınan bu kararın da butlanla sakat olduğunu, ayrıca tasfiye kararı için gerekli karar nisabının da sağlanmadığını ileri sürerek, şirketin 11.04.2013, 07.05.2013, 04.06.2013 ve 29.08.2013 tarihli yönetim kurulu kararları ile 24.09.2013 tarihli genel kurul toplantısında alınan şirketin tasfiyesine ilişkin kararın batıl olduğunun tespitine, aksi halde karar nisabı sağlanmayan genel kurul kararının iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Vekili; alınan kararların usul ve yasaya uygun olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkeme; Davanın kabulüne, davalı şirketin 11.04.2013, 07.05.2013, 04.06.2013 ve 29.08.2013 tarihli yönetim kurulunda alınan kararlar ile 24.09.2013 tarihli genel kurulda alınan şirketin tasfiyesine yönelik kararın yok hükmünde olduklarının tespitine dair karar vermiştir. Davalı vekili kararı temyiz etmiş olup temyiz mahkemesi; mahkemece verilen kararın onanmasına karar vermiştir.

Yönetim Kurulunu toplantıya davet etme yetkisi asli olarak yönetim kurulu başkanına ait olup başkan vekili başkanın olmadığı durumlarda toplantı çağrısında bulunabilir. Ayrıca TTK m.392 f.7 hükmü gereğince her bir üye yazılı olarak başkandan toplantı yapmasını isteyebilir. Söz konusu karar, incelemiş olduğumuz kararı destekler nitelikte olup mahkemenin ve Yargıtay'ın yaklaşımı isabetlidir.

2.2.4. Kararlar Hakkındaki Görüş

Araştırmalarım neticesinde, yönetim kurulu ile genel kurulun birbirinden ayrılmaz nitelikte iki asli organ olduğu sonucuna varmış bulunmaktayım. Yönetim Kurulu, ortaklığın faaliyetlerinin yönetimi ve temsili bakımından büyük öneme sahiptir. Kararlarını kural olarak topluca alır ve bu bakımdan toplantıları önem kazanmaktadır. Her ne kadar yönetim kurulunun toplanma usulüne ilişkin kanunda ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da TTK m.392 f.7 hükmü ile TTK m.366 hükmü birlikte değerlendirildiğinde; toplantıya

davet konusunda ilk yetkili olan kişinin yönetim kurulu başkanı olduğu, başkanın bulunmadığı zamanlarda ise başkan vekilinin toplantı çağrısı yapabileceği görülecektir. Ayrıca, her bir üye, yazılı olarak gerekçeleri belirterek başkandan toplantı talebinde bulunması mümkündür. Bu usule uyulmadan yapılan yönetim kurulu toplantısının usulsüz ihtiva ettiğini söylemek pek tabi mümkündür.

Kurulun toplanmasına ilişkin herhangi bir usulsüzlük doğrudan genel kurulu etkilememektedir. YK toplantısına ilişkin iradenin oluşmamış olması tamamen farklı bir organ olan genel kurulunda kararlarına sirayet etmekte, bu organın almış olduğu kararları da sakatlayabilmektedir.

İncelemiş olduğum kararda; Yönetim kurulunun usulsüz toplanması, toplantı ve karar nisaplarına uyulmadan karar alınması ve tüm bu hususların genel kurul toplantısında alınan kararları etkileyerek sakatlayacağı noktasında Yargıtay'ın yaklaşımına katılmaktayım.

SONUÇ

Toplantı usulüne uyulmaksızın yapılan yönetim kurulu toplantısının akıbeti ile geçersiz YK kararı ile genel kurul çağrısı yapılmasının GK toplantılarına ve kararlarına etkisi çalışmamızın ana konusunu oluşturmaktadır.

Yönetim kurulunu toplantıya davet usulü kanunda düzenlenmemiştir. Önemli olan, tüm YK üyelerinin toplantıdan haberdar olması ve herhangi bir uyuşmazlık çıktığında bu hususun ispatını sağlayacak şekilde davetin yapılmış olmasıdır. İyi niyet kuraları uyarınca ve somut olayın özelliklerine göre davet, bir süre önceden yapılmalıdır.

Yönetim kurulunun toplantı usulü hakkında, m.366 ile m.392 f.7 hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi ile bir takım bilgilere ulaşılmaktadır. Söz konusu hükümler uyarınca, yönetim kurulunu toplantıya davet yetkisi ilk olarak yönetim kurulu başkanına aittir. Başkanın bulunmadığı durumlarda, ona vekalet edecek olan kişi başkan vekili olduğuna göre toplantı çağrısı yapma yetkisi de başkan vekiline ait olacaktır. Ayrıca kanun, yönetim kurulu toplantılarının ve alınan kararların hızlı olması amacıyla her bir üyeye toplantı davetinde bulunma hakkı tanımıştır. Her bir üye, gündemi ve gerektirici sebepleri göstererek yazılı olarak başkandan toplantı yapılması talebinde bulunabilir. Toplantı talebinin sözlü olması durumunda toplantı başkanı, talebi reddetme hak ve yetkisine sahiptir.

Yönetim kurulu, kararlarını toplantı ve karar yetersayılarına uygun şekilde almalıdır. Her ne kadar toplantı usulüne uygun olsa da toplantı ve karar yetersayılarına uyulmamış olması toplantıda alınan kararları sakatlayacaktır.

Genel kurul toplantılarının yapılabilmesi bakımından, çağrı, önemli bir yere sahiptir. Bütün pay sahiplerini, genel kurul toplantısından ve toplantının gündeminden haberdar etmek ve toplantıya katılabilmelerini ve hazırlanabilmelerini sağlamak çağrıya ilişkin prosedürlerin asıl amacıdır. Bu şekilde, pay sahipleri, genel kurulda konuşma, oy kullanma ve karşı olduğu kararların iptalini dava etme gibi pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi mümkün olabilecektir. Bu bakımdan yönetim kurulunun, genel kurul toplantı çağrısına ilişkin iradesinin, sağlıklı olması gerekmektedir.

Çağrının hukuki dayanağı olan yönetim kurulu kararının geçersizliği, genel kurul toplantısını da geçersiz kılabilme ihtimaline sahiptir. Bu bakımdan; genel kurul toplantısı, yokluk ile sakatlanmış olan yönetim kurulu kararına dayanarak yapılmışsa, GK toplantı ve toplantıda alınan kararının da sakat olabileceği sonucuna bizi götürmektedir. Meğerki çağrısız genel kurul toplantısı yapılmış olsun.

Çağrısız genel kurul TTK m.416 hükmünde düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre bütün pay sahipleri veya temsilcileri, aralarından biri itirazda bulunmadığı takdirde, toplantının yapılmasına ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla, çağrıya ilişkin merasime uyulmaksızın genel kurul olarak toplanabilir ve bu toplantı nisabı var olduğu sürece karar alabilir. Çağrısız genel kurul yapılabilmesi için iki önemli şart gerekir. Birinci şart, toplantıya çağrının yapılmasından vazgeçilmesine hiçbir pay sahibinin itiraz etmemesidir. İkinci şart ise toplantı nisabı ile ilgilidir. Çağrısız genel kurul toplantısında nisap %100'dür ve bu nisabın toplantı boyunca korunması gerekir.

KAYNAKÇA

- (2023, 05 23). <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2016-7000-k-2017-5775-t-26-10-2017> adresinden alındı
- (2023, 05 27). <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2016-9409-k-2018-2154-t-21-03-2018> adresinden alındı
- (2023, 05 25). <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2017-1630-k-2017-4858-t-28-09-2017> adresinden alındı
- ALTAŞ, S. (2017). Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketler (s. 79). içinde Ankara: Seçkin Yayıncılık, 8.bs.
- BAHTİYAR, M. (2019). Ortaklıklar Hukuku (s. 218). içinde İstanbul: Beta Yayıncılık, 13.bs.
- ÇETİN, M. (2017). Anonim Şirketlerde Kurucuların Hukuki Sorumluluğu (s. 19). içinde İzmir: Bilge Yayınevi.
- KAYAR, İ. (2017). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku (s. 399). içinde ANKARA: Seçkin Yayıncılık, 4.bs.
- KAYIHAN, Ş. (2007). TİCARET HUKUKU (s. 503). içinde Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2.bs.
- KIRCA, İ., ŞEHİRALİ ÇELİK, F., & MANAVGAT, Ç. (2013). Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Temel Kavram Ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu (s. 59-60). Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- MOROĞLU, E. (2017). Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (s. 77- 79). içinde İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 8.bs.
- POROY, R., TEKİNALP, Ü., & ÇAMOĞLU, E. (2019). Ortaklıklar Hukuku I (s. 306). içinde İSTANBUL: Vedat Kitapçılık.
- PULAŞLI, H. (2017). Şirketler Hukuku Genel Esaslar (s. 299). içinde Ankara: Adalet Yayınevi, 5.bs.
- TEKİNALP, Ü. (2015). Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (s. 213). içinde istanbul: Vedat Kitapçılık, 4.bs.

SES VEYA GÖRÜNTÜ KAYITLARININ DELİL OLMA VASFI

Av. Arb. Ersin ŞARE

ORCID ID: 0000-0003-1441-5146

Özet:

Ses veya görüntü kaydı almak hem kişiyi, bir suça maruz kalmaktan koruma bağlamında işlev görmek hem de işlenen suçun ispatında rol oynamaktadır. Ama kimi bireylerce yapılan ses veya görüntü kayıtları kötüye kullanılabilmektedir. Karşıdaki kişiyi tahrik ederek ya da bir plan veya senaryo kapsamında yapılan ses veya görüntü kayıtlarının, elde ediliş yöntemi itibariyle yasak delil kapsamında olduğunun kabul edilmesi yerinde olacaktır. Ayrıca bireylerin ses veya görüntü kaydı yapması yönünden sınırsız özgürlüklerinin bulunduğu kabul edilemez. Devletler, bireylerin özel hayatının gizliliğini ihlal edemeyeceği gibi yatay düzlemde bireyler, diğer bireylerin özel hayatının gizliliğini ihlal etmemelidirler. Türk Hukukunda hukuka aykırı deliller yönünden mutlak değerlendirme yasağı geçerlidir. Hukuka aykırı deliller hiçbir surette yargılamada delil olarak kullanılamaz ve hükme esas alınamaz. Hukuka aykırı nitelikteki ses veya görüntü kayıtlarının hiçbir surette delil olarak kullanılamayacağını söylemek mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Ses Kaydı, Görüntü Kaydı, Delil, İspat, Hukuka Aykırı Deliller

Qualification of Audio or Video Records as Evidence

Abstract

Recording audio or video both functions in the context of protecting the person from being exposed to a crime and plays a role in proving the crime committed. However, audio or video recordings, by some individuals can be abused. It would be appropriate to accept that audio or video recordings made by provoking the other person or within the scope of a plan or scenario are within the scope of forbidden evidence in terms of the method of obtaining. In addition, it cannot be accepted that individuals have unlimited freedom in terms of recording audio or video. States should not violate the privacy of individuals' private life, and on the horizontal plane, individuals should not violate the privacy of other individuals' private lives. In terms of illegal evidence, the prohibition of absolute evaluation is valid in Turkish Law. Unlawful evidence cannot be used as evidence in the trial under any circumstances and cannot be taken as a basis for the judgment. It is possible to say that unlawful audio or video recordings cannot be used as evidence under any circumstances.

Keywords: Audio Record, Video Record, Evidence, Proof, illegal Evidence

GİRİŞ

Yargılamada ispat etmek, hakimi ya da mahkeme heyetini bir vakıanın varlığına ikna etmeyi başarmak demektir.¹ Medeni hukuk yargılamasında sadece çekişmeli vakıaların ispat edilmesi söz konusuysa, ceza muhakemesinde, aşıkâr vakıalar² haricinde mahkemenin kararına dayanak olacak bütün önemli vakıaların ispat edilmesi gerekir.³

İspat etme faaliyeti yetkili makamlarca toplanan ya da yargılamaya konu uyuşmazlığın taraflarınca sunulan delillerle yürütülmektedir. Bu yönüyle delil kavramını, maddi gerçeğe ulaşmak için yapılan ispat faaliyetinde kullanılan araçlar ya da vasıtalar olarak tanımlamak mümkündür.⁴ Deliller, ceza muhakemesindeki uyuşmazlığa konu olan ve geçmişte yaşanan olayı temsil ederler ve olayın mahkeme önünde canlandırılmasını sağlarlar.⁵

Ceza muhakemesinde delil serbestisi ilkesi geçerlidir; ancak bu ilke, bir vakıanın ispatlanmasında her türlü yolun kullanılabileceğini mübah kılmaz.⁶ Zira suçların hiçbir sınırlandırmaya tabi tutulmadan aydınlatılmaya çalışılması çok sayıda bireysel ve toplumsal değerin ihlaline neden olabilir.⁷ Bu nedenle ispat faaliyeti, hukukun izin verdiği sınırlar içerisinde, hukuka uygun olarak elde edilen delillerle yürütülür ve ancak hukuka uygun olarak elde edilen deliller yargılama sırasında kullanılabilir. Hukuk devletine uygun bir ceza muhakemesinde, delil elde edilmesine ve hukuka aykırı delilin duruşmada değerlendirilmesine sınırlamalar getirilmektedir ve bu sınırlamalara “delil yasakları”

¹ Claus Roxin, “İspat Hukukunun Esasları”, Çeviren: Yener Ünver, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, İstanbul 2005, C. 4, S. 8, s. 266.

² Centel/Zafer’e göre, bir olay veya olgunun şüpheli bir yanı yok ise yani olay bilimsel verilere göre sabit ise ispata gerek duyulmaz. Bkz. Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, 21. Baskı, İstanbul 2022, s. 828.

³ Ceza muhakemesinde ispata muhtaç vakıalar altında, doğrudan doğruya önemli vakıalar, emareler ve ispatın yardımcı vakıaları ayrımı yapılmaktadır. Bkz. Roxin s. 267-268. Özbek/Doğan/Bacaksız’a göre, her olgunun mutlaka ispatlanması şeklinde yorum yapılamaz; asıl olan, uyuşmazlığın aydınlanması için önemli olan olguların ispatlanmasıdır. Bkz. Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 15. Baskı, Ankara 2022, s. 604. Soruşturulan suçla ilgili olmayan kanıtların ceza yargılamasında gözetilmediği ifade edilmektedir. Bkz. Ali Rıza Çınar, “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2004, C. 17, S. 55, s. 34.

⁴ Muharrem Özen/Mustafa Özen, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Duygun Yarsuvat’a Armağan, İstanbul 2012, C. 9, S. 2, s. 302; Ahmet Gökçen/Murat Balcı/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2023, s. 282.

⁵ Centel/Zafer s. 252.

⁶ Ceza muhakemesinde, maddi gerçeğin “her ne pahasına olursa olsun” araştırılmasının kabul edilmediği ve delil yasakları ile esasında delil serbestisi ilkesine sınırlama getirildiği belirtilmektedir. Bkz. Ahmet Gökçen/Kerim Çakır, “Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, İzmir 2019, C. 21, Özel Sayı, s. 2935.

⁷ Roxin s. 273: Roxin’e göre, bireysel ve toplumsal değerlere tehlikeye koyan ispat faaliyetlerinin yasaklanması nedeniyle gerçeğin araştırılması ceza muhakemesinde mutlak bir değer değildir.

adı verilmektedir.⁸ Bir delilin hukuka aykırı olup olmadığının tespitinde hem ulusal kanunlardaki hükümler hem de evrensel hukuk ilkeleri ile uluslararası hukuk sözleşmeleri esas alınmaktadır.⁹ Bu bağlamda hukuka aykırılık, kanuna aykırılıktan daha geniş bir anlama sahiptir.¹⁰

Teknolojinin gelişmesi ile beraber ses veya görüntü kaydı yapmak kolaylaşmıştır. Hemen herkes yanında taşıdığı akıllı telefonlarla ses veya görüntü kaydı yapma imkanına sahip olmuştur. Gerek kişilerin bir suça tesadüf ettiklerinde kendi cihazları ile yapmış oldukları ses veya görüntü kayıtları ve gerekse güvenlik amaçlı konulan cihazların, tesadüf edilen bir suça ilişkin yapmış olduğu ses veya görüntü kayıtları günümüze bir çok suçun aydınlatılmasında ve failinin açığa çıkarılmasında önemli işlev görmektedir. Ses veya görüntü kayıtlarının işlendiği iddia edilen suçun ispatında önemli bir delil olduğu bir gerçektir. Ancak bilişim alanında teknolojinin hızla gelişimi beraberinde ses veya görüntü kaydı üzerinde rahatlıkla tahrifat ve hile yapmayı olanaklı hale getirmiştir. Bir ses veya görüntü kaydı üzerinde yapay zeka destekli olarak montaj yapmak mümkündür ve bazı durumlarda montajlanan ses veya görüntü kaydının aslından farklı olduğu sıradan kişiler tarafından anlaşılamamaktadır.¹¹ Başta çok önemli bir delil olarak kabul edilen ses veya görüntü kayıtlarının, kolaylıkla ve aslından ayırt edilemeyecek biçimde montajlanarak kötüye kullanılması, ispat faaliyetindeki rolünün sorgulanmasına neden olmuştur.¹²

Bu çalışmada esas olarak ispat yasakları kapsamında, ses veya görüntü kayıtlarının delil olma vasfı incelenecektir. Ses veya görüntü kayıtlarının özellikle özel hayatın gizliliğini ihlal eder taraflarının bulunması nedeniyle özel hayatın gizliliği konusunda açıklama yapılacaktır. Bir ses veya görüntü kaydının hukuka uygun delil olarak kabul edilmesi için elde ediliş yönteminin suç teşkil etmemesi gerektiği gözetilerek Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen ve özel hayatın gizliliğini koruyan suçlara ilişkin kısa bilgiler verilecek ve

⁸ Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/Yasemin F. Saygılar/Esra Alan/Özdem Özaydın/Efser Erden Tütüncü/Derya Altınok Villemine/Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Editör: Bahri Öztürk, Seçkin Yayınevi, 16. Baskı, Ankara 2022, s. 400; Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe, Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 18. Baskı, İstanbul 2010, s. 1416; ayrıca bkz. Bahri Öztürk, “Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 221. Hukuka aykırı bir yöntemle elde edilen delilin ceza yargılamasında kullanılamaması aynı zamanda delilin değerlendirilmemesi anlamına gelir. İspat yasaklarının, hem temel hak ve özgürlüklerin korunması işlevinin olduğu hem de delil toplayan polisi disiplin altında almada işlev gördüğü belirtilmektedir. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız (Ceza Muhakemesi) s. 686.

⁹ Centel/Zafer s. 838; Güçlü Akyürek, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2012, C. 25, S. 101, s. 62-63.

¹⁰ Akyürek (Hukuka Aykırı Delil) s. 63.

¹¹ Yapay zeka destekli olan ve “deepfake” olarak adlandırılan yazılım kullanılarak bir kimsenin söylemediği sözleri söyletmek ve bunu ses veya görüntü haline getirmek mümkündür. Günümüzde bazı ünlü kişilere ait olduğu ileri sürülen, cinsel içerikli “deepfake” videoların internet ya da başka yollarla dolaşıma sokulduğuna şahit olunmaktadır.

¹² Öztürk (Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri) s. 219.

ardından ses ile görüntü kaydı yapmanın hukuki dayanakları incelenecektir. Delil yasakları kapsamında ses veya görüntü kayıtlarına ilişkin açıklama yapılacak ve son olarak ses veya görüntü kayıtlarının ispat faaliyetindeki gücü konusuna değinilecektir.

I. SES veya GÖRÜNTÜ KAYITLARININ DELİL OLMA VASFI

Günümüzde kolaylıkla ses veya görüntü kaydı yapmanın getirdiği başlıca olumsuzluk, kişilerin özel hayatlarına rahatlıkla müdahale edilmesinin önünün açılmasıdır. Alman Yüksek Mahkemesi kararında belirttiği üzere, ağızdan çıkacak her bir sözün tespit edileceğinden kuşku duymak, düşüncesizce açıklanmış her bir ifadenin kaydedileceği ve ilk fırsatta içeriği, anlamı ve ses tonu ile kendisine karşı kullanılabilmesi bilinciyle yaşamak, bireylerin düşüncelerini özgürce açıklamalarını kısıtlar, doğal konuşma biçimini etkiler ve insanın kişisel gelişimini durdurur.¹³ Yaygın bir şekilde gizli ses veya görüntü kaydının yapılmasına izin verildiği durumlarda korku ve güvensizlik ortamının oluşması kaçınılmazdır ve bu ortam, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını engellediği gibi, toplumsal ilişkilerin asgariye indirip sosyal hayattan çekilmesine neden olabilecek ve kişilerin ruh sağlığını bozabilecektir.¹⁴ Bu bağlamda hukuka aykırı olarak ses veya görüntü kaydı yapılmasının, sadece özel hayata saygı duyulmasını isteme hakkını değil; Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile Anayasa'nın 26. maddesinde koruma altına alınan, düşünce ve düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü ihlal eder nitelikte olduğunu söylemek mümkündür.

A. Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması

Özel hayatın gizliliğinin korunmasındaki amaç, insan kişiliğinin serbestçe gelişebilmesi için kişiye, kendisi ve yakınları ile başbaşa kalabileceği, devletçe ve başka kişilerce rahatsız edilemeyeceği özel bir alan sağlamaktır.¹⁵ Her kez mahremiyetine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.¹⁶ Bununla birlikte kamunun üstün menfaati ya da toplum güvenliğini sağlamak gerekçeleriyle kişilerin özel hayatlarına müdahale edilebilmektedir. Örneğin bir

¹³ Bkz. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin 14.06.1960 tarihli kararı; kararı aktaran ve tercüme eden; Fazıl Sağlam, “Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Ankara 1975, C. 30, S. 1, s. 108.

¹⁴ Sağlam s. 111; ayrıca bkz. Ergun Özbudun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975 Cilt I*, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, s. 268: Özbudun’a göre, her sözün ve davranışın başkalarının dinlenebileceği, gözetlenebileceği, sırlarının ve mahrem duygularının öğrenilebileceği endişesi, kişilik üzerinde son derece yıkıcı etkiler meydana getirir. Sürekli ve yaygın bir gözetleme uygulaması, bu uygulamaya doğrudan doğruya hedef olmayan bireyleri de etkiler; onları, düşüncelerini açıklamaktan, sosyal ilişkilere girmekten korkan pasif ve kişiliksiz insanlar haline getirir. Hatta daha ileri derecede ruhsal bozukluklara yok açabilir. Dolayısıyla sorunu, konuya yabancı olan bazı kişilerin yaptığı gibi “çekinecek şeyi olmayan gizliliğe neden ihtiyaç duysun” şeklinde ortaya koymak tamamen yanlıştır. Özel hayatın gizliliği ilkesi ile korunan, suçlular değil, bütün toplum üyeleri, onların hür kişilikleri, yaratıcı yetenekleri ve en geniş anlamda ruh sağlıklarıdır.

¹⁵ Özbudun s. 265.

¹⁶ Amerikan literatüründe bu hakka “yalnız bırakılma hakkı” adı verildiği ifade edilmektedir. Bkz. Özbudun s. 265.

suça ilişkin delil toplanırken kişilerin özel hayatlarına ilişkin alana müdahale edilmesi söz konusu olabilir. Kolluk tarafından, delil toplamak maksadıyla ses veya görüntü kaydı yapıldığında özel hayata müdahale edilmiş olur.

Devletin, bir suçu ortaya çıkarmak amacıyla da olsa kişilerin özel hayatına sınırsız şekilde müdahale etmesi kabul edilmemektedir. Kamusal menfaat ile kişinin özel hayatının korunmasındaki menfaat çatıştığında, hangisinin üstün tutulacağı, özel hayat kavramına verilecek anlam ile tespit edilebilecektir.

Özel hayat kavramı, ilk olarak konut dokunulmazlığı kavramı çerçevesinde tanımlanmıştır. Geçmiş zamanda kişiler, konutlarında serbestçe davranabildiklerinden ve yalnız kalabildiklerinden, özel hayat ile konut dokunulmazlığı eşdeğer görülmüştür. Kişisel özgürlüklerin gelişmesi ve özel hayata verilen önemin artmasıyla beraber konutta yapılacak arama faaliyeti sıkı şartlara bağlanmış ve ancak mahkeme kararı ile arama faaliyetinin gerçekleştirilebileceği kabul görmüştür. Ancak teknolojinin gelişmesi ile beraber özel hayatın farklı yollardan ihlal edilmesi söz konusu olmaya başlamıştır. Hatta bu ihlallerin, arama faaliyeti sonucu ortaya çıkabilecek ihlallerden daha vahim olabileceği görülmüştür. Telefon konuşmalarının gizlice dinlenilmesinin, iki kişinin konuşmaları üstünde sahip oldukları iletişimin gizliliğine dair ayrıcalığının ihlali olduğu ve bu yöntemin baskı ve tiranlığı beslediği için genel nitelikli müzekkerelere dayanan aramalardan daha vahşi olduğu ifade edilmiştir.¹⁷

George Orwell’in, disütopya olarak kaleme aldığı 1984 romanın günümüzde gerçekleşmesi artık uzak bir olasılık değildir.¹⁸ Teknolojinin sağladığı imkanlarla, kişilerin en mahrem alanlarından olan konutlarda, dışarıdan yapılacak müdahaleler ile ses veya görüntü kaydı almak ve bu sayede kişilerin yaşam tarzlarına müdahale etmek mümkün hale gelmiştir.¹⁹ Özel hayatın gizliliğine verilen değer ile özel hayatın gizliliğinin en yaygın ihlal aracı olan ses veya görüntü kayıtlarının delil olma niteliği, o ülkedeki yönetimin

¹⁷ Bkz. Amerikan Yüksek Mahkemesinin 04.06.1928 tarih ve 277 U.S. 438 sayılı *Olmstead v. United States*; karar ve çevirisi için bkz. Haluk Paftalı, *Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın Ek 4. Maddesi Çerçevesinde Özel Hayat Alanının Korunması*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 25; ayrıca bkz. Özbudun s. 275-278.

¹⁸ 1984 romanında; evlerde ya da diğer yaşam alanlarında bulunan “tele-screen” adı verilen aygıtlarla, bireylerin ev içindeki ve dışarıdaki yaşamları kontrol altında tutan, otoriter ve totaliter bir rejim incelenmektedir.

¹⁹ Günümüzde teknoloji o kadar gelişmiş ve kötüye kullanıma açılmıştır ki; hedefe konan ve takip altına alınan kişinin bir şeyi gizlemesinin artık olanaklı olmadığı söylenebilir. Günümüzde kapalı alanlarda, mikrofona dahi ihtiyaç duyulmaksızın ses dalgalarının cam yüzeylerde yarattığı etkinin kullanılmasıyla uzaktan ortam dinlemesi yapılabilmektedir. “Böcek” olarak ifade edilen dinleme cihazları dışında kullanılan bir casus yazılım sayesinde cep telefonu ve mikrofonlu bilgisayarlar gibi aygıtlar kapalıyken bile kayıt yapmak mümkün hale gelmiştir. Ortamdaki aygıtlara yerleştirilen nanoteknolojik aygıtlarla kayıt yapmak mümkündür. Bkz. Faruk Y. Turinay, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Teknik Araçlarla İzleme”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara 2021, C. 12, S. 46, s. 426.

baskıcı ya da otoriter bir rejim olup olmadığı sorusunun da cevabı olacaktır.²⁰

Yakın geçmişe kadar özel hayatın gizliliğinin, kişinin üstünün, özel belge ve eşyasının aranmaması ve bunlara el konulmaması; konutuna girilmemesi ve özel haberleşmelerinin gizliliğine dokunulmaması gibi üç unsuru kapsadığı ifade edilmekteydi.²¹ Ancak hızla gelişen teknoloji ve yeni durumlar karşısında özel hayatın gizliliğinin korunması tarifi değişiklik olmuştur ve bu değişim kaçınılmaz olarak devam edecektir. Sadece kişiler arasında gerçekleştirilen haberleşme değil, internete bağlı olan bilgisayarlara ya da telefonlara izinsiz olarak erişilerek kişilerin özel bilgilerine ya da kayıtlı fotoğraflarına erişilmesi de özel hayatın gizliliğinin ihlali kapsamına girmiştir. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte gün geçtikte farklı özel hayat alanı ihlalleri ortaya çıktığından özel hayat alanının tanımının yapılması zorlaşmaktadır.²²

Geçmişten günümüze doğrudan bir özel hayatı tanımı yapmaktaki zorluk²³ nedeniyle özel hayat alanı tarif edilirken doğrudan bir tanım yapmak yerine özel hayat alanlarının sınıflandırılması yolu tercih edilmiştir. Nitekim sosyologlar, gizlilik ve açıklık dereceleri bakımından bireyin başkaları ile ilişkilerini açıklarken, iç içe geçmiş bölge ya da çember örneğini kullanmışlardır.²⁴ Sosyologlar tarafından yapılan bu sınıflandırma hem mahkemeler tarafından hem de öğreti tarafından benimsenerek hukuk uygulama ve teorisine aktarılmıştır. Öğretide, özel hayat alanının; “*gizli hayat alanı*”, “*özel hayat alanı*” ve “*kamuya açık hayat alanı*” olmak üzere üçe ayrıldığı belirtilmektedir.²⁵ Gizli hayat alanı; normal durumlarda kişinin kimseyle paylaşmadığı, sadece kendisi için saklı tuttuğu, duruma göre en yakın aile bireylerine dahi kapalı olan alanı tarif etmektedir; örneğin kişinin cinsel yaşamı ya da çıplaklığı gizli hayat alanına dahildir.²⁶ Çok ağır bir suçun aydınlatılması için delil toplamak maksadıyla olsa bile hiçbir gerekçeyle

kişinin gizli hayat alanına müdahale edilemez.²⁷ Özel hayat alanı; kişinin gizli hayatına dahil olmayan; ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi sıkı ilişki içerisinde bulunduğu, sınırlı sayıdaki kişilerle paylaşmak istediği olay, hal ve hareketleri kapsar; hukukun belirlediği usul çerçevesinde alınan kararlarla özel hayat alanına devletin müdahalesinin mümkün olabileceği belirtilmektedir.²⁸ Kamuya açık hayat alanının; kişinin, başkalarının bilmesinden rahatsız olmadığı, herkese açık, serbestçe ifşa edilmesinde bir sakınca olmayan olay, hal ve hareketleri kapsadığı ifade edilmektedir.²⁹ “*Üç alan teorisi*” olarak da adlandırılan bu teori, her üç alanın sınırlarının tespitinde kesin bir ölçütün bulunmaması ve mevcut belirsizliği nedeniyle eleştirilmektedir.³⁰

Özel hayat alanının sınırları belirlenirken belli kriterlere başvurulmaktadır. Bunlardan biri “*makul beklenti testi*”dir.³¹ Hayatın olağan akışına göre bir hayat alanına (bir faaliyete) müdahale, beklenebilecek nitelikte ise ve kişi bu makul beklentiye rağmen gerekli tedbirleri almıyorsa bu alanı, kamuya paylaşmak istediği sonucuna ulaşılır ve bu alana müdahale haksız sayılmaz.³² Belirtmek gerekir ki makul beklenti testi yapılırken aşamalı olarak hem sübjektif hem de objektif değerlendirme yapılmaktadır. Bu nedenle özel hayata saygı duyulmasına ilişkin olarak eğitimli kişi ile eğitimsiz bir kişi arasında, makul beklenti ve gerekli tedbirleri alması hususlarında farklılık olması kaçınılmazdır. Kişilerin, kamuya açık hayat alanındaki tüm hareketlerinin, her koşulda başkaları tarafından gözlemlenmesi, ifşa edilmesi ya da ses ve görüntü kaydı yapılması hukuka uygun kabul etmek mümkün değildir.³³ Esasında “makul beklenti testi” kişilerin kamuya açık hayat alanındaki özel yaşamlarını da koruma altına almaktadır.³⁴ Kişinin siyasetçi ya da ünlü bir film yıldızı olması, kamuya açık hayat alanındaki tüm hareketlerinin serbestçe ifşa edilmesi sonucunu doğurmamalıdır ve bu kişilerin de rızaları olmadıkça müdahale

²⁰ Özbudun’a göre, modern demokrasilerle totaliter rejimleri ayıran önemli farklardan biri, özel hayatın gizliliği karşısında takındıkları karşıt tutumlardır. Totaliter rejimler, kamu işlemlerinde gizlilik ilkesine büyük ölçüde başvurdukları halde özel hayatın gizliliğine pek az saygı gösterirler. Bkz. Özbudun s. 268.

²¹ Özbudun s. 265.

²² Paftalı s. 3; Hamide Zafer, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134), Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s. 29.

²³ Zafer’e göre, yorum kurallarına uyulmak koşuluyla bu kavramın içeriğinin uygulamada yorum yoluyla doldurulmasını kabul etmekten başka çare yoktur. Bkz. Zafer s. 189.

²⁴ Bkz. Özbudun s. 266: “Çekirdek benlik denilebilecek olan en iç çember, kişinin normal durumlarda hiçbir kimseyle paylaşmadığı mutlak sırları, onun en gizli duygularını, düşüncelerini, ümitlerini, korkularını, dileklerini içine alır. Bu çember, bireyin tam anlamıyla kendisi ile başbaşa kalacağı bir alan, onun kişiliğinin nihai sığnağıdır. İkinci çemberde, kişinin kural olarak ancak en yakınlarına açacağı nisbi sırlar vardır. Daha sonra, arkadaş ve dostlar çevresiyle paylaşılan duygu ve düşünceler çemberi gelir. En dışta, kişinin herhangi bir kimseye açıklamaktan veya kamunun bilgisine sunmaktan çekinmediği konular bulunmaktadır.”

²⁵ Zafer s. 3; Üç alan teorisinin kaynağının Alman öğretisi olduğu ve Alman Federal Mahkemesince de bu teorisin kabul edildiği belirtilmektedir. Bkz. Paftalı s. 34.

²⁶ Zafer s. 13: “*tabiat gereğince gizli kalması gereken örneğin tuvaletin, saunanın veya solaryumun kullanılmasının veya doktor muayenesinde gerçekleşen olaylar da hayatın gizli alanına dahildir.*” Bkz. Zafer s. 181.

²⁷ İsviçre Ceza Kanunu’nun 141. maddesinin 2. fıkrasında, ağır suçlar yönünden delil yasaklarına istisna tanınabileceği açıkça belirtilmiştir.

²⁸ Zafer s. 13-14.

²⁹ Zafer s. 14. Anayasa Mahkemesi 2013/6186 09.03.2016

³⁰ Güçlü Akyürek, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal”, Özel Ceza Hukuku Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 612.

³¹ Bkz. Akyürek (Özel Hayatın Gizliliğini İhlal) s. 612: “*Anglosakson Hukuk dünyasında benimsenmiş olan ‘özel hayatın gizliliğine makul saygı beklentisi’* teorisi (Reasonable expectation of privacy)”

³² Zafer s. 16.

³³ Behiye Eker Kazancı, “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir 2007, C. 9, S. 1, s. 133, 136; Akyürek (Özel Hayatın Gizliliğini İhlal) s. 613-614; Gökhan Taneri/Gani Kamışlı, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 718, 726.

³⁴ Von Hannover v. Almanya kararında, Monako prensesinin, paparazzilerin girmelerinin yasak olduğu bir kulübün yaklaşık birkaç yüz metre ötesinde fotoğraflanmasının ve bu fotoğrafların Alman dergisinde yayınlanmasının başvuru olan Monako prensesinin, özel hayatının korunmasına ve saygı duyulmasına dair meşru beklentisini zedelediği sonucuna varılmıştır. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 24.09.2004 tarihli Case of Von Hannover v. Germany Kararı.

edilemeyecek özel hayat alanları bulunmaktadır.³⁵ Toplumun, belli kişiler hakkında haber alma hakkının ya da belli konumdaki kişilerin yaşamlarına ilişkin bilgi edinmelerinin sınırsız olmadığını söylemek gerekir.³⁶ Ünlü ya da kamuya mal olmuş kişilerden de olsalar bireylerin özel hayatlarına ilişkin menfaatleri, belli durumlarda toplumsal menfaatin önüne geçebilmektedir.³⁷ Nitekim Yüksek Mahkeme tarafından verilen bir kararda; mağdurenin plajda şezlonga uzanarak güneşlendiği sırada, rızası olmadan çekilen fotoğrafının, bilgisi ve izni olmadan bir derginin ön kapağında yayınlanmasının, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğuna hükmetmiştir.³⁸

Özel hayat alanı belirlenirken kişilerin yaşam alanlarından yola çıkan ayırmadan ziyade doğrudan içeriği göz önünde tutan yaklaşımlar da bulunmaktadır. Örneğin herhangi bir gazeteci tarafından, bir politikacının, eşi olmayan bir kadın ile bir otel odasına girmelerinin ya da çıkmalarının; hatta bu otel odasında birlikte görüntülenmesinin özel hayatın gizliliğini ihlal olmayacağı; ancak bu kişilerin otel odasında çıplak fotoğraflarının çekilmesinin özel hayatın gizliliğini ihlal olduğu belirtilmektedir.³⁹

³⁵ Akyürek (Özel Hayatın Gizliliğini İhlal) s. 622.

³⁶ Bununla birlikte kamuya mal olmuş kişilerin hayatlarının toplum tarafından bilinmek istenmesi nedeniyle, özel hayatlarına saygı isteme haklarının önemli ölçüde daraldığı ifade edilmektedir. Bkz. Kazancı s. 133.

³⁷ Bkz. Zafer s. 187. Siyasi ve yönetici konumunda olan kişiler yönünden özel hayat kavramının daha dar olduğu, toplumun kendisini idare eden ve yönlendiren kişiyi daha iyi tanımak istemesi ve onun özel hayatıyla ilgilenme hakkının bulunduğu, bu kişilerin özel yaşamı ile kamusal yaşamının sıkı sıkıya bağlı olduğu, bu kişilere ait bilgilerin topluma aktarılmasının, hakkın yerine getirilmesi şeklindeki hukuku uygunluk nedeni kapsamında olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Taneri/Kamışlı s. 734.

³⁸ Bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi 03.04.2012 tarih ve 2011/7345 Esas 2012/8936 Karar: “*özel hayat kavramının; kişinin sadece gözlerden uzakta, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardında, dört duvar arasındaki yaşantısı ve mahremiyetinden ibaret değil, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerinin tamamını içermesi karşısında, kamuya açık alanda bulunduğu dahi, ‘kalabalığın içinde dikkat çekmezlik, tanınmazlık, bilinmezlik’ prensibinin geçerli olduğu ve kamuya açık alana çıkan her kişinin, bu alandaki her görüntü veya sesinin kaydedilip, sürekli ve izinsiz olarak elde bulundurulmasına rıza gösterdiğinin kabulünün mümkün bulunmadığı nazara alınmadan; plajda mayolu olmakla, bir derginin kapağında mayolu fotoğrafının yayınlanmasının aynı kapsamda değerlendirilemeyeceği ve olayda kamu yararı da bulunmadığı gözetilmeden, ‘plajın açık alan olup, gizli alan olmadığı’ şeklindeki, özel hayatı salt mekana indirgeyen ve yasal olmayan gerekçe ile sanıkların beraatlerine karar verilmesi”*

³⁹ Eker Kazancı s. 142.

Yüksek Mahkeme vermiş olduğu bazı kararlarında, ses veya görüntü kaydının hukuka uygun kabul edilebilmesi için içeriğinin özel hayatın gizliliği ihlal edici nitelikte olmaması gerektiğini belirtmektedir.⁴⁰ Ancak böyle bir yaklaşım usule aykırı olarak ve suç teşkil edecek biçimde elde edilen ses veya görüntü kayıtlarının yargılamada kullanılabilmesi yolunu açabilir; kaldı ki özel hayat sadece, cinsel yaşama, çıplaklığa ya da müstehcenliğe indirgenmemelidir.

Özel hayatın gizliliğinin korunması Anayasa’nın 20, 21 ve 22. maddelerinde güvence altına alınmıştır. Hem Anayasa’daki hem de CMK’daki düzenlemeler, bir kişinin ses veya görüntü kaydının alınmasının, arama ve el koyma gibi tedbirler göre, kişilerin özel hayatlarının korunmasına ilişkin anayasal haklarını daha ihlal edici nitelikte olduğunun kabul edildiğini göstermektedir. Nitekim hem Anayasa’da hem de CMK’da, arama ve el koyma işleminin yapılabilmesi kolluk amirine istisnai bir yetki tanınmışken iletişimin denetlenmesi ve teknik takip için Ceza Muhakemesi Kanunu’nda böyle bir istisnai yetki bulunmamaktadır. Bir kişinin telefonlarının dinlenebilmesi ya da bir suçu aydınlatma kapsamında işyerinde teknik cihazlarla ortam dinlemesi yapılabilmesi için mahkeme kararına ihtiyaç bulunmaktadır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da bu kararı verebilir ancak en geç yirmi dört saat içerisinde aldığı kararı mahkeme onayına sunmalıdır.⁴¹ Ayrıca iletişimin denetlenmesi ve teknik takip belirli suçlar ve sürelerle sınırlıdır. Soruşturma sonucunda suç unsuruna rastlanmadığında, haklarında iletişimin denetlenmesi ve teknik takip koruma tedbiri uygulanan kişilere, bildirim yapılması zorunludur.⁴² Hem CMK’nın 135. maddesinden düzenlenen iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasında hem de CMK’nın 140. maddesinde düzenlenen teknik takip tedbirine başvurulabilmesi için “*başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması*” gerekir.⁴³ Her ne kadar delillerin toplanması ve muhafazası için CMK’da öngörülen koruma tedbirlerine başvurmada, öncelik sonralık ilişkisi bulunmasa da; iletişimin denetlenmesi, teknik takip ve gizli soruşturmacı gibi delil toplamakta kullanılan

⁴⁰ Bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi 19.12.2018 tarih ve 2018/6388 Esas 2018/12372 Karar: “Zabıt katibi olarak görev yaptığı adliyede kendisine karşı kötü muamelede bulunduğunu iddia edene sanığın, aynı adliyede görev yapan mağdur ile makam odasında yaptıkları konuşmaları, cep telefonunun ses kayıt fonksiyonunu açık bırakıp, gizlice kaydetmek suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda; çözümü yapılan ses kaydının içeriğine ve dosya kapsamına göre; mağdurun, makam odasına gelen sanıkla konuşurken, özel yaşam alanına ilişkin ve özel hayatının gizliliğini ihlal edecek nitelikte herhangi bir konuşmasının kaydedilmemesi nedeniyle sanığa yüklenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının oluşmamasından dolayı”; ayrıca bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi 17.02.2014 tarih ve 2013/12278 Esas 2014/3721 Karar; “katılanla aynı mahallede iş yeri bulunan ve katılan hakkında idari mercilere şikayet dilekçesi vermesi nedeniyle aralarında husumet bulunan sanığın, olay tarihinde, eline aldığı kamera cihazı ile katılanın dükkanını ve dükkanda bulunan katılanı kayda alarak katılanın özel hayatının gizliliğini ihlal ettiği iddiasına konu olayda; sanığın, katılanın özel hayatının gizliliğini ihlale yol açacak görüntü ve/veya sesi kaydettiğine ilişkin soyut iddiayı destekleyen ve dosyaya yansıyan bir delil ya da bu şekilde elde edilmiş bir kayıt elde edilemediği anlaşılmakla,”

⁴¹ Bkz. CMK 135. madde 1. fıkra ve CMK 140. madde 2. fıkra.

⁴² Bkz. CMK 137. madde 4. fıkra.

⁴³ Bkz. CMK 135. madde 1. fıkra ve CMK 140. madde 2. fıkra.

koruma tedbirlerine son çare olarak başvurulması gerekir. Birden fazla delil elde etme yönteminin bulunduğu durumlarda, temel hak ve hürriyetlere en az müdahale oluşturan başlamak suretiyle birden fazla tedbire başvurulabileceği belirtilmektedir.⁴⁴ Bu bağlamda CMK'nın 135. maddesinde düzenlenen iletişimin denetlenmesi tedbirinin yeterli olmadığı durumda CMK'nın 140. maddesinde yer alan teknik takip tedbirine başvurulması gerektiği söylenebilir. Zira bir kişinin sadece telefon konuşmalarını kaydetmek; o kişinin ses ve görüntüsünü kaydetmekten daha az özel hayatının gizli tutulması hakkını ihlal eder niteliktedir.

Bazı suçların takibi ve önlenmesi için özel hayatın gizliliğine istisna tanınabilmektedir⁴⁵ ancak bu istisnanın konusu ve müdahale yöntemi hiçbir şekilde suç teşkil etmemelidir. Bu nedenle ses veya görüntü kaydının delil olabilmesi için elde edilme yönteminin ve konusunun ifşasının suç oluşturmaması gerekir.⁴⁶ Suç işleyerek delil elde eden kişinin cezalandırılması fakat elde edilen delilin değerlendirme dışı tutulmayarak maddi gerçeğe ulaşılması hukuk sistemlerinde kabul edilmemektedir.⁴⁷ Hangi ses veya görüntü kayıtlarının elde edilmesinin ve ifşasının, TCK'nın “*özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar*” bölümündeki suç tiplerini ihlal ettiği sorusunun cevabı, aynı zamanda hangi nitelikte ses veya görüntü kayıtlarının, hukuka aykırı delil niteliği taşıdığı sorusunun cevabı olacaktır.

B. Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar Kapsamında Ses veya Görüntü Kayıtları

Özel hayatın gizliliğinin korunmasında devletlerin iki farklı yönde yükümlülüğü bulunmaktadır: Yatay düzlemde devletler; bireylerin, birbirlerinin özel hayatlarına müdahale etmesini engellemekle mükelleftir; dikey düzlemde ise devlet organlarının, doğrudan bireylerin özel hayatlarına müdahale etmemesi gerekir.⁴⁸ Kişinin hak ve özgürlüklerini, diğer bireylere karşı koruma işlevi gören ceza kanunundaki “*özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar*”, devletin yatay düzlemdeki mükellefiyetine ilişkin işlev görür. Kişilerin hak ve özgürlüklerini devlete karşı koruyan ceza muhakemesi kanunu ise devletin dikey düzlemdeki mükellefiyetini garanti altına alır.⁴⁹ Hiç kuşkusuz “*özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar*” devlet yetkilileri tarafından da işlenebilmektedir.

⁴⁴ Feride Açıkalın, “*Türk Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Aracılığıyla Elde Edilen Delillerin İspat Değeri*”, Ceza Muhakemesinde Delil, Editör: Pınar Memiş Kartal, Der Yayınları, İstanbul 2020, s. 211.

⁴⁵ Özbudun s. 270.

⁴⁶ Bkz. Doğan Soyaslan, “Hukuka Aykırı Deliller”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Erzincan 2003, C. 7, S. 3-4, s. 15. “*bir hukuk sisteminde elbette suç normunun ihlali ile elde edilen deliller de hukuka aykırı sayılacaktır.*”, Centel/Zafer s. 839.

⁴⁷ Akyürek (Hukuka Aykırı Delil) s. 64-65.

⁴⁸ Özbudun s. 267.

⁴⁹ Zafer s. 48.

1. TCK'nın 132. Maddesinde Düzenlenen “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal” Suçu Kapsamında Ses veya Görüntü Kaydının Hukuka Uygunluğu

Anayasa'nın 22. maddesinin ilk fıkrasında “*Herkes haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.*” hükmü yer almaktadır. İsteyen kişi istediği kişiyle istediği yolla haberleşebilir ve kişiler arasında haberleşme engellenemez.⁵⁰ Kişiler arasındaki haberleşme gizlidir ve kural olarak kişilerin telefonları dinlenemez, kayda alınamaz.⁵¹

Aynı yerde bulunmayan iki ya da daha fazla kişi arasında, bir vasıta ile yapılan görüşmenin üçüncü kişiler tarafından hukuka aykırı olarak kayda alınması veya ifşası TCK'nın 132. maddesinde düzenlenen “*haberleşmenin gizliliğini ihlal*” suçunu teşkil etmektedir.⁵² Ancak yapılan görüşmenin CMK 135 kapsamında, mahkeme kararıyla dinlenmesi ve kayda alınması, kanun hükmünün yerine getirildiği için, hukuka uygundur ve elde edilen kayıtlar delil olarak kullanılabilir.⁵³

Haberleşmeyi gerçekleştiren tarafların dışında, üçüncü kişilerin ulaşma imkanlarının bulunduğu araç ve ortamlarda yapılan haberleşmenin dinlenilmesi ve kayda alınmasının TCK'nın 132. maddesindeki suç oluşturmaz.⁵⁴ Aleniyet varsa haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu oluşmaz⁵⁵ ve dolayısıyla aleni bir konuşmanın kaydedilmesi sonucu elde edilen delil hukuka uygundur. Örneğin herkesin iştirak edebilmesi ve dinleyebilmesi mümkün olan bir telsiz frekansından yapılan görüşmeyi dinlemek ve kayda almak suç teşkil etmemektedir.⁵⁶ Günümüzde internet üzerinden görüntülü ve sesli haberleşmenin yapılabildiği sohbet odaları oluşturulabilmektedir. Herkes tarafından bu sohbet odalarına girişin mümkün olduğu hallerde yapılan dinleme ve kayıt TCK'nın 132 ve 134 maddelerindeki suçları oluşturmaz.⁵⁷ Ancak bu sohbet odalarını giriş kısıtlanmış;

⁵⁰ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınevi, 4. Baskı, Bursa 2021, s. 435.

⁵¹ TCK 132. maddede yer alan suçun kapsamına sadece telefonla iletişim değil; mektup, telgraf, faks, elektronik posta gibi vasıtalarla yapılan haberleşmenin gizliliğini ihlal eden fiiller de girmektedir. Bkz. Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 17. Baskı, Ankara 2022, s. 559.

⁵² Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 560.

⁵³ CMK madde 135 maddesi kapsamında iletişimin dinlenebilmesi ve kayda alınabilmesi için suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil edilmesi imkanının bulunmaması gerekir. Bu iki şartın gerçekleşmediği durumda yapılan dinleme ve kayıt faaliyeti sonucunda elde edilen deliller hukuka aykırı olacaktır. Arama kararı verilirken “makul şüphe”nin varlığı yeterliyken (Bkz. CMK madde 116), iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı gereklidir. Bu farklılaştırma, arama tedbirine göre iletişimin denetlenmesi tedbirinin, kişilerin özel hayatını daha vahim şekilde ihlal edebileceğinin kanun koyucu tarafından benimsendiğini göstermektedir.

⁵⁴ Handan Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 249.

⁵⁵ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara 2020, s. 346; Yokuş Sevük s. 254.

⁵⁶ Telsiz konuşmalarının aleni olmayacağına ilişkin görüş için bkz. Zafer s. 153.

⁵⁷ Handan Yokuş Sevük, “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu”, Dicle Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi, Diyarbakır 2008, C. 12-13, S. 16-17-18-19, s. 175; ayrıca bkz. Zafer s. 88.

mesela belli kişilerin, ancak yetkili kişinin izniyle ve şifre ile giriş yaparak haberleşmesi mümkün kılınmışsa, izinsiz olarak dışarıdan müdahale ile yapılan sohbetin dinlenilmesi ve kayda alınması suç teşkil edebilecek ve dolayısıyla bu kayıtlar hukuka uygun delil kabul edilmeyecektir.

Suçun oluşumunda haberleşmenin yazılı, sözlü ya da görüntülü olması arasında bir fark bulunmamaktadır.⁵⁸ Bununla birlikte telefonda ya da internet bağlantısı üzerinden yapılan görüşmenin, taraflardan biri tarafından, bizzat kaydedilmesi TCK'nın 132/1. maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliği ihlal suçu kapsamına girmemektedir; bu suçun faili ancak haberleşen tarafların dışında üçüncü bir kişi olabilir.⁵⁹ Yüksek Mahkeme de aynı görüştedir; ancak kaydedilen içeriğin özel hayatla ilgili olması durumunda TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluşacağına hükmetmektedir.⁶⁰

Taraflardan birinin yapılan görüşmeyi kaydetmesi TCK 132/1 maddesi kapsamında suç teşkil etmez; ancak yapılan kaydın, diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi TCK 132/3 maddesindeki suçu oluşturabilecektir.⁶¹ Bununla birlikte söz konusu kaydın, haberleşmenin tarafı olan kişi ya kişiler tarafından delil olarak savcılığa ya da mahkemeye sunulması, hukuka aykırı olmadığından suç teşkil etmez⁶² ve ibraz edilen kayıt elde ediliş biçimiyle yasak delil kapsamında değildir. Ancak her durumda ibraz edilen bu ses veya görüntü kayıtlarının yasak delil niteliğinde olmayacağı gibi bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Aşağıda değinileceği üzere kişinin yapmış olduğu konuşmayı kayda alması ve bu kaydın hukuka uygun bir delil olarak kabul edilebilmesi için, karşı tarafın kışkırtılmaması, tuzağa düşürülmemesi, iradesinin sakatlanmaması, önceden planlanmış bir yöntemin ya da kurgulanmış senaryonun bulunmaması gerekir.⁶³

⁵⁸ Zafer'e göre, telefon ya da internet üzerinden yapılan görüntülü veya görüntüsüz konuşmaların tamamı TCK 132. madde kapsamındadır. Günümüzde sadece sesli değil, görüntülü olarak da haberleşme sağlanmaktadır. Görüntülü haberleşme sırasında taraflardan birinin kayıt yapması ve bu kaydı ifşa etmesi halinde TCK'nın 132. maddesinin mi yoksa TCK'nın 134. maddesinin mi uygulanacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Sesli iletişimin yanı sıra görüntülü olarak yapılan bir haberleşmenin kayda alınması ya da ifşasında TCK'nın 134. maddesinde yer alan ve torba hüküm niteliğindeki düzenlemenin uygulanmasının daha doğru olacağı ifade edilmektedir. Bkz. Taneri/Kamışlı s. 706

⁵⁹ Yokuş Sevük (Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu) s. 180; Zafer s. 90-91.

⁶⁰ Bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi 14.04.2014 tarih ve 2013/15267 Esas 2014/9012 Karar; Yargıtay 12. Ceza Dairesi 04.05.2015 tarih ve 2014/23452 Esas 2015/7250 Karar.

⁶¹ Soyaslan (Özel Hükümler) s. 348; bu suç sadece haberleşmenin tarafı olan kişi tarafından işlenebildiğinden özgü suç niteliğindedir. Bkz. Yokuş Sevük (Özel Hükümler) s. 250; Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 560.

⁶² Yokuş Sevük (Özel Hükümler) s. 256; Soyaslan (Özel Hükümler) s. 349.

⁶³ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 21.05.2013 tarih ve 2012/5 Esas 2013/248 Karar; kararı aktaran Suat Çalışkan, *Ses ve Görüntü Kayıtlarının Delil Olma Niteliği*, Platon Plus Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 17.

Her ne kadar TCK'nın 132. maddesi ihlal edilmeden elde edilmiş olsa da; özel hayatın gizli alanına ait bir konuşma mahkemeye delil olarak sunulduğunda konusu itibarıyla yasak delil niteliği taşıdığından hükme esas alınmamalıdır.⁶⁴

TCK 132. maddenin oluşumu için haberleşmenin tarafların rızası olmaksızın dinlenmesi yeterlidir; ayrıca haberleşmenin kayda alınması ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir. (Bkz. TCK madde 132/1- 2. Cümle).

TCK'nın 132 maddenin 2. fıkrasında, kişiler arasındaki görüşmeyi, haberleşen tarafların dışında yer alan ve hukuka aykırı olarak ifşa eden kişi ya da kişiler cezalandırılmaktadır.⁶⁵ Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen bir ses kaydı ifşa edilip aleniyet kazandığında kaydın hukuka uygun bir delil haline geleceği şeklinde bir kabul mümkün değildir. Ses kaydının ifşa edilerek aleniyet kazanması sadece sonradan yapılan ifşaların suç olmasını engeller.

2. TCK'nın 133. Maddesinde Düzenlenen “Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması” Suçu Kapsamında Ses veya Görüntü Kayıtlarının Hukuka Uygunluğu

Aleni olmayan karşılıklı konuşmaların, gizlice ses kaydının yapılması TCK'nın 133. maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Aleniyet bu suçun unsurudur; bu durumda taraflar arasında konuşmalar herkesin duyabileceği şekilde alenen yapılmışsa ve konuşulanları duymak için özel çaba gerekmiyorsa bu suç oluşmaz⁶⁶ ve dolayısıyla aleni konuşmalara ilişkin ses ve görüntü kayıtları delil olarak kullanılabilir. TCK 132. maddesindeki suçtan farklı olarak vasıta kullanılmadan, yüz yüze yapılan görüşmelerin kayda alınması bu suçun konusunu oluşturmaktadır.⁶⁷

Sadece ses kaydı yapmanın TCK 133. madde kapsamında olduğu; ayrıca görüntü kaydı yapılmış ise artık TCK 134. maddede düzenlenen ve genel hüküm niteliğindeki özel hayatın gizliliğinin suçunun oluşacağı ifade edilmektedir.⁶⁸ TCK'nın 133 maddesindeki suçun oluşumu için kaydı yapanın konuşan dışında üçüncü bir kişi olması gerekir.⁶⁹ Taraflardan biri, yüz yüze olan karşılıklı konuşmayı gizlice kaydettiğinde TCK'nın 133. maddesindeki suç oluşmaz. Konuşan taraflardan birinin gizlice ortam konuşmalarını kayıt etmesi hukuka aykırı olmasa da; diğer konuşanın rızası olmadan kayıtları ifşa etmesi

⁶⁴ Bkz. Zafer s. 183-184.

⁶⁵ Bu suçun oluşumunda haberleşme içeriğinin hukuka uygun ya da aykırı olmasının bir öneminin bulunmadığı ifade edilmektedir. Yokuş Sevük (Özel Hükümler) s. 255; Yokuş Sevük'e göre; soruşturma aşamasında hukuka uygun bir şekilde elde edilen konuşmaların televizyonda ve gazetelerde yayınlanması TCK'nın 132/2. maddesindeki suçu oluşturur; aynı doğrultuda görüş için bkz. Soyaslan (Özel Hükümler) s. 348. Bununla birlikte Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre, bu türden konuşmaların televizyonda ve gazetelerde yayınlanması basın mesleğinin gereğidir ve hakkın icrası şeklinde hukuka uygunluk nedeni bulunmaktadır; dolayısıyla yapılan ifşa suç teşkil etmez. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 589

⁶⁶ Soyaslan (Özel Hükümler) s. 350.

⁶⁷ Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 574.

⁶⁸ Zafer s. 158: “Bu suç, özel hayatın ve hayatın gizli alanının optik olarak izlenmesini kapsamaz.”; ayrıca bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 574.

⁶⁹ Zafer s. 162; Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 575.

suç olarak kabul edilmektedir.⁷⁰ Bununla birlikte bir kayıt delil olarak mahkemeye sunulduğunda ve duruşmada delil olarak değerlendirilip aleniyet kazandığında ifşa unsuru gerçekleştirmiş olmaz. Nitekim TCK'nın 133/3. maddesinde “*hukuka aykırı olarak ifşa eden*” ifadesine yer verilmiştir.

İlgili tarafların karşılıklı konuşmalarını kaydedilmesine ilişkin açık rızaları bu suçun oluşumu engeller ve rızaya dayanılarak alınan ses kaydı hukuka uygun delil olarak kabul edilebilir. Ancak konuşan tarafların her birinin yapılan kayda rıza göstermesi gerekir; herhangi birinin rızası yoksa suç oluşur.⁷¹ Örtülü rıza durumunda; mesela konuşmalarının dinlendiğini ve kayda alındığını bilen tarafların buna ses çıkarmamaları halinde kayıt fiilinin hukuka uygun hale geleceği belirtilmektedir⁷² ve dolayısıyla elde edilen kayıt hukuka uygun bir delil olarak kabul edilebilir.

CMK'nın 140. maddesinde düzenlenen teknik takip hükmü uyarınca mahkeme kararı ile ortam dinlemesi yapıldığında elde edilen karşılıklı konuşmalara ilişkin kayıtlar hukuka uygun olarak kabul edilebilecektir.

İnternet ya da casus bir yazılımla telefon ya da bilgisayarın mikrofonuna erişilerek ortam dinlemesi yapıldığında TCK'nın 133. maddesindeki suç oluşacaktır⁷³ ve bu yolla elde edilen kayıtlar hukuka uygun delil olarak kabul edilmeyecektir. Ayrıca taraflar arasındaki konuşmaları içeren ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen bir ses kaydı ifşa edilip aleniyet kazandığında kaydın hukuka uygun bir delil haline geleceği şeklinde bir kabul mümkün değildir. 2008 yılında bir yargı mensubunun odasında ve yargı mensupları arasında gerçekleştiği iddia edilen ve ilgili kişilerin ortam konuşmalarını içeren ses kaydı youtube sitesi üzerinden dolaşıma sokulmuştur. İnternet üzerinden dolaşıma sokulan ses kaydında, dönemin Başbakan'ına hakaret edildiği iddiası ile bir yargı mensubu hakkında kamu görevlisine hakaret suçundan soruşturma başlatılmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, hukuka aykırı olarak elde edilen ve kaynağı belli olmayacak şekilde youtube üzerinden dolaşıma sokulan ses kaydının hukuka aykırı delil niteliğinde olduğuna karar vermiş ve yargı mensubunun beraat etmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁷⁴

⁷⁰ Bkz. TCK'nın 133. maddesinin 3. fıkrası: “*Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve dörtbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ifşa edilen verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.*”

⁷¹ Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 577. Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre gösterilen rıza, suçun tipik olmasını engeller Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 577.

⁷² Bkz. Soyaslan (Özel Hükümler) s. 350.

⁷³ Zafer s. 157.

⁷⁴ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 21.10.2014 tarih 2012/4 MD-1283 Esas 2014/430 Karar. İlgili kararda yer alan tanık beyanında, 2008 yılında görevde bulunan, özel yetkili hakim ve savcılarının, ortam konuşmaları dahil tüm iletişim araçlarındaki konuşmalarının kaydedildiği belirtilmektedir. Her ne kadar bu davada sanık olan savcı, kamu görevlisine hakaret suçundan beraat etse de; kendisine tevdi edilen soruşturma dosyalarını geciktirdiği iddiasıyla hakkında görevi ihmal suçundan soruşturma açılmış ve bu suçtan ceza almıştır.

Taraflardan biri, yüz yüze olan karşılıklı konuşmayı gizlice kaydettiğinde TCK'nın 133. maddesindeki suç oluşmasa da; Yüksek Mahkemeye göre, önceden hazırlıklı ve planlı şekilde, mesela ileride açılacak olan velayetin değiştirilmesi davası için delil oluşturmak amacıyla, kişiyi özel olarak konuşturarak gizlice ses ve görüntü kaydı yapıp mahkeme delil olarak sunulması hukuka uygun değildir ve özel hayatının gizliliğini ihlal suçunu oluşturacaktır.⁷⁵

Karşılıklı konuşmayı içeren bir ses kaydını, yeniden ses kaydına almak ya da bir ses kaydından kopya çıkarmak TCK 133 maddesi kapsamında suç oluşturmaz; ⁷⁶ bununla birlikte esas ses kaydı hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş ise, bu ses kaydının kopyalarının hukuka uygun delil olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Gizli ses kaydı yapabilen cihazların satılması, ithal edilmesi, bulundurulması ve ele geçirilmesi Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil etmemektedir. Fransız Ceza Kanunu'na göre bu eylemler belli koşullar altında cezalandırılmaktadır.

Gizli ses kaydı yapabilen cihazların satılması, ithal edilmesi, bulundurulması ve ele geçirilmesi Türk Ceza Kanunu'na göre suç teşkil etmemektedir.⁷⁷ Fransız Ceza Kanunu'na göre bu eylemler belli koşullar altında cezalandırılmaktadır.⁷⁸

3. TCK'nın 134. Maddesinde Düzenlenen “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal” Suçu Kapsamında Ses veya Görüntü Kaydının Hukuka Uygunluğu

a. Genel Olarak

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun düzenlendiği TCK'nın 134. maddesinde; özel hayat kavramının içeriği tanımlanmadığından, ilgili kavramın yoruma bağlı olarak değişkenlik gösterebileceği ve geniş yorumlanmaya müsait olduğu ifade edilmektedir.⁷⁹ Teknolojinin gelişmesi ile beraber özel hayat kavramının da değişkenlik göstermesi nedeniyle bu torba hükmün, kişilerin özel hayatlarını koruma altına almada güvence sağlayacağı belirtilmekte;⁸⁰ ancak özel hayatın içeriği tam olarak belirtilmediğinden, kanunilik ilkesi ile sağlanan güvencenin de zayıflayacağı ifade edilmektedir.⁸¹

⁷⁵ Yargıtay 12. Ceza Dairesi 15.12.2014 tarih ve 2014/10706 Esas 2014/25537 Karar: “*sanığın, aralarında boşanma davasının bulunduğu eşini müşterek çocuklarının sünnet düğününü konuşmak için kafeye çağırdığı, burada eşinin bir başka erkekle ilişkisine ve bu kişinin, müşterek çocuk evde bulunduğu sırada yatıya kaldığını açıklamaya yönelik sorular sorup aralarındaki tüm konuşmaları gizlice ses kayıt cihazı ile kaydettiği olayda; sanığın, bir daha delil elde etme olanağının bulunmadığı bir durumda iken, kaybolma olasılığı bulunan mevcut delilin muhafazasını sağlamak için değil, önceden hazırlıklı ve planlı bir şekilde, ileride açacağı velayetin nezi davasına delil oluşturmak amacıyla katılanı özel olarak konuşturarak gizlice kayıt yaptığı, eylemin özel hayatın gizliliğinin ihlal suçunu oluşturduğu,*”; kararı aktaran Çalışkan s. 30-31.

⁷⁶ Zafer s. 157.

⁷⁷ Bkz. Akyürek (Özel Hayatın Gizliliğini İhlal) s. 619: “*Bu tip kayıtları yapabilecek araçların bulundurulması veya ele geçirilmesi ise hazırlık hareketi olduğundan cezalandırılmayacaktır.*”

⁷⁸ Bkz. Fransız Ceza Kanunu'nun 226-3. maddesi.

⁷⁹ Soyaslan (Özel Hükümler) s. 352.

⁸⁰ Eker Kazancı s. 143.

⁸¹ Zafer s. 55.

TCK 134. maddesinde düzenlenen hükmün genel ve torba hüküm olduğu söylenebilir;⁸² gerçekleştirilen fiil özel hayatın gizliliğini ihlal ediyor ve TCK 132, TCK 133, TCK 135 ve TCK 136 maddelerinde düzenlenen suçların kapsamına girmiyorsa TCK'nın 134. maddesi uygulanacaktır.⁸³

Kural olarak özel hayatın korunması açısından kişiler arasında bir farklılaştırmaya gidilmemektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere kamu görevlilerinin ya da kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatına ilişkin hususların bilinmesinde kamu yararı varsa ve bu kamu yararı, bireyin özel hayatının gizli tutulmasındaki menfaatin üzerindeyse, o hususun özel hayat kapsamında sayılmayacağı belirtilmektedir.⁸⁴ Dolayısıyla özel hayat kapsamında sayılmayan ve yasak yöntemlerle elde edilmemiş olan ses veya görüntü kayıtlarının, hukuka uygun delil olarak kabul edilmesi mümkün olabilir.

Evde duş alan birini dürbünle seyretme ve komşu evde, eşler arasındaki tartışmayı dinleme özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşturmaktadır;⁸⁵ dolayısıyla dışarıdan, evin içerisinde olan kişinin, kamera ile görüntüsünün kaydedilmesi ya da komşu evdeki konuşmaların özel bir cihazla kaydının yapılması hallerinde özel hayatın gizliliğinin ihlal suçu oluşacaktır⁸⁶ ve elde edilen ses ve görüntü kayıtları hukuka uygun delil olarak kabul edilemez. Ses veya görüntü kaydındaki kişinin tanınır nitelikte olmaması suçun oluşumuna engel değildir.⁸⁷ Sadece kişinin bizzat kendisinin değil, özel odasının ve şahsi eşyasının fotoğraflanması ya da görüntü kaydının alınması da özel hayatın gizliliğini ihlal edici niteliktedir.⁸⁸

Özel hayatın gizliliği ihlal edilirken ses veya görüntü kaydı yapılması ağırlaştırıcı neden olarak düzenlemiştir ve verilecek ceza bir kat arttırılacaktır.⁸⁹ Ses veya görüntü yapılmasından anlaşılması gereken, ilgili ses veya görüntüyü yeniden dinlenebilir ve görüntülenebilir hale getirmeye yönelik her türlü faaliyettir.⁹⁰

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu yönünden TCK'nın 26. maddesinde düzenlenen ve bir hukuka uygunluk nedeni olan ilgilinin rızası, özel hayatın gizliliğini ihlal eden fiili hukuka uygun hale getirilebilir; öğretide söz konusu rızanın açık olabileceği gibi zımni yani örtülü de olabileceği belirtilmektedir.⁹¹ Örneğin cinsel ilişkiye girerken bir başkası

tarafından ses veya görüntü kaydının alınması özel hayatın gizliliğinin ihlal suçunu oluşturur. Sadece üçüncü bir kişinin değil, cinsel birliktelik yaşayan taraflardan birinin de kayıt yapması suçun oluşumu için yeterlidir.⁹² Ancak ilişkiye giren tarafların ikisinin de açık rızası bulunuyorsa ses veya görüntü kaydı yapmak özel hayatın gizliliği suçunu oluşturmaz. Bununla birlikte ses veya görüntü kaydı yapılmasına ilişkin rıza; elde edilen ses veya görüntü kayıtlarının başkalarına ulaştırılmasını ya da aleniyet kazandırılmasını kapsamıyorsa bu ses veya görüntü kayıtları delil olarak kullanılamaz.⁹³ Kaldı ki cinsel ilişki, insanların en mahrem alanını oluşturduğundan konusu itibarıyla yasak delil kapsamındadır ve ispata konu yapılamaz. Ayrıca gösterilen rızanın her koşulda fiili hukuka uygun hale getireceği söylenemez. On sekiz yaşından küçük bir çocuk rızası ile de olsa bir pornografi objesi olarak kullanılmaz ve rızaları olsa bile çocukların cinsel amaçlı ses veya görüntü kaydı yapılamaz.

Aşağıda değinileceği üzere meşru savunma kapsamında yapılan ses veya görüntü kayıtları, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmaz ve elde edilen deliller hukuka uygun kabul edilmelidir. Örneğin uzun yıllar aile içinde süregelen istismarı kanıtlamak için mağdur ya da mağdurun yakını tarafından ses veya görüntü kaydı yapılmışsa, istismar fiilinin özel hayatın çekirdek (gizli alan) alanına girdiğinden bahisle elde edilen kaydın yasak delil niteliğinde olduğu ileri sürülemez.⁹⁴ Cinsel istismar fiilini kanıtlayan ses veya görüntü kaydı hukuka uygun delil olarak kabul edilebilir ve yargılamada ikame edilebilir. Ancak planlı ve kurgulanmış bir senaryo dahilinde kayıt yapıldığının anlaşılması halinde söz konusu delilin elde ediliş yönteminin hukuka aykırı olduğunun kabulü gerekir ve elde edilen delil yargılamada kullanılmamalıdır.

Özel hayat alanını ilgilendiren ve bir suçun işlendiğini temsil eden kayıtlar, sadece savcılık ve mahkemenin bilgisine sunulabilir. Ses veya görüntü kayıtlarının, duruşma sırasında, mahkeme heyeti ve tarafların huzurunda izlenmesi ifşa suçunu oluşturmaz; ancak söz konusu kayıtların mahkeme heyeti ya da avukatlar tarafından dışarıya sızdırılması ve üçüncü kişileri izletilmesi TCK'nın 134/2. maddesinde yer alan, kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi suçunu oluşturacaktır.⁹⁵ Ses veya görüntü kaydının yalnız bir kişiye gösterilmesi ya da kısmen gösterilmesi de ifşa etme olarak kabul edilmektedir.⁹⁶

CMK'nın 140/5. maddesi konutta teknik takip yapmayı yasaklamıştır.⁹⁷ Suçla mücadele ediliyor bahanesi ile bir kişinin özel konutuna ses veya görüntü kaydeden cihaz

⁸² Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 590.

⁸³ Bkz. Zafer s. 55: “Türk Ceza Kanunu’nda haberleşme, kişiler arasındaki konuşmalar, kişisel veriler, özel hayatı oluşturan alt değerler olarak korunmaktadır. Ancak teknolojik gelişmeler karşısında özel hayatın bu bilinen değerlerini tek tek koruma yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle genel bir özel hayatı ihlal suçu tanımlanmıştır.”

⁸⁴ Soyaslan (Özel Hükümler) s. 353.

⁸⁵ Bkz. Soyaslan (Özel Hükümler) s. 354; Akyürek (Özel Hayatın Gizliliğini İhlal) s. 618.

⁸⁶ Fotoğraflanmış ya da video kaydına alınan kişi, ilgili görüntülerde tanınmayacak durumda olsa dahi TCK'nın 134. maddesindeki suçun oluşacağı belirtilmektedir. Bkz. Taneri/Kamışlı s. 726.

⁸⁷ Bkz. Eker Kazancı s. 149-150; ayrıca bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 578.

⁸⁸ Eker Kazancı s. 145.

⁸⁹ Bkz. TCK 134. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesi.

⁹⁰ Bkz. Zafer s. 195.

⁹¹ Soyaslan (Özel Hükümler) s. 355.

⁹² Zafer s. 186.

⁹³ Rızasız yayınlanmanın suç teşkil edeceği belirtilmektedir. Bkz. Soyaslan (Özel Hükümler) s. 358.

⁹⁴ Bkz. Zafer s. 187: “Özel hayat olayına katılan ve kayıt yapan kişinin, suçun gerçek mağduru olması halinde, kayıt yapması ve bu kayıtları kullanması, özel hayatın gizliliğini ihlal ve ifşa suçlarını oluşturmaz.”

⁹⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 588.

⁹⁶ Eker Kazancı s. 151; Taneri/Kamışlı s. 728.

⁹⁷ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (StPO) 100c maddesi uyarınca, belli koşullar altında konutta ortam dinlemesi yapılabilmektedir. Ancak bu tedbir uygulanırken kişilerin özel hayatının çekirdek alanına müdahale edilemez. Bkz. StPO madde 100d; kanun maddeleri ve çevirisi için bkz. Feridun Yenisey/Salih Oktar/Ayla Oktar, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO)*, Beta Yayınevi, 3. Baskı, İstanbul 2020, s. 119-123.

yerleştirilemez. Böyle bir yola kalkışılması halinde elde edilen ses veya görüntü hayıtları hem özel hayatın gizliliği suçunu oluşturacak⁹⁸ hem de hukuka uygun bir delil olarak kabul edilmeyecektir. Kolluk güçlerine dahi böyle bir sınırlama getirilmişken, üçüncü bir kişinin başkasının evine ses veya görüntü kaydeden cihaz yerleştirerek kayıt yapması özel hayatın gizliliğinin ihlal suçunu oluşturacaktır ve elde edilen delil hukuka aykırı olacaktır.

CMK'nın 140/1. maddesinde, şüpheli ve sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyerinin teknik araçlarla izlenebileceği, ses veya görüntü kaydı alınabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu durumda kişinin kamuya açık hayat alanında gösterdiği bir faaliyetin, bir suç soruşturması kapsamında, ses veya görüntü kaydının yapılabilmesi için mahkeme kararına ihtiyaç vardır.⁹⁹ İlgili ses veya görüntü kaydı, niteliği gereği özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmaya bile; bir soruşturma ya da kovuşturma kapsamında delil olarak kullanılabilmesi için önceden alınmış mahkeme kararına ihtiyaç bulunmaktadır.¹⁰⁰

CMK 140/1. maddesi kapsamında yapılan bir teknik takipte, kişinin özel hayatına ilişkin ses veya görüntü kayıtları elde edilebilir. Örneğin bir suç şüphesi nedeniyle mahkeme kararına dayanılarak bürosuna kamera konan kişinin, eşi dışında bir başka kadınla ilişkiye girdiği görüntüler elde edilebilir. Konusu itibarıyla yasak delil niteliğindeki bu ses veya görüntü kayıtlarının derhal imha edilmelidir. Hatta soruşturma dosyasına girmemesi gerekir. Soruşturma dosyasına girmişse ve dava açıldıktan sonra bu görüntüler, duruşmada izlenip tutanağa bağlanmışsa hem özel hayatın gizliliğini ihlal hem de özel hayata ilişkin görüntü ve sesleri ifşa etme suçu oluşacaktır.¹⁰¹

Ses veya görüntü kaydı yapılmasına rıza göstermek; bu ses veya görüntü kayıtlarının başkalarının bilgisine sunulmasına ya da aleniyet kazandırılmasına rıza gösterilmesi anlamına gelmez. Ancak ses ve görüntü kaydı yapanın basın mensubu olması durumunda; mesela bir politikacı ile mülakat yapıldığında; ses ve görüntü kaydı alınmasına ilişkin rızanın, bu ses ve görüntü kaydının yayınlanmasını da kapsayacağı belirtilmektedir.¹⁰²

Mahkeme ya da savcılık kararıyla yapılan ses veya görüntü kayıtları hariç olmak üzere, adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletlerin kullanılması

yasaklanmıştır. Bu yasak adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adli işlemlerin icrası için de geçerlidir.¹⁰³ Bununla birlikte göz ve kulakla izlenerek duruşma içeriğinin haber olarak verilmesi mümkündür.¹⁰⁴ Adliye binası içerisinde işlenen bir suça ilişkin olarak hukuka aykırı biçimde ses veya görüntü kaydı yapılmışsa; ilgili kayıtların suç teşkil etmesi nedeniyle hukuka uygun delil olarak kabul edilmemesi gerekir.

Hukuka uygun nitelikte olan ve delil olarak sunulan ses veya görüntü kayıtlarının, duruşmada tartışılarak aleniyet kazanması, içeriğinin ilelebet serbestçe yayılması ve yayınlanması sonucunu doğurmaz. Yargılamaya konu olayın üzerinden uzunca bir süre geçmişse ve olay, bir çok kişinin hafızasından silinmişse; ses ve görüntü kaydının ve içeriğinin yeniden yayınlanmış olması özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturabilecektir.¹⁰⁵ Bununla birlikte ne kadar süre geçerse geçsin hukuka uygun olarak elde edilen ve üzerinde tahrifat yapılmadığı kesin olan, ses veya görüntü kaydı, delil olma vasfını yitirmez ve hukuka aykırı hale gelmez.

b. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu Kapsamında Özel Hayatın Gizli Alanına ve Aile Yaşamına Müdahale Niteliğindeki Ses veya Görüntü Kaydının Delil Olma Niteliği

Eşlerin aile mahremiyetlerine ilişkin konuşmaları, bireylerin müdahale edilemeyen özel alanına dahildir. Sadece eşlerin aile mahremiyeti değil evlilik dışı ilişkiler de özel hayat koruması altındadır.¹⁰⁶ Hukuka uygun bir dinleme ya da teknik takip kararı olsa bile aile mahremiyetine ilişkin konuşmaların ses veya görüntü ile kayda alınması ve bunun delil olarak kullanılması hukuka aykırıdır.¹⁰⁷ Bununla birlikte boşanma davalarında eşlerin, mahremiyetlerine ilişkin ses veya görüntü kayıtlarını delil olarak sundukları vakıalara sıklıkla rastlanmaktadır. Eşinden şüphelenen diğer eş, eve, ses veya görüntü kaydı yapabilen cihaz yerleştirerek aldatıldığına ilişkin delil elde etme çabasına içine girebilmektedir. Yüksek Mahkemeye göre, diğer eşin sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğini ispatlamak amacıyla cihaz yerleştirilerek elde edilen aldatmaya ilişkin görüntüler hukuka uygun delil vasfındadır.¹⁰⁸

⁹⁸ Eker Kazancı s. 154; Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 589.

⁹⁹ Kamu alanı içerisinde kişinin hiçbir şekilde özel hayatın bulunmadığı biçimde bir yorum yapılamaz; örneğin yasal dayanak ve mahkeme kararı olmadan bir kişinin dışarıda fotoğrafının çekilmesi ya da görüntülenmesi özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturabilir. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 585.

¹⁰⁰ Ayrıca yargılamada ispat aracı olarak kullanılan ve teknik takip kararı ile elde edilen ses veya görüntü kayıtlarının basın yayın organları aracılığıyla ya da başka bir şekilde ifşa edilmesi TCK'nın 134/2. maddesindeki suçu oluşturabilecektir. Bkz. Zafer s. 203.

¹⁰¹ CMK'nın 182. maddesinin 2. fıkrasına göre, *genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir. Kapalı duruşmanın içeriği hiçbir iletişim aracıyla yayımlanamaz.* Bkz. CMK 187/2. madde. Kapalı duruşma nedenleri arasında sayılan “*genel ahlak*” kavramının içerisine özel hayatın da girdiği ve kapalı duruşma talep edilmesine rağmen bu talebin özel hayatı ihlal etmek için kasten ihlal edildiği durumda hakim ya da mahkeme heyetinin, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun faili olabileceği belirtilmektedir. Bkz. Zafer s. 56-57. Duruşmada ses ve görüntü kaydı yapma suçu, “*gizliliğin ihlali*” başlığı altında TCK'nın 285. maddesinde düzenlenmiştir.

¹⁰² Soyaslan (Özel Hükümler) s. 358.

¹⁰³ Bkz. CMK 183. madde.

¹⁰⁴ Zafer s. 56.

¹⁰⁵ Zafer s. 57.

¹⁰⁶ Zafer s. 25.

¹⁰⁷ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 1450.

Türk Hukukunda dedektiflik gibi bir kurum mevcut değildir. Ancak günümüzde eşinin sadakatinden şüphelenen kişiler, dedektif adı altında faaliyet gösteren kişilerinden, delil toplamasını isteyebilmektedirler. Belirtmek gerekir ki her ne amaçla ve her ne adla olursa olsun üçüncü bir kişinin hedefteki bireyin evine ya da başka bir konuta ses ve görüntü kaydeden cihaz yerleştirmesi¹⁰⁹ veya kişi kamuya açık alanda olsa bile fotoğraflama yapması hukuka aykırıdır.¹¹⁰ Türk Hukukunda, dedektif olarak faaliyet gösterilmesine açıkça izin verilmediğinden ve faaliyet çerçevesi tam olarak belirlenmediğinden, dedektiflik adı altında toplanan delillerin de hukuka aykırı olduğunu kabul etmek gerekir. Hatta dedektiflik

¹⁰⁸ Eşinin sadakatinden şüphelenen koca, birlikte yaşadıkları konuta ses kayıt cihazı yerleştirmiştir. Elde ettiği ses kaydını boşanma davasında delil olarak mahkemeye ibraz etmiştir. Yargıtay hukuk dairesine göre; özel hayatın ve aile hayatın gizliliğine dokunulamaz. Ancak evlilik birliğinin devam ettiği süre içerisinde eşlerin birbirlerine sadık kalmaları zorunluluktur. Eşlerden birinin bu alana ilişkin özel yaşamı evlilikle bir araya geldiği ve birlikte yaşadığı hayat arkadaşı olan diğer eşi de en az kendisi kadar yakından ilgilendirir. O nedenle, evlilikte, evlilik birliğine ilişkin yasal yükümlülükler alanı, eşlerin her birinin özel yaşam alanı olmayıp, aile yaşam alanıdır. Bu alanla ilgili de, eşlerin tek tek özel yaşamlarını değil, bütün olarak aile yaşamının gizliliği ve dokunulmazlığı önem ve öncelik taşır. Bu bakımdan, evliliğin, yasal yükümlülükler alanı, diğer eş için dokunulmaz değildir. Bu nedenle, eşinin sadakatinden kuşkulanan davacı, birlikte yaşadıkları her ikisinin de ortak mekanı olan konuta eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirerek eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde, bu surette sadakat yükümlülüğü ile de bağdaşmayan davranışlarını tespit etmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlalinin söz edilemez ve hukuka aykırı bulunduğu kabul olunamaz. Sözü edilen delilin elde edilmesinde hukuka aykırılık bulunduğundan söz edilemez. Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 20.10.2008 tarih ve 2007/17720 Esas 2008/13614 Karar; kararı aktaran Çalışkan s. 26-27. Bu kararında Yargıtay dairesi, eşler yönünden, diğer eşe bile kapalı olan özel hayatın gizli alanının esasında var olmadığına karar vermiştir. Taraflar dışında aleni olmayan bir konuşmanın ya da eylemin ses veya görüntü kaydının yapılması suçtur. Suç teşkil eden hareketi hukuka uygun zemine getirmenin tek yolu somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmasıdır. Eşler arasındaki sadakat yükümlülüğünden yola çıkarak, diğer eşin bu yükümlülüğünü ihlal eden davranışlarının ses veya görüntü kaydını almak hakkın icrası ya da meşru savunma gibi hukuka uygunluk nedenlerine dayandırılabilir. Ancak bunun sınırlarının doğru çizilmesi gerekir. Zira eşler müşterek konutta yaşasalar da, diğer eşe bile kapalı olan bir gizli yaşam alanları bulunmaktadır. Aksinin kabulü bir eşin, casus yazılımla eşinin tüm konuşmalarını kayda almasını veya bir hafife gibi eşini takip edip görüntü kaydını yapmasını meşru kılar. Ceza yargılamasının yanı sıra hukuk yargılamasında da ispatın sınırsız olmadığı ve yukarıda belirtilen Yargıtay kararının isabetli olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Aydın s. 227.

¹⁰⁹ Henüz kayıt yapılmamış ancak cihaz tespit edilmişse özel hayatın gizliliğine ihlal suçuna teşebbüs, bkz. Zafer s. 128; kayıt yapılmış veya yapılan kayıt ifşa edilmiş ise tamamlanmış özel hayatın gizliliği suçu oluşacaktır. Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre, sadakat yükümlülüğüne aykırı davranış evlilik birliğine saygı duyulması hakkına bir saldırı niteliğinde kabul edilirse diğer eşin konuşmaları kaydetmesi meşru savunma kapsamında değerlendirilebilir. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 575.

¹¹⁰ Bkz. Akyürek (Özel Hayatın Gizliliğinin İhlali) s. 616; farklı görüş için bkz. Zafer s. 146-147: “Örneğin eşin aşığıyla buluşması, konuşması, diğer eşin onuruna ve eşlerin ortak değeri olan aile birliğine saldırı olarak kabul edilebilir. Eşin evlilik birliğine ve diğer eşin onuruna yönelik saldırısı karşısında, diğer eşin boşanma davasında üstün bir konuma gelebilmek ve kendisini koruyabilmesi için dinleme ve kayıt yapması, saldırıyı bertaraf etmeye yönelik savunma hareketi olarak görülebilir.”

faaliyetinin başlı başına TCK'nın 123/A maddesinde düzenleme altına alınan ısrarlı takip suçunu oluşturabileceği ifade edilmektedir.¹¹¹

Karşıdaki kişiyi kontrol etme, ona zarar verme ya da siyasi veya ekonomik çıkar elde etme amacıyla ses veya görüntü kayıtlarının sıklıkla kullanıldığına şahit olunmaktadır.¹¹² Görüntülü yapılan görüşmelerde kişiler en mahrem hallerini sergilemekte; karşıdaki kişiler de bu mahrem hallerinin ekran görüntüsünü alarak sonrasında bu görüntüleri kötüye kullanabilmektedir. Yine özellikle ergenler arasında gerçekleşen iletişimde, taraflardan biri en mahrem görüntülerini mesaj yoluyla karşı tarafa yollayabilmektedir. Bazen de her iki kişi, rızalarıyla en mahremini, mesela cinsel ilişkiye girerken ki görüntülerini, zevk amaçlı kayıt altına alabilmektedir. En mahrem hallerin, rızaya dayalı olarak görüntülenmesine müsaade edilmesi, bu görüntülerin serbestçe dolaşıma sokulmasına izin verildiği anlamına gelmez. Gizli ya da rıza dışı olarak elde edilen ses veya görüntü kayıtları, kayıtlarda yer alan kişi ya da kişilerin rızası olmadan hiçbir şekilde dolaşıma sokulamaz.

Kadın ile erkek sevgilidirler ve bir süre sonra ayrılmışlardır. Ayrılık gerçekleşikten sonra erkeğin, sosyal medya üzerinden eski sevgilisi ile olan ses veya görüntü kayıtlarını yayınlaması ya da paylaşması veya rızaya dayalı olarak paylaşıldıktan sonra talep edilmesine ses veya görüntü kayıtlarının kaldırılmaması özel hayatın gizliliğinin ihlal suçunu oluşturacaktır. Suçun oluşumunda bu ses veya görüntü kayıtlarının mutlak surette cinsel içerik taşıması gerekmez. Yan yana çekilen ve cinsel içerik taşımayan görüntülerin paylaşılması da suçun oluşumu için yeterlidir.¹¹³

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte günümüzde çok ustaca hazırlanmış sahte ses veya görüntü kayıtları üretilmektedir. Hatta kişinin giyinik fotoğrafını, bir program sayesinde çıplak olarak göstermek mümkündür.¹¹⁴ Kişilere ait olduğu izlenimi yaratılan ses veya görüntü kayıtlarının oluşturulması ve dolaşıma sokulması özel hayatın gizliliğini ihlal ya da hakaret suçları kapsamında cezalandırılabilir.¹¹⁵ Montaj olduğu anlaşılan ses veya görüntü kayıtları, kısmi olarak gerçek ses veya görüntü kayıtlarını içerseler bile, üzerinde tahrifat yapıldığı için hukuka uygun delil olarak kabul edilemeyecektir.

¹¹¹ Bkz. Şaban Cankat Taşkın, “İsrarlı Takip Suçu”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2023, C. 10, S. 1, s. 122.

¹¹² İlgili örnekler ve bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Can Yavuz, *Cinsel İçerikli Görüntülerin Rıza Dışı Paylaşımı İntikam Pornosu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 13 vd.

¹¹³ Bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi 11.05.2015 tarih ve 2015/35 Esas 2015/7819 Karar: “Sanığın ve katılanın bir süre arkadaş olduğu, daha sonra arkadaşlıklarının sona erdiği, sanığın katılan ile birlikteliği sırasında katılan ve sanığın yanyana çekti oldukları fotoğrafları kendi facebook sayfasına koyduğu, arkadaşlıkları sona erdikten sonra katılanın fotoğrafların kaldırılmasını sanıktan talep etmesine rağmen sanığın bahse konu fotoğrafları kaldırmadığı olayda, sanığın katılanla yanyana çekilen fotoğrafını facebookta yayınlaması eylemine uyan TCK'nın 134/2-1. cümle gereğince cezalandırılması gerektiği gözetilmeden,”

¹¹⁴ Bkz. Yavuz s. 44-45: “Deepnude, kadınların giyinik fotoğraflarını, çıplak fotoğraflara dönüştüren bir uygulamadır.”

¹¹⁵ Ancak sahte ses veya görüntü kaydındaki kişinin, esasen mağdur konumunda bulunan kişi olmaması ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda yapılan yargılamanın, esasında ses ve görüntü kaydının gerçek olduğu izlenimi yaratma olasılığı karşısında Fransız Ceza Kanunu'nda olduğu gibi montaj suçuna TCK'da yer verilmesi isabetli olabilirdi. Bkz. Fransız Ceza Kanunu madde 226-8.

Özel hayatın gizliliğini ihlal edici ses veya görüntü kayıtları, genellikle internet üzerinden dolaşıma sokulmaktadır.¹¹⁶ Rıza dışı dolaşıma sokulan bu kayıtlar fark edilir edilmez, ihlalin önlenmesi için farklı yollara başvurulmaktadır. Bu yollardan biri, ses veya görüntü kaydının yayınlandığı sosyal medya platformuna ya da internet sitesini yöneten birime başvuruda bulunmaktadır. Diğer bir yol, yargı makamlarına başvurarak erişimin engellenmesi ya da içeriğin çıkarılmasını talep etmektir.¹¹⁷ Ancak ilgili ses veya görüntü kayıtlarının bir kez internet üzerinden dolaşıma sokulduğunda, her yerden silinmesinin ve ulaşılamaz hale getirilmesinin mümkün olmadığı ve bu durumun da unutulma hakkını ortadan kaldırdığı ifade edilmektedir.¹¹⁸ Bu nedenle rızaya dayalı ya da rızasız elde edilmiş ancak izin alınmadan paylaşılan ses veya görüntü kayıtlarının internet üzerinden dolaşıma sokulması ve ses veya görüntü kaydını dolaşıma sokanın eş ya da sevgili olması ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilebilir¹¹⁹ ve bu kayıtların kesin bir surette hukuka uygun delil olarak kabul edilmeyeceği hüküm altına alınabilir.¹²⁰

Cinsel içerikli ses veya görüntü kayıtlarının rızaya aykırı olarak dolaşıma sokulması mağdurlar üzerinde, adeta cinsel saldırıya ya da istismara maruz kalmış kadınlar ya da erkekler gibi yıkıcı etkiler yaratabilmektedir. Bu gibi fiillerin önlenmesindeki yollardan biri, “*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*”ın düzenlendiği bölümde özel bir suç yaratılarak bu fiillerin ağır şekilde cezalandırılmasıdır.¹²¹ Diğer bir yol, bu ses veya görüntü kayıtlarının yargılamada delil olarak kullanılmasına hiçbir şekilde müsaade edilmemesidir.

¹¹⁶ Rızayla ya da rıza dışı olarak elde edilen ses veya görüntü kaydıyla şantaj yapılması mümkündür ve ilgili ses ya da görüntü kaydının, internet ya da başka bir mecra üzerinden dolaşıma sokulmadan yargı makamları müdahalesi ile yayılması engellenmiş olabilir. Soruşturma ya da kovuşturma devam ederken ilgili ses veya görüntü kaydının dışarıya sızdırılması ve internet üzerinden dolaşıma sokulması özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturabilecektir. Bu nedenle ses veya görüntü kaydı niteliğindeki delillerin dosya içerisinde muhafazasına ve gizliliğine ayrı bir önem verilmelidir.

¹¹⁷ 5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun” uyarınca erişimin engellenmesi ya da içeriğin çıkarılması talep edilebilmektedir.

¹¹⁸ Bkz. Yavuz s. 16: “İnternet’in unutmayan bir hafıza olduğu göz ardı edilmemelidir.”

¹¹⁹ Fransız Ceza Kanunu’nda, özel hayatın gizliliğini ihlal niteliğindeki hareketlerin, eş ya da sevgili tarafından işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir. Bkz. Fransız Ceza Kanunu’nun madde 226-1-3 son cümle.

¹²⁰ Bazı durumlarda bu ses veya görüntü kayıtlarının yayınlanmasının başka bir ifade ile ifşa edilmesinin, çok istisnai durumlarda olsa hukuka uygun olabileceği belirtilmektedir. Bkz. Yavuz s. 124: “Bir siyasetçinin kız çocuğuna yolladığı yarı çıplak fotoğrafları gazetelerde yayınlanmıştır. İlgili fotoğraflar mahrem görüntüler olmasına karşın ifade ve basın özgürlüğü kapsamında. Çünkü kamunun böyle haberlere erişmekte meşru bir menfaati vardır, bu haberlerin yayımlanması ise basının görevi kapsamındadır.”

¹²¹ Yavuz s. 139.

4. TCK’nın 135. Maddesinde Düzenlenen “*Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*”, TCK’nın 136. Maddesinde Düzenlenen “*Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme*” ve TCK’nın 138. Maddesinde Düzenlenen “*Verileri Yok Etmeme*” Suçları Kapsamında Ses veya Görüntü Kaydının Hukuka Uygunluğu

İletişimin denetlenmesi ya da teknik takip sonucu elde edilen ses veya görüntü kaydının kişisel veri olduğunu söylemek mümkündür.¹¹² Hem kamusal alanda, kameralı gözetleme faaliyetleri hem de üçüncü kişilerin veya kurumların, kendi can ve mal güvenlikleri için kullandıkları kameralarla elde edilen ses ve görüntü kayıtlarının da veri olduğunu kabul etmek gerekir.¹¹³ Farklı yollarla elde edilen bu ses veya görüntü kayıtlarının ifşasının, TCK’nın 136. maddesindeki “*verileri hukuka aykırı olarak verme*” suçunu oluşturabileceği düşünülebilir. Ancak öğretilde, veri olarak kaydedilen şeyin kişiye ait ses veya görüntü kaydı olması durumunda; kişinin rızası olmadan yapılan kayıtların ya da önceden bir başkası tarafından yapılan bu kayıtların ele geçirilmesinin ve kayıtların ifşasının özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamına gireceği (TCK 134) belirtilmektedir.¹²⁴

TCK’nın 138. maddesinde kişisel verilerin yok edilmemesi suç olarak düzenlenmiştir.¹²⁵ Kanunun belirlediği süre içerisinde kişisel verilerin yok edilmemesi suç oluşturmaktadır. Özellikle iletişimin denetlenmesi ya da teknik takip sonucu elde edilen ses veya görüntü kaydının imha edilmesi gerekiyorsa; mesela yapılan ses veya görüntü kaydının, tanıklıktan çekinme hakkı bulunan anne ile oğlu arasındaki konuşmayı içerdiği anlaşılmışsa, dinleme ya da takip yapan kamu görevlilerinin derhal imha işlemini gerçekleştirmesi gerekir. Hatta iletişimin denetlenmesi ya da teknik takip sonucu, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan ses veya görüntü kayıtlarının imha edilmemiş olması, TCK’nın 138/2. maddesinde nitelikli hal olarak kabul edilmiş ve verilen cezanın bir kat arttırılacağı hüküm altına alınmıştır.¹²⁶ İmha etmeden anlaşılması gereken, geri dönüşü olmayacak şekilde ses

¹¹² Veli Özer Özbek, “Elektronik Ortamda Saklı Bulunan Verilerin Ceza Muhakemesinde Delil Niteliği ve Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2001, C. 59, S. 1-2, s. 183-184.

¹²³ 6698 sayılı “*Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*”nun 3/1-d maddesine göre; *kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgidir*. Bir kişiye ait ses veya görüntünün, aynı zamanda kişinin kimliğine ait bilgiyi yansıttığı ve diğer insanlardan ayrışmasını sağladığı dikkate alındığında kişisel veri olduğunun kabulü gerekir.

¹²⁴ Soyaslan (Özel Hükümler) s. 363; Köksal Bayraktar, “*Kişisel Verilerin Ele Geçirilmesi, Yayılması ve Yok Edilmemesi*”, Özel Ceza Hukuku Cilt III, Hürriyete, Şerefe, *Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 631.

¹²⁵ TCK’nın 138. maddesinin 1. fıkrasına göre; *kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlar görevlerini yerine getirmediklerinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir*.

¹²⁶ TCK’nın 138. maddesinin 2. fıkrasına göre; *suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması halinde verilecek ceza arttırılacaktır*.

veya görüntü kaydı ve tüm kopyaların silinmesi ya da ortadan kaldırılmasıdır.¹²⁷ Güvenlik kurumları bazı durumlarda elde edilen ses veya görüntü kaydını arşiv çalışması adı altında muhafaza edebilmektedir. Hangi amaçla olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edilen ya da imha edilmesi gereken ses veya görüntü kayıtlarını imha etmeyip muhafaza etmek suç teşkil etmektedir. Arşivlenen bu ses veya görüntü kayıtları, sonradan ortaya çıkarılıp kullanılmışsa ayrıca özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluştuğunun kabulü gerekir.

Bir kişinin, adını ve soyadını kullanmak suretiyle sosyal medya üzerinde ya da başka bir internet mecrasında sahte hesap oluşturmasının, Türk Ceza Kanunu'ndaki suç tiplerinden hiçbirine girmediği; ancak sahte hesapta, ad ve soyadın dışında kişiye ait başka özel bilgilerin ve fotoğrafların paylaşılması durumunda TCK'nın 136. maddesindeki suçun oluşacağı ifade edilmektedir.¹²⁸ Yüksek Mahkeme, başkasının fotoğrafını kullanarak sosyal medya hesabı açıp başkaları ile iletişime geçme eylemini TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen "*Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme*" suçu kapsamında değerlendirmekte; ancak kullanılan fotoğraf içeriğinin özel hayatla ilgisi olması durumunda; mesela kişinin iç çamaşırılı haline gösteren ya da sevgiliyle çekilmiş bir fotoğraf kullanılmışsa TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluşacağına hükmetmektedir.¹²⁹

C. Ses veya Görüntü Kaydı Yapmanın Hukuki Dayanakları

Ses veya görüntü kaydı yapma fiilinin, yukarıda açıklanan suç tiplerine ya da bu suçlar dışında TCK'da düzenlenen herhangi bir suç tipine girmemiş olması, ses veya görüntü kaydı yapmanın, kesin olarak hukuka uygun olduğu sonucunu doğurmaz; zira hukuka aykırılık suç olgusunu da bünyesinde barındıran üst kavramdır.¹³⁰ Suç teşkil etmese bile ses veya görüntü kaydı yapmanın hukuki dayanaklarının bulunması gerekmektedir. Örneğin karşılıklı konuşmayı taraflardan birinin kayda alması suç teşkil etmez; ancak kayıt yapma hususunda tüm tarafların rızasının bulunması gerekir;¹³¹ tüm tarafların rızası yoksa yapılan kaydın hukuka uygun olduğundan bahsedilemez. Karşı tarafın rızası olmadan yapılan kaydın, delil olarak kullanabilmesi ve kayıt fiilinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için hukuki dayanağa; başka bir ifadeyle fiili hukuka uygun hale getirecek bir nedene ihtiyaç vardır. Aşağıda kısaca ses veya görüntü kaydı yapmayı hukuka uygun hale getiren nedenlerden bahsedilecektir.

¹²⁷ Bayraktar s. 643

¹²⁸ Taneri/Kamışlı s. 748.

¹²⁹ Bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi 08.01.2020 tarih ve 2019/984 Esas 2020/216 Karar; Yargıtay 12. Ceza Dairesi 06.04.2015 tarih ve 2014/23302 Esas 2015/5841 Karar.

¹³⁰ İsa Başbüyük, "İletişim Sırasında Elde Edilen Gizli Ses Kayıtlarının Ceza Muhakemesinde Delil Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir 2017, C. 19, S. 1, s. 187.

¹³¹ Başbüyük s. 188.

1. Kanun Hükmünü Yerine Getirme

Ses veya görüntü kaydı yapmanın başlıca hukuki dayanağı kanuni düzenlemelerdir. Örneğin Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin infazı hakkında kanunun 66/1. maddesi uyarınca cezaevinde bulunana kişilerin yapmış oldukları telefon görüşmeleri dinlenebilmekte ve kayda alınabilmektedir. Ses veya görüntü kaydı yapabilmenin diğer bir hukuki dayanağı CMK'nın 135. maddesindeki iletişimin denetlenmesi ile CMK'nın 140. maddesinde düzenlenen ve kişinin görüntüsünün de çekilebildiği teknik takiptir.¹³² CMK'nın 135 ile 140'ıncı maddelerine uyarınca verilecek tedbirler özel hayatın gizli alanına müdahale oluşturabilecek nitelikte olduğundan çok sıkı koşullara bağlanmıştır; bu tedbirler başka türlü delil elde etmenin mümkün olmadığı istisnai hallerde ve yalnızca belli ağırlıktaki suçların işlendiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin bulunduğu durumlarda uygulanabilecektir.¹³³

MİT, Polis ve Jandarma'nın kuruluş ve görevlerini belirleyen kanunlarda ilgili kurumların kamu güvenliğini sağlamak için gerekli önlemleri alabileceği belirtilmiştir.¹³⁴ Asıl olanın, suçun işlenmesini önlemek olması nedeniyle önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde bu kurumlar kişilerin telefonlarını dinlemekte ve hatta görüntülü takip yapabilmektedir. Önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde yapılan ses veya görüntü kayıtlarının delil olarak kullanılamayacağına şüphe bulunmamaktadır.¹³⁵ Uygulamada önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde yapılan ses veya görüntü kayıtlarında suç unsuruna rastlandığında, bu durum istihbari bilgi olarak kabul edilip yasal yollardan soruşturma başlatılmakta ve sonrasında mahkemeden iletişimin denetlenmesi ya da teknik takip kararı alınmaktadır.

Önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde, kişilerin konutuna dinleme ve gözetleme cihazı yerleştirmenin ya da mahkeme veya savcılık kararı olmadan sınırsız bir şekilde dinleme yapmanın yasal olduğu gibi bir yorum doğru değildir. Nitekim Anayasa'nın haberleşme hürriyetinin düzenlendiği 22. maddesinin son fıkrasında "*istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir*" hükmü yer almaktadır. Anayasa'daki bu istisna hüküm uyarınca birlik içerisindeki askerlerin ve cezaevindeki mahkumların telefon görüşmelerinin mahkeme kararı olmaksızın dinlenebilmesi ve kayda alınabilmesi mümkünken; Polis, Jandarma ve MİT'in kuruluş ve görevlerini düzenleyen kanunda belirtilen genel nitelikteki kanun hükmü dayanak gösterilerek ülkede istenilen

¹³² Bu tedbirlerin özel hayatın gizliliğini ihlal suçu yönünden hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu ifade edilmektedir. Bkz. Akyürek (Özel Hayatın Gizliliğini İhlal) s. 620.

¹³³ CMK'nın 140. maddesinde düzenlenen teknik takip tedbirin her suç için uygulanamaması ve her yerde teknik takip yapmanın kanunen mümkün olmaması nedeniyle istisnai bir koruma tedbiri olduğu ifade edilmektedir. Turinay s. 414.

¹³⁴ 5397 sayılı Kanun değişikliği kapsamında, 2559 sayılı Polis ve Selahiyet Kanunu'nun ek 7 nci maddesine eklenen fıkralar; 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanuna eklenen maddeler; 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasına eklenen fıkralar ile, önleyici kolluk faaliyetine yasal zemin oluşturulmuştur.

¹³⁵ Bkz. Devrim Aydın, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 92; ayrıca bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 17.05.2011 tarih ve 2011/9-83 Esas 2011/95 Karar.

kişinin istenildiği şekilde mahkeme kararı olmaksızın görüşmelerinin dinlenmesi veya görüntülerin kayda alınması mümkün olmamalıdır.¹³⁶ Zira kolluk gücünün tam olarak disipline edilemediği ve iktidarın birer cezalandırma aracı haline dönüştüğü durumlarda önleyici kolluk faaliyeti, kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal edilebilmektedir.¹³⁷ İstihbarat toplama adı altında kişinin ses veya görüntü kaydı yapılarak ileriki dönemde aleyhine siyasi amaçla kullanıldığı olaylara sıklıkla rastlanmaktadır.¹³⁸ Bu nedenle önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde de olsa bir kişinin evine, aracına ve işyerine ses veya görüntü kaydeden cihaz yerleştirilmesi özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturacaktır¹³⁹ ve bu kayıtlar kesinlikle hukuka uygun bir delil olarak kabul edilemeyecektir.

Ses veya görüntü kayıtlarının yasal olması ve delil olarak kullanılabilmesi için muhakkak bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç bulunduğu belirtilmektedir.¹⁴⁰ Örneğin bir genelge ile takside ya da hastanede kameralı görüntü kaydının yapılmasının suç teşkil edebileceği ifade edilmektedir.¹⁴¹ Bununla birlikte kreş, okul ve benzeri öğretim kurumlarında yapılan ses ve görüntü kaydının, çocuğun üstün yararı gözetildiğinde hukuka uygun olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁴² Şüphesiz çocuğa karşı şiddet ve

istismarın önlenmesinde, ses veya görüntü kaydı yapmanın önemli işlevi vardır. Ancak her ortamda ve koşulda sınırsız biçimde kayıt yapılması mümkün olmamalıdır.¹⁴³

Önleyici kolluk faaliyeti ve suç faillerinin yakalanması çerçevesinde, güvenliği sağlayan devlet kurumları, kamusal alana yerleştirdikleri kameralarla gözetleme yapabilmektedir. Kamusal alana yönelik gözetleme faaliyeti yürütülüyor olsa da; bu faaliyeti meşru hale getirecek ve sınırlarını çizerek kanuni düzenleme bulunmaması eleştirilmektedir.¹⁴⁴ Kameraların konumları ve görüntülediği alanın bireylerin mahrem alanları ile kesişmemesi gerekir. Güvenliği sağlamak amacıyla konulan bir kameranın, aynı zamanda herhangi bir kişinin evinin içinde olup biteni kaydettiği durumlarda meşru bir amaç ve vasıttan söz edilemeyecektir. Nitekim güvenlik için konulan bu kameraların meşru olmasının ve elde edilen kayıtların hukuka uygun bir delil olarak kullanılabilmesinin bir nedeni kamusal alanda gözetleme yapmış olmasıdır.¹⁴⁵ Gözetleme faaliyetinin özel alana kaydı bir durumda hem meşru bir amaç hem de meşru bir vasıttan söz edilemeyecektir. Tesadüfî biçimde de olsa, özel alanın gözetlenmesi sonucu elde edilen ses veya görüntü kaydı hukuka aykırı delil niteliğindedir. Ayrıca idari tedbir ve güvenlik amaçlı konulan bu kameralardan elde edilen kayıtlar, sadece işlenen suç ile sınırlı olarak kullanılabilir. Olayın geçtiği yer, gün ve saatle sınırlı olarak ilgili kayıtlar dosya içerisine delil olarak girmelidir.¹⁴⁶ Herhangi bir suç işlemeyen kişinin, gözetleme faaliyeti kapsamında, güvenlik güçlerince konulan kameralarla çekilen ses veya görüntü kayıtlarının sızdırılması özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturacaktır.

Sadece güvenlik güçleri değil, bireyler ve kurumlarda kendi güvenliklerini

¹³⁶ Bkz. Gözler s. 436. Günümüzde Polis, Jandarma ve MİT tarafından önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde dinleme yapılabilmesi için mahkemeden talepte bulunulmakta ve tüm ülke çapında uzun süreli dinleme yapılabilmesi için yetki alınmaktadır. Şüphesiz önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde yapılan dinleme faaliyeti çerçevesinde elde edilen ses kayıtlarının delil vasfı bulunmamaktadır.

¹³⁷ Amerika’da yaşanan “watergate” skandalı buna benzer bir olaydır. Muhallif partinin merkezi bürosuna giren ve dinleme cihazı yerleştirmek isteyen kişiler yakalanmıştır. Yakalanan kişilerin, istihbaratçı olduğunun anlaşılması üzerine soruşturma başlatılmış ve ilerleyen süreçte mevcut Amerika başkanı istifâ etmek zorunda kalmıştır.

¹³⁸ Muhallif gazeteciye, tehdit mesajı ve beraberinde mahrem görüntüleri gönderilmiştir. Gazeteci evli değildir ve aldatmanın da söz konusu olmadığı olayda, gazetecinin yatak odasına kamera yerleştirilmiş ve bir erkekle olan mahrem görüntüleri sonrasında internet üzerinden dolaşıma sokulmuştur. İlgili olay Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne taşınmıştır. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 10.04.2019 tarihli Case of Khadija İsmayilova v. Azerbaijan Kararı. İlgili olayda kaydın devlet ajanları tarafından yapıp yapılmadığı kesin olmamakla beraber Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilgili gazetecinin özel yaşamının devlet tarafından yeteri biçimde korunamadığına hükmetmiştir.

¹³⁹ Akyürek’e göre, istihbarat amacıyla yapılan, bir başka deyişle suçun işlenmesini önleme amaçlı olarak uygulanan iletişimin denetlenmesi tedbirleri de, koşulları uygun olduğu ölçüde, hukuka uygunluk sebebidir. Bkz. Akyürek (Özel Hayatın Gizliliğini İhlal) s. 620-621.

¹⁴⁰ Bkz. Buket Abanoz, *Kamusal Alanda Kameralı Gözetlemenin Suçun Önlenmesindeki Etkisi ve Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Sorunu*, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2018 s. 187-192.

¹⁴¹ Abanoz s. 149. Gerekçe can ve mal güvenliğini sağlamak olsa da; taksilerde yapılan ses ve görüntü kaydının emniyet müdürlüğü genelgesine değil, kanuna dayanması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Abanoz s. 157.

¹⁴² Abanoz s. 158.

¹⁴³ Neticede öğretmenin sürekli izleniyor kaygısıyla bir öğrenim faaliyeti yürütmesi sağlıklı değildir. Sınıf ortamında yapılan ses ve görüntü kaydı hem öğrencinin hem öğretmenin özel hayatını ihlal edici niteliktedir. Okul koridorları müşterek alan olarak kabul edilse de sınıf ortamı belli öğrenci ve öğretmenler için özel alan niteliğindedir. Kaldı ki gerek kamuya ait gerekse özel teşebbüslere ait iş yerlerinde, güvenlik amacını aşar bir biçimde, sürekli olarak çalışanları ve çalışma alanlarını gözetlemenin ve kayıt altına almanın meşru olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Çalışkan s. 56: “Kamera sistemlerinin çalışma alanlarını çekmesinin özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği kabul edilmelidir. Bu nedenle sınırlı bir izleme sağlayacak şekilde güvenlik amacıyla giriş ve çıkışları izlemek üzere veya vatandaşlara da açık olan ortak alanlar ve iş sahiplerinin de giriş çıkışına açık, yoğun bir alış veriş trafiği olan alanlarda kurulabilmesi mümkündür. Kameraların çalışanların iş yapış şekillerini denetlemek veya sürekli olarak belli kişileri çekecek şekilde kurulmaması gerekir. Kamera izleme sisteminin güvenlik amacıyla kurulmuş olmaları gerekir. Bu yüzden amaca hizmet eder şekilde konumlandırılması şarttır.”

¹⁴⁴ Bkz. Seçkin Koçer, “Kamusal Alanda Kameralı İzleme Sistemlerinin Hukuka Uygunluğu Üzerine Bir Değerlendirme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2022, C. 35, S. 163, s. 16-20.

¹⁴⁵ Zafer’e göre, Türk Ceza Kanunu esas alındığında, kamuya açık alanda yaşanan olaylar özel hayat alanını oluşturmamaktadır. Diğer bir söyleyişle Türk Ceza Kanunu’nun 134. maddesi, kamuya açık alanlarda, özel hayat alanının olamayacağı klasik anlayışı ile hazırlanmıştır. Bu nedenle cadde ve sokaklara ve kamuya açık olan işyerlerinin giriş ve çıkışlarına güvenliği sağlamak amacıyla yerleştirilen kamera sistemleri vasıtasıyla görüntü kaydı yapılması, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmaz. Bkz. Zafer s. 190.

¹⁴⁶ Durmuş Tezcan/Özge Sırma Gezer/ Yasemin Saygılar Kırıt/Elif Altınok Çalışkan/Esra Alan/Özdem Özyayın/ Efser Erden Tütüncü/İdris Güzel/Nilüfer Köker/Derya Altınok Villemine/Mehmet Can Tok, *Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku*, Editörler: Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2022, s. 173.

sağlamak için kamera sistemi yerleştirebilmektedir. Bir bireyin ya da kurumun kendi özel ve çalışma ortamına kamera yerleştirmesi hukukidir. Ancak kamera ile gözetlenen ortama, üçüncü kişilerin dahil olduğu durumda, yapılan ses veya görüntü kaydının hukukiliği ve elde edilen kayıtların delil olarak kullanılıp kullanılamayacağı tartışmalıdır. Bu konuda yasal bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Aşağıda değinileceği üzere bu gibi durumlarda yapılan ses veya görüntü kaydının hukuka uygunluğu, örtülü rızaya dayandırılabilir.

Devlet ya da bireyler tarafından, güvenliği sağlamak için yerleştirilen kameralarla yapılan gözetleme faaliyetinin, belirli bir kişiye yönelik olmaması gerekir.¹⁴⁷

2. Meşru Savunma veya Zorunluluk Hali

Kişilerin ya da kurumların kamera ile görüntü ve ses kaydı yapmasında yasallığı sağlayan bir diğer nedenin meşru savunma olduğu kabul edilebilir.¹⁴⁸ Kamera ile ses veya görüntü kaydı yapılması, suç işlemeyi düşünrn failleri caydırabilecek niteliktedir. Bu yönüyle kameraların, henüz bir saldırı gerçekleşmeden önleyici meşru savunma işlevi gördüğü ifade edilmektedir.¹⁴⁹ Ancak Türk Ceza Hukukunda önleyici meşru savunma gibi bir hukuka uygunluk nedeni kabul edilmemektedir.¹⁵⁰ Meşru savunmadan bahsedebilmek için bir saldırı olması, saldırının muhakkak olması ya da tekrarının muhakkak olması gerekir.¹⁵¹ Kamera ile gözetlenen ve kayıt yapılan bir alanda, saldırı ihtimalinin bulunduğundan bahisle, yapılan kaydı hukukileştirmek mümkün değildir.

Bununla birlikte bir saldırı karşısında, saldırıya maruz kalan kişilerce yapılan ses veya görüntü kaydının meşru savunma kapsamında hukuka uygun olabileceği belirtilmektedir.¹⁵² Ancak böyle durumlarda maruz kalınan suç tipine göre bir ayırım yapılmaktadır: Örneğin telefonda, bir edimi yerine getirmesi için şantaj yapılan ve tehdit edilen kişinin, konuşmaları kayda alması meşru savunma kapsamında hukuka uygundur; zira kayıt fiili, ileride gerçekleştirilecek muhtemel başka saldırıları yetkili makamların bilgisine sunulması amacıyla yapılmaktadır.¹⁵³ Nitekim tehdit ve şantaj niteliğindeki fiiller genellikle geleceği yöneliktir ve muhtemel olabilecek saldırıları bünyesinde barındırmaktadır. Yine halihazırda saldırının devam ettiği durumlarda meşru savunmadan bahsedilebilir; örneğin

bir kişinin kaçırıldığı ve fidye istenildiği bir durumda suçunun aydınlığa kavuşması için yapılan ses veya görüntü kaydı meşru savunma kapsamında hukuka uygundur; zira saldırı devam etmektedir.

Hakaret, cinsel taciz, kişilerin huzur ve sükunun bozma gibi saldırıların, iletişim esnasında sona erdiği hallerde ses veya görüntü kaydı yapmanın ve kayıtların delil olarak kullanılmasının meşruiyetini, diğer bir hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinde aranması gerektiği savunulmaktadır.¹⁵⁴

Kişinin kendisine yönelik değil de; bir başkasına yönelik suç teşkil eden konuşmayı kayda alması durumunda, elde edilen kaydın hukuka uygun delil olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmektedir.¹⁵⁵

Tesadüfi yapılan kamera kayıtlarının da delil olarak kullanılabileceği belirtilmektedir.¹⁵⁶ Örneğin turistik bir mekanın görüntülediği esnada tesadüfi olarak bir suçun işlendiği kayıt altına alınabilir. Günümüzde bir suç işlendiğinde, suçun işlendiği alanın yakınında bulunan kişilerin yaptığı ilk iş, akıllı telefonlarını çıkartarak ses veya görüntü kaydı yapmaya başlamaktır. Şüphesiz bu kayıt işlemi hem suçüstü halinde, normal vatandaşa tanınan yakalama yapma hakkına ya da üçüncü kişi lehine meşru savunma haline dayandırılabilir.¹⁵⁷ Zira ses veya görüntü kaydı yapıldığını anlamasıyla ile birlikte suç işleyen veya işlemek üzere olan kişiler hareketlerini tamamlamaktan vazgeçebilmektedir. Ancak tesadüfen elde edilen her ses veya görüntü kaydının yasal olduğu ve hukuka uygun delil teşkil ettiği söylenemez. Sokakta karısını döven bir kişinin, ses veya görüntü kaydının alınması durumunda bu kayıtların hukuka uygun delil olduğu söylenebilir;¹⁵⁸ ancak ev içinde ya da özel bir alanda yaşanan bir kavganın, eşler dışında üçüncü bir kişi tarafından dışarıdan kaydedilmesi durumunda bu kayıtların delil olarak kullanılması mümkün olmamalıdır. Bununla birlikte eşlerle aynı ortamda bulunan kişi tarafından, eşlerin de fark edebileceği şekilde, şiddeti delillendirmek için yapılan kayıt, üçüncü kişi lehine meşru savunma kapsamında hukuka uygun delil olarak kabul edilebilir.

Ortak hayat alanında bir şiddet olayının kayda alınması ve soruşturmayı yürüten mercilere verilmesi hukuka uygun olabilecekse de; bu görüntülerin ayrıca internete

¹⁴⁷ Kamusal alanda toplanan bu tür veriler, belirli bir kişinin kimliğini belirlemek için kullanıldığında özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşabileceği belirtilmektedir. Bkz. Zafer s. 34.

¹⁴⁸ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Yusuf Yaşar, “Bir Suçun İspatı Amacıyla İletişimin Kayda Alınmasının Hukuki Niteliği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ankara 2013, C. 4, S. 14, s. 392-393.

¹⁴⁹ Abanoz s. 141.

¹⁵⁰ Ersin Şare, “Yüksek Mahkeme Kararlarında Meşru Savunma”, İzmir Barosu Dergisi, İzmir 2018, C. 83, S. 1, s. 21.

¹⁵¹ Bkz. TCK 25. madde 1. fıkra.

¹⁵² Erdağ’a göre, “kayıt altına alma” gerçekleşen haksız bir saldırıya karşı yapılmakta; “kayıtları soruşturma organlarına verme” ise tekrarı muhakkak bir haksız saldırıya karşı yapılmaktadır; yani her ikisi de meşrudur. Bkz. Ali İhsan Erdağ, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2011, C. 23, S. 92, s. 53.

¹⁵³ Ali Kemal Yıldız, Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, Doktora Tezi, İstanbul 2002, s. 198; Başbüyük s. 191.

¹⁵⁴ Başbüyük s. 191-192: “Şu durumda iletişim esnasında (örneğin telefonda) anlık olarak gerçekleşen saldırıların cezalandırılmasını sağlamak amacıyla (üstün yararın korunması), ses kaydı yapılmaksızın delil elde etme imkanının bulunmadığı durumlarda (elverişlilik ve gereklilik), karşı tarafın bilgisi dışında yapılan gizli ses kaydının (orantılılık) somut olayın koşulları çerçevesinde hukuka uygun olduğu söylenebilir.” Bkz. Başbüyük s. 193. Başbüyük, TCK’da düzenlenen zorunluluk hali hükmünün, kusurlu ortadan kaldıran bir neden olduğunu belirtmektedir. TCK’da bir hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin düzenlenmesi eksiklik değildir; zira hukuka uygunluk nedenleri sınırlı sayıda değildir ve kanunda belirtilmeyen hukuka uygunluk nedenlerine dayanılarak da fiilin hukuka uygun hale geldiği söylenebilir. Bkz. Başbüyük s. 192-193.

¹⁵⁵ Zafer s. 147.

¹⁵⁶ Abanoz s. 159.

¹⁵⁷ Bkz. Mehmet Gödekli, “Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2016, C. 65, S. 4, s. 1906.

¹⁵⁸ Abanoz s. 160.

servis edilmesi ya da basın organlarınca yayınlanmasının hukuka uygun olup olmadığı tartışılabilir.¹⁵⁹ Bu görüntülerin yayınlanmasında, kişilerin haber alma hakkı güvence altına alan “*hakkın kullanılması*” şeklindeki hukuka uygunluk nedeninin varlığından söz edilebilir. Ancak internet üzerinden dolaşıma sokulan ya da basın organlarınca yayınlanan ses ve görüntü kaydının, her koşulda, özel hayatının gizliliğini ihlal edici nitelikte olmaması gerekir.¹⁶⁰

3. İlgilinin Rızası

Özel kişi ya da kurumlar tarafından konulan kameralarla, ses veya görüntü kaydı yapmanın hukukiliğinin, örtülü rızaya dayanabileceği belirtilmektedir.¹⁶¹ Mesela bir AVM ve restoran girişine, herkesin görebileceği bir şekilde kamera kaydının yapıldığının bildirilmesi ve bu bildirimle rağmen kişinin bu mekanlara giriş yapması; kayıt yapılmasına rıza gösterdiği anlamına gelebilecektir.¹⁶² Bir üniversite öğretim görevlisinin, taciz iftirasına karşı çalışma odasına güvenlik kamerası yerleştirmesi kendisi açısından hukukidir.¹⁶³ Bununla birlikte kendisi dışında, odaya gelen kişiler yönünden yapılan kaydın hukuki olabilmesi için belli şartların gerçekleşmesi gerekir.¹⁶⁴ Mesela kamera veya ses kaydı yapan cihazın görünür olması ve üçüncü kişilerce kayıt yapıldığının anlaşılır olması gerekir ya da üçüncü kişi kayıt yapılmasına açıkça rıza göstermelidir. Kamerayı yerleştiren kişinin haricinde, kaydı yapılan üçüncü kişilerin rızalarının olmadığı bir durumda yapılan ses veya görüntü kaydı, özel hayatının gizliliğini ihlal suçunu oluşturabilecektir. Suç teşkil etmesi nedeniyle bu kayıtlar delil olarak da kullanılamayacaktır.¹⁶⁵

¹⁵⁹ Ortak hayat alanının, ancak basına açık bir nitelik taşıdığı ölçüde özel izin alınmadan yayınlanabileceği belirtilmektedir. Bkz. Eker Kazancı 137. Bununla birlikte günümüzde savaşta ya da kazalarda ağır yaralanan kişilerin fotoğraflarının çekilmesinin onların acılarının paylaşılması ve kamuya duyurulması amacıyla gerçekleştirildiği ve bu tarz fotoğrafların basın özgürlüğü sınırları kapsamında kabul edildiği ifade edilmektedir. Bkz. Eker Kazancı s. 146.

¹⁶⁰ Bazı durumlarda öncelikle ses veya görüntü kaydı yayınlanmakta ve sonrasında ceza soruşturması açılabilir. Tüm kamunun bilgisine sunulmuş ve açıkça bir suçu temsil edici nitelikte olsa bile özel hayatın gizliliği ihlal edilerek elde edilen ses veya görüntü kayıtları hukuka uygun delil olarak kabul edilmez. Ayrıca ses veya görüntü kaydı yapılan olay toplumda büyük tepki toplamışsa ve görüntüdeki kişilerin saygınlığını ve yaşamlarını tehlikeye atacak bir nitelik almışsa yargı makamı kararı ile ses ve görüntü kaydının yayınlanması durdurulabilir.

¹⁶¹ Zafer s. 66.

¹⁶² Bkz. Abanoz s. 136.

¹⁶³ Yüksek Mahkeme tarafından verilen bir kararda, öğretim üyesinin, hırsızlık yapan kişiyi belirlemek için odasına kamera yerleştirmesinin ve elde edilen kayıtların hukuka uygun olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Yargıtay 13. Ceza Dairesi 26.03.2012 tarih ve 2011/7180 Esas 2012/8523 Karar. Abanoz’a göre, hırsızlığı önlemek için öğretim üyesinin odasına kamera yerleştirmesinde ve kayıt yapmasında, odaya girip çıkan diğer kişilerin rızası bulunmamaktadır. Odada kamera olduğuna ilişkin herhangi bir uyarıcı ibare de yer almadığına göre, kişisel kullanıma tahsis edilmiş söz konusu özel sahada tuzak formunda kamera sistemi kurularak kişilerin görüntülerinin kaydedilmesi ve aleyhlerinde delil olarak kullanılması hukuka aykırıdır. Bkz. Abanoz s. 154-155.

¹⁶⁴ “Bireyler, kendi özel mülklerinde kamera sistemi kullanmakta serbesttir. Zira bir kişinin görüntüsü ve sesi kişilik hakkı kapsamındadır. Fakat kameralarda diğer bireylerin de görüntüsü izlenmeye veya kaydedilmeye başlanıyorsa o halde aynı kural geçerli olmayacaktır.” Bkz. Abanoz s. 152.

¹⁶⁵ Abanoz s. 154-155.

Günlük yaşamda örtülü rızasının varlığından bahisle çoğu durumda telefon konuşmaları kaydedilebilmektedir.¹⁶⁶ Örneğin banka vb. şirketler tarafından yapılan aramada, karşı tarafa konuşmanın kaydedildiği bildirildikten sonra haberleşmenin devam ettirilmesi halinde örtülü rızanın varlığından söz edilmektedir.¹⁶⁷ Bununla birlikte örtülü rızanın ses ve görüntü kaydını yasal hale getirmeyeceği; muhakkak açık rıza gösterilmesi gerektiğini savunan görüş de bulunmaktadır. Örtülü rızanın, ses veya kayıt yapmayı hukuka uygun hale getirdiğinin tam olarak açıklığa kavuşturulması için Fransız Ceza Kanunu’nun 226-1-3 maddesindeki gibi bir hükme, Türk Ceza Kanunu’nda yer verilebilir.¹⁶⁸

Çalışılan işyerine ait e-mail adresinin denetlenmesi hususunda, çalışan tarafından başta rıza gösterilmişse, bu posta adresine gelen ve işveren tarafından denetim sonucu elde edilen ses veya görüntü kayıtların hukuka uygun delil olarak kabul edileceği düşünülebilir.¹⁶⁹ Ancak çalışan kişi, çalıştığı işyerinde, denetim amaçlı e-mail adresinin kontrol edildiğinden haberdar değilse elde edilen ses veya görüntü kayıtları hukuka uygun delil olarak kabul edilemez.¹⁷⁰

Kişiler, rızalarıyla ses veya görüntü kayıtlarını, bazı kurumlarla paylaşırsa bile; bu kurumların bu kayıtlar üzerinde sınırsız tasarruf yetkisinin olduğunu söylemek mümkün değildir. Ses veya görüntü kaydına rıza göstermek; ifşasına da rıza göstermeyi kapsamamaktadır. İlgili kurumlar, elde ettikleri ses veya görüntü kayıtlarını sadece yetkili mercilerle; örneğin savcılık makamı veya mahkemelerle paylaşılabilir. Kişinin rızasıyla ses veya görüntü kaydı elde eden kurumlar, bu ses veya görüntü kayıtlarını muhafaza etmekle ve hatta belli bir sürenin sonunda imha etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğe aykırılık halinde özel hayatın gizliliği ihlal ya da verilerin izinsiz olarak verilmesi gibi suçlar oluşabilecektir.

4. Hakkın İcrası

Kendiliğinden hak alma yasaklanmıştır. Bir kişinin hakkına tecavüz söz konusu ise yetkili makamlara bildirmek suretiyle bertaraf etmelidir. Ancak bazı durumlarda yetkili makamlara başvurma zorunluluğu hakkın korunmasını büsbütün zorlaştırabilir ve kişiyi tamamen savunmasız bırakabilir. Hukuk sistemi belli koşullarda tecavüze uğrayan hakların korunması yönünden kişilere yetki tanımakta ve hakkın korunması fiillerini hukuka uygun kabul etmektedir.¹⁷¹

Bir hakkın korunması için ses veya görüntü kaydı yapmanın meşru olabileceği belirtilmektedir.¹⁷² Ancak bunun için bazı şartların birlikte gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmektedir: Başkasının hakkına yapılan müdahale, bir hakkın korunması amacıyla

¹⁶⁶ Zafer s. 112; Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 571; Yokuş Sevik (Özel Hükümler) s. 261.

¹⁶⁷ Bkz. Abanoz s.

¹⁶⁸ Fransız Ceza Kanunu’nun 226-1-3 maddesine göre, ses veya görüntü kaydı, ilgililerin gözleri önünde ve bilgisi dahilinde, itirazı olmaksızın yapılırsa, kişilerin rızalarının var olduğu kabul edilir.

¹⁶⁹ Yokuş Sevik (Özel Hükümler) s. 261.

¹⁷⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 571.

¹⁷¹ Başbüyük s. 194.

¹⁷² Başbüyük s. 195.

yapılmalıdır;¹⁷³ yetkili organların zamanında müdahalesinin mümkün olmaması gerekir;¹⁷⁴ ve son olarak müdahale ölçülü olmalıdır.¹⁷⁵

Velayeti altındaki çocukların haberleşmelerini dinleme ve kayda alınmasının meşruluğu, hakkın icrası şeklindeki hukuka uygunluk nedenin dayandırılmaktadır.¹⁷⁶ Cinsel saldırı, tehdit, iftira, hakaret gibi suçlara maruz kalan mağdurların suçu ispatı için ses veya görüntü kaydı yapmasını esasen hakkın icrası hukuka uygunluk nedenine dayandıran görüş de bulunmaktadır.¹⁷⁷

Gazetecilik faaliyeti çerçevesinde ses veya görüntü kaydı yapılabilir ve bu ses ve görüntü kayıtları gazete (konuşmaların çözümü biçiminde) ya da televizyon kanalında yayınlanabilir. Gazetecilik faaliyeti çerçevesinde elde edilen ses veya görüntü kayıtları, bazı durumlarda, kişilerin özel hayatlarını ihlal edecek nitelik taşısa da; belli koşullar altında kayıt yapılması ve yayınlanması hakkın icrası çerçevesinde hukuka uygun hale gelebilmektedir.¹⁷⁸

Özel kişilerce yapılan ses veya görüntü kaydının yasallığını, hakkın icrası ya da meşru savunma biçimindeki hukuka uygunluk nedenlerine dayandırmanın doğru olmadığı; zira yapılan kaydın ilgili hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarını karşılamadığı savunulmaktadır.¹⁷⁹ Bu nedenle ses veya görüntü kayıtlarının hukuka uygun bir delil olarak kullanılması için CMK’ya “*suçüstü hallerinde özel kişilerce yapılan ses veya görüntü kayıtları geçerli olacaktır*” biçiminde bir hükmün eklenmesi önerilmektedir.¹⁸⁰

II. DELİL YASAKLARI YÖNÜNDEN SES veya GÖRÜNTÜ KAYITLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Alman hukukunda delil yasakları kapsamında üçlü bir ayırım yapılmaktadır: Belirli vakıalar ispatın konusu yapılamaz, örneğin devlet veya meslek sırrı nedeniyle kişilerin beyanda bulunmasına izin verilmediği durumlarda mahkemenin vakıayı aydınlatma yükümlülüğü kalkabilir. Yine belirli vakıaların ispat faaliyetinde belirli ispat araçları

¹⁷³ Bkz. Başbüyük s. 195: “Cinsel içerikli bir telefon görüşmesinin karşı tarafın rızası olmadan kayda alınması, cinsel dokunulmazlık hakkının yetkili makamlarda nezdinde korunmasını sağlamaya yöneliktir.”

¹⁷⁴ Bkz. Başbüyük s. 195: “telefondaki sözlü saldırı anlık ve sadece iletişimin tarafları arasında gerçekleştiğinden yetkili organların müdahalesi mümkün değildir.”

¹⁷⁵ Bkz. Başbüyük s. 195: “Hakaret, tehdit, cinsel saldırı gibi fiillerin ihlal ettiği değerler ile mağdurun telefon görüşmesini kayda alınmak suretiyle faile karşı ihlal edilen değer göz önünde bulundurulduğunda, fiilin ölçüsüz olduğu söylenemez.”

¹⁷⁶ Yokuş Sevik s. 261; Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 572; Zafer s. 162.

¹⁷⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 572.

¹⁷⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız’a göre; fiilin gazetecilik mesleğinin faaliyeti çerçevesinde değerlendirilebilmesi için; haber gerçek ve güncel olmalı, haberin verilmesinde kamu yararı bulunmalı, haberle olay arasında fikri bağ bulunmalıdır. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 589. Akyürek’e göre, bu ölçütlerin yanı sıra haberin verilişinde ölçülülük bulunmalıdır. Bkz. Akyürek (Özel Hayatın Gizliliğini İhlal) s. 622. Kişinin kamusal açıdan bir önem taşımayan aşk hayatının görüntülenmesi ve haber yapılmasının hakkın icrası kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 590.

¹⁷⁹ Gödekli s. 1898.

¹⁸⁰ Aydın s. 214; Gödekli s. 1898.

kullanılamaz; örneğin tanıklıktan veya beden muayenesinden haklı olarak çekinen kişiler ispat aracı olarak kullanılmaz. Son olarak delil elde etmede belirli usuller kullanılmaz.¹⁸¹ Bir sanığı yorarak, cebir kullanarak, tehditle veya hile ile beyan alınması yasaklanmıştır; bu şekilde alınan beyanlar delil niteliğini kaybeder. Aşağıda Alman Hukukunda esas alınan ayırım çerçevesinde, delil yasakları yönünden ses ve görüntü kayıtlarının delil olma vasfı incelenecektir.

A. Konusu İtibariyle İspatı Yasaklanmış Vakıalar Yönünden Ses ve Görüntü Kayıtları

Bazı durumlarda belli vakıaların ispat faaliyetine konu olması, başka bir ifade ile aydınlatılması yasaklanmıştır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nunda devlet sırrının tanımı yapılmıştır. İlgili hükme göre; açıklanması, *Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek bilgiler; Devlet sırrı sayılır.* Devlet sırrının konusu, olaylar, nesneler veya bilgiler olabilir.¹⁸² Devlet sırrı niteliğindeki olaylar, nesneler ya da bilgiler ispata konu yapılamazlar; bu bağlamda devlet sırrını açığa çıkaracak ses veya görüntü kayıtları, konusu itibariyle ispatı yasak olduğundan mahkemede delil olarak kullanılması mümkün değildir.¹⁸³

Milli güvenlik kurulu üyeleri olan Cumhurbaşkanı ile Genelkurmay başkanı arasındaki görüşmenin ses veya görüntü kaydının yapılması devlet sırrının açığa çıkarılması yönünden karine teşkil eder; ancak bu kişiler aralarında görev alanına girmeyen konularda da konuşabilirler.¹⁸⁴ Hepsinden önce bir olgunun, devlet sırrı olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Bir ses veya görüntü kaydı içeriğinin devlet sırrı niteliğinde olup olmadığına mahkemeler karar verecektir.¹⁸⁵

Yasak delil gerekçesiyle kurumların ya da kişilerin istenen ses veya görüntü kayıtlarını, devlet sırrı nedeniyle mahkemeye göndermemesi mümkün değildir. Nitekim CMK’nın 125. maddesinin 1. fıkrasında; “*bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler; Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz*” hükmüne; CMK’nın 47. maddesinin 1.

¹⁸¹ Roxin s. 273. Roxin bu üç ayırma ilave olarak nispi ispat yasaklarını da eklemektedir. Örneğin bir kişinin bedenine müdahale ederek örnek alınmasında sadece doktor yetkilendirilmişse, hemşire tarafından örnek alınması nisbi delil yasakları kapsamındadır.

¹⁸² Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır s. 299.

¹⁸³ Bu konuda bkz. Aydın s. 179: “Devlet yöneticilerinin hukuka uygun ve şeffaf hareket etmesi gerektiği yönündeki fikirlerin gelişmesi sonucunda devlet sırlarının kapsamı geçmişe nazaran daralmakta ve devlet faaliyetlerine ilişkin bilgilerin de ceza muhakemesine ispat konusu olabileceği, devlet görevlilerinin devlet faaliyetlerine ilişkin konularda tanıklık yapabileceği kabul edilmektedir.”

¹⁸⁴ Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır s. 300.

¹⁸⁵ Soruşturma aşamasında bir ses veya görüntü kaydının devlet sırrı niteliği taşıyıp taşımadığını belirleme yetkisinin Sulh Ceza Mahkemesine ait olduğu, Cumhuriyet savcılarının böyle bir yetkisinin bulunmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Centel/Zafer s. 310: “Cumhuriyet savcısı bir kurumdan belge istediğinde ‘devlet sırrı-gizlidir’ kaydı ile zarf içinde gelen belgenin içeriğinin sulh ceza hakimî tarafından okunmasını ve suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgilerin tutanağa geçirmesini talep edebilmelidir (CMK madde 162)”

fıkrasının ilk cümlesinde; “*bir suç olgusuna ilişkin bilgiler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz.*” hükmüne yer verilmiştir. Esasen belge delili ve tanık beyanları için getirilen bu hükümlerin, ses veya görüntü kaydı ihtiva eden deliller için de geçerli olması gerekir.¹⁸⁶

Devlet sırrı niteliğindeki bir bilgi açıklanmışsa artık sır olma özelliğini kaybeder delil yasakları bu bilgi yönünden ortadan kalkar.¹⁸⁷ Sır olma özelliğini kaybeden bir olguya ilişkin ses veya görüntü kayıtlarının, konusu itibariyle ispatı yasaklanmış delil kapsamında olmadığı kabulü gerekir.

Bir kimse, resmi makam veya sıfatı ya da meslek ve sanatının gereği olarak bir sır vakıf olabilir; açıklandığında zarara yol açabilecek olan bu sırrın ifşası kanun gereği suç teşkil edebilir.¹⁸⁸ Meslek sırrı nedeniyle kişilerin beyanda bulunmasına izin verilmediği durumlarda, meslek sırrı niteliğindeki olgunun ispata konu olması yasaklanmıştır. Ancak 5237 sayılı TCK’da meslek sırrının ifşası şeklinde genel bir suç düzenlemesine yer verilmemiştir.¹⁸⁹ Hatta CMK’da düzenlemeler dikkate alındığında, devlet sırları dahil, hiçbir olgunun mahkemeden gizli tutulması mümkün değildir. Ancak meslek sırrının açıklanmasının yasak olması ile meslek sırrı nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkının bulunmasının birbirinden farklı konular olduğunu söylemek gerekir.¹⁹⁰

Mesleki faaliyetleri düzenleyen özel kanunlarda, bir meslek mensubunun, görevi gereği elde ettiği sırrı açıklaması yasaklanmış olabilir.¹⁹¹ Açıklanması yasak olan bir olgunun ispat faaliyetine konu olması mümkün olmamalıdır.

Suçun aydınlatılmasında kamu yararı olduğu gibi ailenin veya aile bireylerinin mahremiyetlerinin korunmasında da kamu yararı vardır; hem deliller toplanırken hem de yargılama yapılırken aile değerlerine ve ailede yaşayan bireylerin saygınlığı korunmalıdır.¹⁹²

Kişilerin, gizli özel hayat alanına hiçbir şekilde müdahale edilemediğine göre, cinsel tercihlerin ve cinsel hayatın, konusu itibariyle ispatlanması yasaklanmış vakıalar olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle bir kişinin eşcinsel ya da iktidarsız olması hiçbir şekilde ispata konu yapılamamalıdır; zira bu olgular kişilerin, hiçbir kimsenin müdahale

¹⁸⁶ Alt sınırı beş yıldan az olan hakaret, tehdit veya kasten yaralama gibi suçlara ilişkin ses veya görüntü kayıtlarının, devlet sırrı teşkil ettiğinden bahisle mahkemeye gönderilmemesi ya da yargılamada delil olarak ikame edilmesinin yasaklanması evleviyetle mümkün değildir; zira kural devlet sırrının mahkemeye karşı gizli olmamasıdır. Bkz. Centel/Zafer s. 296. Basit suçlarda sanığa devlet sırrı kavramını tartışma olanağı tanıyıp ağır suçlarda bunun kısıtlanmasının ters bir mantığın ifadesi olduğu belirtilmektedir. Bkz. Centel/Zafer s. 296.

¹⁸⁷ Soyaslan (Hukuka Aykırı Deliller) s. 18; Özen/Özen s. 307: “Sırrın açıklanmış olması, o sırrın açıklanması durumunda korunmak istenen hukuki yararı ortadan kaldırmaktadır.”

¹⁸⁸ Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 1943, C. 1, S. 1, s. 41.

¹⁸⁹ Alman Ceza Kanunu’nun 203. maddesinde, belli mesleki unvanı olan kişilerin, mesleki faaliyet çerçevesinde edindikleri ve bir başkasına ait olan sırrı açıklamaları suç olarak düzenlenmiştir; kanun maddesi ve çevirisi için bkz. Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 277-281.

¹⁹⁰ Bkz. Erem s. 35-36

¹⁹¹ Meslek sırrının açıklanması, TCK’nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal kapsamında cezalandırılabilir.

¹⁹² Aydın s. 186.

edilemeyen, gizli hayat alanı içerisindedir. Aslında kişinin eşcinsel oluşu, muhakemede ispat edilmek istenen olayın bir parçası olabilir; ancak kişinin, özel hayatının gizli alanına saygı duyulmasını isteme hakkı, toplumun menfaatinden üstün olduğundan bu vakıanın aydınlatılmasının yasaklandığı kabul edilmelidir.¹⁹³

B. Görüntü ve Ses Kayıtlarının Yasak Araçlar Kullanılarak Elde Edilmemiş Olması

Kanun koyucu bazı koşullarda ispat faaliyetinde bazı delillerin araç olarak kullanılmasını yasaklamış olabilir. Bir kişinin kendini suçlayıcı beyanda bulunmama hakkının olduğu gibi belli bir yakınlık derecesi olan kişileri de suçlamama hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda tanıklıktan ve yeminden çekilme hakkı tanınmıştır. Tanıklıktan çekinme hakkı bulunan ve tanıklıktan çekinen kişi, beyanda bulunması için zorlanamaz. Hatta soruşturma aşamasında beyanda bulunmuş olsa bile, kovuşturma aşamasında tanıklıktan çekindiği durumlarda, önceki beyanı duruşmada okunamaz ve dolayısıyla önceki beyanları delil olarak kullanılamaz.¹⁹⁴ Tanıklıktan veya yeminden çekilme hakkı hatırlatılmadan alınan beyanların hukuka aykırı delil niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.¹⁹⁵ Özetle tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişilerin beyanlarının, belli koşullarda ispat faaliyetinde araç olarak kullanılması yasaklanmıştır.¹⁹⁶ Tanıklıktan çekinen kişinin önceki ifadelerini içeren ses veya görüntü kayıtlarının duruşmada dinlenmesi ya da gösterilmesi de hukuka aykırı olacaktır ve bu kayıtlar hükme esas alınmamalıdır.¹⁹⁷ Tanıklıktan çekinme ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmama hakkı bulunan bir tanığın beyanlarını içeren ses ve görüntü kayıtları; (CMK 135 kapsamı dışında elde edilen) ancak tanığın çekinmemesi ve rızasının bulunması halinde hukuka uygun delil olarak kabul edilebilir ve hükme esas alınabilir.¹⁹⁸

CMK 135. maddesi uyarınca iletişimin dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi için yürütülen soruşturmanın CMK’nın 135/8-a maddesinde

¹⁹³ Bununla birlikte sanığın rızası ile özel hayatın çekirdek alanının ispata konu olabileceği söylenebilir. Kimi cinsel saldırı ve istismar dosyalarında sanıklar, iktidarsız olduklarını gerekçe göstererek böyle bir eylemi gerçekleştirmelerinin mümkün olmadığını savunmaktadırlar. Bu durumda mahkemenin, sanığın iktidarsız olup olmadığı ve cinsel yönelimi konusunda, araştırma yapmasının yolu açılmaktadır. Yine bir erkeğin bir erkeği ya da bir kadının bir kadını istismar ettiği durumda sanığın cinsel yönelimini araştırmak gerekebilir. Mesela sanık üzerinde hormonal test yapılabilir. Ancak bu durumda da sanığın açık rızasının bulunması gerekir. Sanığın, kendi cinsel yöneliminin araştırılmasına rızası yoksa eşcinsel olup olmadığına ilişkin bir araştırma yapılmaması gerekir.

¹⁹⁴ CMK’nın 210. maddesinin 2. fıkrasına göre, *tanıklıktan çekinebilecek olan kişi, duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz.*

¹⁹⁵ Öztürk (Delil Yasakları) s. 40.

¹⁹⁶ 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 12. maddesine göre, *sürekli yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi, bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamaz.*

¹⁹⁷ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Saygılar/Alan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok s. 308.

¹⁹⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız (Ceza Muhakemesi) s. 689.

sayılan suçlardan biriyle ilgili olması gerekir.¹⁹⁹ Başka bir ifade ile cinsel taciz, tehdit ya da hürriyeti yoksun kılma gibi suçların soruşturması ve kovuşturmasında CMK'nın 135. maddesi uyarınca şüpheli ya da sanığın telefon konuşmaları yetkili makamlar tarafından dinlenemeyecek ve kayda alınamayacaktır. Kanunda belirtilen suçlar dışında, delil toplarken CMK'nın 135. maddesinde düzenlenen iletişimin denetlenmesi şeklindeki koruma tedbirinin, araç olarak kullanılması yasaklanmıştır.²⁰⁰ Bununla birlikte tehdit, şantaj gibi suçların açığa çıkarılmasında mağdurun vermiş olduğu rıza ile telefonların dinlenebileceği ve görüşmenin kayda alınabileceği; burada ses veya görüntü kaydının yapılmasındaki dayanak hükmün CMK 135. maddesi olmadığı; Cumhuriyet Savcısının CMK 160 ve 161'de yer alan genel soruşturma ve kanıt toplama yetkisi çerçevesinde görüşmenin dinlendiği ve kayda alındığı belirtilmektedir.²⁰¹

Şüpheli ya da sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki iletişim kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilir.²⁰² CMK'nın 45/1. maddesine göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler; *şüpheli ve sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile şüpheli ve sanığın eşi, şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy, şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, şüpheli veya sanık arasında evlatlık bağı bulunanlardır.* CMK'nın 46/1-a. maddesine göre, *avukatlar veya stajyerleri; hekimler,²⁰³ diş hekimleri eczacılar; ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanat mensupları; mali işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterler tanıklıktan çekinebilir.*²⁰⁴ Tanıklıktan çekilme hakkı bulunanlar arasındaki telefon görüşmelerinin ispat faaliyetinde araç olarak kullanılması yasaklanmıştır. Tanıklıktan çekilme hakkı bulunanlar, duruşmada tanıklıktan çekilmeyeceklerini bildirmiş ve telefon görüşmelerinin içeriğini doğrulamış olsalar bile taraflar arasındaki iletişimin

denetlenmesinden elde edilen kayıtlar delil olarak kullanılamaz; zira CMK'nın 135/3. maddesinde yer alan düzenleme emredici hüküm niteliğindedir ve istisna tanımamıştır. İletişimin denetlenmesi için getirilen bu kısıtlamanın CMK'nın 140. maddesinde şartları belirtilen teknik takip tedbiri için de geçerli olması gerekir.²⁰⁵ CMK'nın 140. maddesine dayanılarak ortam dinlemesi ya da görüntü kaydı yapıldığında; kayda alınan kişiler, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebileceği bir yakını ise elde edilen ses veya görüntü kaydı delil olarak yargılamada kullanılmamalıdır.

Kanundaki açık hüküm uyarınca, amca ile yeğen ya da avukat ile müvekkili arasında yapılan telefon görüşmelerinin kayda alınması yasaktır. Ancak yürütülen soruşturmada, her iki kişi de şüpheli ya da sanık sıfatı taşıyorsa; mesela avukat mesleğinden çok bir suç örgütünün üyesi olarak hareket ediyorsa ve ayrıca kendisi hakkında da iletişimin denetlenmesi şeklindeki tedbir kararı bulunuyorsa yapılan dinleme ve kaydın usulüne uygun ve elde edilen delilin de hukuka uygun olduğu kabul edilebilir.²⁰⁶

Tanıklıktan çekinme hakkı bulunan meslek mensupları sadece CMK'nın 46. maddesinde sayılanlarla sınırlı değildir; özel yasalarda sır saklamakla yükümlü tutulmuş olan meslek grupları da, tanıklıktan çekinme haklarını kullanılabilecektir.²⁰⁷ Örneğin 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 12. maddesine göre, *sürelî yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi, bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamaz.* Yukarıda yapılan açıklamalar özel yasalarda tanıklıktan çekinme hakkı tanınan meslek mensupları için de geçerlidir.

CMK'nın 138. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135. maddenin 8. fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandıracak bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınacak ve durum Cumhuriyet Savcılığına bildirilecektir. Örneğin kasten öldürme suçundan yürütülen soruşturma kapsamında yapılan telefon dinlemesinde, uyuşturucu ticareti yapıldığına ilişkin bilgiler elde edilirse bu delil, açılacak soruşturmada kullanılabilir. Bununla birlikte iletişimin denetlenmesi sırasında, kamu görevlisine hakaret suçunun işlendiğine tesadüf edilirse, bu kayıt muhafaza altına alınamayacak ve sırf bu kayıttan hareketle iddianame düzenlenemeyecektir.²⁰⁸

CMK'nın 140. maddesinde belirtilen teknik takip yönteminin kullanılarak ses veya görüntü kaydının yapılabilmesi için soruşturulan suçun kanunda belirtilen katalog suçlardan birine girmesi gerekmektedir.²⁰⁹ Kamu görevlisine hakaret ya da tehdit suçlarının soruşturulması veya kovuşturulması kapsamında CMK 140. maddesi uyarınca ses veya görüntü kaydı yapılamaz. Ayrıca hangi suç isnat edilirse edilsin şüpheli veya sanığın evinde teknik takip yapılması yani ses veya görüntü kaydı icrası yasaklanmıştır.²¹⁰ Bir

¹⁹⁹ Bununla birlikte iletişimin tespit edilmesi şeklindeki işlemin her suç için mümkün olabileceği belirtilmektedir. Bkz. Erdağ s. 38.

²⁰⁰ Bkz. CMK madde 135/9: “CMK'nın 135. maddesinde gösterilen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz.”

²⁰¹ Feridun Yenisey/Sinan Altunç, “İletişimin Denetlenmesi Hakkında”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C. II, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Yayını, Ankara 2008, s. 1318. Gizli bilgi veren muhbirlerin konuşmalarının dinlenmesi ve kayda alınmasında muhbirin rıza göstermesinin elde edilen kayıtların hukuka uygunluğunu sağlayabileceği belirtilmektedir. Bkz. Yenisey/Altunç s. 1305.

²⁰² Bkz. CMK madde 135/3.

²⁰³ Kişiler hastalıklarını gizleme hakkına sahiptirler. Kişi ile doktoru arasındaki konuşmaların CMK 135 ya da CMK 140 maddesi kapsamında kayda alınması ve bu kayıtların hukuka uygun delil olarak kabul edilmesi halinde kişilerin doktora gitmeme gibi bir eğilim göstermeleri kaçınılmazdır ve ayrıca doktorların mesleki etik gereği hastalarının rahatsızlıklarını ve rahatsızlıklarının hangi aşamada olduğunu sır olarak saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bkz. Taneri/Kamışlı s. 733.

²⁰⁴ Ayrıca CMK'nın 136. maddesinde özel bir hükme yer verilerek avukatlarla müvekkilleri arasında iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması yasaklanmıştır. Ancak bu meslek mensupları, sadece görevi gereği elde ettikleri bilgiler yönünden tanıklıktan çekinme hakkına sahip olduklarına göre hizmet ilişkisi kapsamında olmayan ve başka bir suçun işlenmesini ihtiva eden görüşmelerin dinlenmesi ve kayda alınması hukuka aykırı olmayabilir.

²⁰⁵ Turinay s. 432.

²⁰⁶ Erdağ s. 40.

²⁰⁷ Centel/Zafer s. 292.

²⁰⁸ Erdağ s. 43.

²⁰⁹ Bkz. CMK'nın 140. maddesinin 1. fıkrasının a, b, c ve d bendlerinden belirtilen suçlar.

²¹⁰ Bkz. CMK'nın 140. maddesinin 5. fıkrası: “Bu madde hükümleri, kişinin konutunda uygulanamaz.”

cinayet soruşturması kapsamında olsa bile CMK'nın 140. maddesine dayanılarak kişinin konutunda ses veya görüntü kaydı yapmak mümkün değildir. Kişinin konutunda, delil toplamada kullanılan teknik takip şeklindeki koruma tedbirinin, araç olarak kullanılması yasaklanmıştır; konutta teknik takip yapıldığının anlaşılması durumunda yapılan bu usulsüz fiil özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturacaktır.²¹¹

CMK'nın 140. maddesinde belirtilen usuller izlenerek alınan bir mahkeme kararı olmadan kolluğun çıplak gözle takip yapabileceği belirtilmektedir.²¹² Ancak çıplak gözle yapılan takip sırasında ses veya görüntü kaydı da yapılıyorsa, bu kayıtların hukuka uygun delil olarak kabul edilebilmesi için mahkeme kararına ihtiyaç vardır. Çıplak gözle bile olsa kişilerin konutunun gözlenemeyeceğini kabul etmek gerekir.²¹³

CMK 140. maddesi uyarınca teknik takip kapsamında ses veya görüntü kaydı yapılırken, soruşturulan suç dışından başka bir suçun işlendiğine rastgelindiğinde, elde edilen ses veya görüntü kaydının hukuka aykırı delil vasfını taşıyacağı; zira iletişimin denetlenmesi sırasında tesadüf edilen suçlar için uygulanan CMK'nın 138. maddesinin, teknik takip tedbirini kapsamadığı ifade edilmektedir.²¹⁴ Ortada açık bir yasa hükmü bulunmadığından, ister teknik takip tedbirinin uygulanmasının mümkün kılındığı suçlara ilişkin olsun, isterse bu kapsamda yer almayan diğer suçlara ilişkin olsun teknik takip sırasında tesadüf edilen suçlara ilişkin delillerin hiçbir muhafaza altına alınamaz ve soruşturma için kullanılamaz; bu delillerin derhal yok edilmesi gerekir.²¹⁵

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesinde gizli soruşturmacı düzenlemesine yer verilmiştir. Gizli soruşturmacılar, suç örgütlerinin açığa çıkarılmasında ya da uyuşturucu maddeticaretisuçukapsamındayürütülen soruşturmalardakullanılabilmektedirler. CMK'nın 139/7. maddesinde belirtilen suçların dışında gizli soruşturmacı kullanılamaz; mesela bir tehdit suçunun açığa çıkarılması kapsamında gizli soruşturmacı görevlendirilemez ve bu yönüyle belli suçlar haricinde gizli soruşturmacı kullanılması delil aracı yasaklarındadır.²¹⁶

C. Görüntü veya Ses Kayıtlarının Yasak Yöntemlerle Elde Edilmemiş Olması

Suç teşkil eden yöntemlerin yanı sıra CMK'da belirtilen usullere uygun olarak elde edilmeyen ses veya görüntü kayıtları da delil olarak kullanılmaz. Delil elde etmede kullanılan yasak yöntemler aynı zamanda elde edilen delilin muhakemede kullanılamamasını ve hükme esas alınamamasını sonuçlar.²¹⁷ Başka bir ifade ile yasak yöntemlerle elde edilen deliller, dosya içerisine girmiş olsa bile, delil olarak değerlendirmeye alınması yasaklanmıştır.²¹⁸ Nitekim CMK'nın 217. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hükme göre, *yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*

Herhangi bir arama kararı bulunmadan²¹⁹ ya da iletişimin tespiti veya teknik takip kararı olmadan kolluk tarafından elde edilen ses veya görüntü kayıtları yasak yöntemlerle elde edilmiş delil vasfındadır ve yargılamada kullanılamaz. Yine ses veya görüntülerin montajlanması delil elde etme yasağı kapsamındadır.²²⁰ Uyuşturucu madde ticareti suçunun açığa çıkarılmasında kullanılan gizli soruşturmacının ses veya görüntü kaydı yapabilmesi için CMK'nın 140. maddede belirtilen usullerle mahkemeden alınan teknik takip kararının bulunması gerekmektedir. Gizli soruşturmacı kendiliğinden ses veya görüntü kaydı yaparak delil toplayamaz.²²¹ Yargıtay uygulamasında, teknik takip kararı olmadan, gizli soruşturmacı tarafından yapılan ve uyuşturucu madde alışveriş anını gösteren ses veya görüntü kayıtları hukuka aykırı delil olarak kabul edilmektedir.²²²

CMK 116. madde uyarınca arama kararının verilebilmesi için suç delillerinin elde edileceği hususunda *“makul şüphe”*nin bulunması, CMK 135 maddesi kapsamında iletişimin denetlenmesi ve CMK 140 maddesi kapsamında teknik takip kararı verilebilmesi için, *“suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan”*²²³ kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil edilmesi imkanının bulunmaması” gerekir. Kanunda belirtilen şartlar oluşmadan alınan koruma tedbiri kararları, ilgili kararların yerine getirilmesi ile elde edilen delilleri, mesela ses veya görüntü kayıtlarını, hukuka aykırı delil olarak nitelendirilmesine yol açabilir.

Bir kişinin haberleşmede kurduğu vasıtaya cihaz yerleştirerek ya da başka bir

²¹¹ Aydın s. 126. Bununla birlikte kişinin konutunda yapmış olduğu telefon görüşmelerinin CMK'nın 135. maddesi kapsamında dışarıdan dinlenmesi ve kayda alınması mümkündür.

²¹² Meltem Dündar, *İngiliz ve Türk Ceza Muhakemesi Hukuklarında Hukuka Aykırı Deliller*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s. 446.

²¹³ Bununla birlikte suç izlerini tespit amacıyla fotoğraflama yapmanın teknik takip kapsamı dışında olduğu belirtilmektedir. Bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 1438.

²¹⁴ Dündar s. 541.

²¹⁵ Turinay s. 448-449: *“Kıyas yoluyla temel hak ve özgürlükler kısıtlanmamalıdır.”*

²¹⁶ Öztürk (Delil Yasakları) s. 40. Ayrıca bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 30.06.2015 tarih ve 2015/229 Esas 2015/260 Karar.

²¹⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız (Ceza Muhakemesi) s. 690.

²¹⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Saygılar/Alan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok s. 402.

²¹⁹ Amerikan hukukunda herhangi bir arama kararı olmasa da, kişinin hür iradesiyle vermiş olduğu, rızasına dayalı aramalarda elde edilen delillerin hukuka uygun olarak kabul edildiği belirtilmektedir. Bkz. Köse s. 171. Türk hukukunda aranan kişinin aramaya rıza göstermesinin fiili hukuka uygun hale getirmeyeceği savunulmaktadır. Bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 1433-1434; Paftalı s. 130: *“Rızaya dayalı aramaya dayanak oluşturan kanuni bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle hakka yönelik müdahalenin kanuni bir dayanağı yoktur. Kanunilik ölçütünü karşılamayan bir müdahale hukuka uygun kabul edilemez.”*

²²⁰ Gökçen/Çakır s. 2934.

²²¹ Açıklan s. 231-232.

²²² Bkz. Yargıtay 10. Ceza Dairesi 15.09.2020 tarih ve 2020/6502 Esas 2020/3467 Karar; Yargıtay 20. Ceza Dairesi 10.03.2020 tarih ve 2018/2745 Esas 2020/1730 Karar.

²²³ Teknik takip kararı verilebilmesi için somut delillerin varlığı arandığından, teknik takip tedbirinin ilk kez delil elde etmek için değil, ancak mevcut somut delillerin yanı sıra ilave delil elde etmek için kullanılabilecek bir araç olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Turinay s. 417.

teknik vasıta ile ses veya görüntü kaydı yapılması için CMK 135 kapsamında alınan iletişimin denetlenmesi kararı yeterli değildir; bu gibi hallerde CMK'nın 140. maddesinde belirtilen usullere uyularak verilen teknik takip kararı bulunmalıdır.²²⁴ Aksi durumda elde edilen kayıt hukuka aykırı delil vasfında olacaktır.

Günümüzde teknolojinin sağladığı imkanlarla beraber, fiziksel müdahalede bulunmadan; mesela arama ve elkoyma işlemi gerçekleştirilmeden, özel hayata dair bilgilerin elde edilmesi mümkün hale gelmiştir.²²⁵ Günümüzde, internete bağlı bilgisayar ya da telefonda kayıtlı bulunan ses veya görüntü kayıtlarının, uzaktan müdahale ile ele geçirilmesi, kolaylıkla yapılabilmektedir. “*Hacking*” (Bilgisayar Korsanlığı) sadece bireylerin değil, delil toplayan kamu otoritelerinin de başvurduğu bir yöntemdir. Ancak Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlemeler dikkate alındığında, mahkeme kararı olsa bile, hacking yöntemi ile elde edilen delillerin, hukuka uygun delil olması mümkün değildir. Zira CMK'nın 134. maddesinde; “*bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*” biçiminde özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine el koyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır (Bkz. CMK madde 134/3). Yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır. (Bkz. CMK madde 134/4). Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer verilen bu özel düzenlemeye göre, yedek çıkarma ve bu yedeğin bir kopyasının şüpheli ya da vekiline verilmesi zorunlu kılındığından mahkeme kararıyla olsa bile hacking yöntemi ile elde edilen ses veya görüntü kayıtları hukuka uygun delil olarak kabul edilmesi mümkün değildir.²²⁶ Zira ceza muhakemesinde bir delilin nasıl elde edileceği kanunda açıkça düzenlenmiş olmalıdır;²²⁷ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, “hacking” yöntemi ile delil toplanmasını içeren bir koruma tedbiri yer almamaktadır. Bu yöntemle elde edilen delillerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100b maddesindeki gibi bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.²²⁸

Ses veya görüntü kayıtları, doğrudan bir suçun işlendiğini gösterebileceği gibi bir suçun işlendiğine kanıt olmak üzere kişilerin sesli beyan ya da görüntülerini içerebilir. Örneğin bir kişiye hakaret edildiği sırada telefondaki görüşmenin kayda alınması ve delil olarak bu kaydın sunulması halinde doğrudan suçun varlığını gösteren bir ses kaydından söz edilebilir. Diğer bir durum, suç işlendikten sonra, suçu işlediğine ilişkin failin ikrarını içeren

ses veya görüntü kayıtlarının soruşturma veya kovuşturma makamlarına sunulmasıdır. Failin suçu işlediğine ilişkin ikrarını içeren ses kaydı, hukuka uygun bir yöntemle elde edilmişse, önemli bir delildir.

Bir suçun işlendiğine dair ikrar içeren her ses ve görüntü kaydının mutlak surette hükme esas alınabileceği gibi bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Normal şartlarda failin ikrarını, yani suçu işlediğini kabul eden beyanını esas alarak hüküm kurulabilmesi için öncelikle ifadeyi alan kolluk görevlisi, savcı ya da hakim tarafından susma hakkının hatırlatılması gerekir.²²⁹ Çağdaş hukuk sistemlerinde susma hakkı hatırlatılmadan alınan beyanların, delil olarak kullanılamayacağı kabul edilmektedir.²³⁰ Aynı kuralın bir suç ikrarını içeren ses ve görüntü kayıtları için de geçerli olduğu kabul edilebilir. Suçun işlenmesinin hemen ardından polisin yaptığı mülakatta fail suçunu itiraf etmiş olabilir ve bu itiraf polisin üzerinde bulunan yaka kamerası ile kayıt altına alınmış olabilir. Bu kaydın hükme esas alınabilmesi için yakalamayı yapan polisin faile haklarını ve özellikle de susma hakkına sahip olduğunu hatırlatması gerekir.²³¹ Kişiye hakları hatırlatılmadan alınan ve mahkeme huzurunda reddedilen bir ifadeye ait ses veya görüntü kayıtlarının de delil değerlendirme yasağına girdiğini kabul etmek gerekir.²³² Fail, savcılık ve mahkeme aşamasında susma hakkını kullanmış ise polis tarafından yapılan kayıt delil olarak kullanılamaz ve hatta failin

²²⁹ Susma hakkı hatırlatılmadan alınan beyanda, failin suçunu ikrar etmiş olması, mutlak surette cezalandırılacağı sonucunu doğurmaz. İfade alınırken sadece susma hakkının değil, avukat yardımından istifade, hangi suçun isnat edildiğine ilişkin aydınlatma ve diğer savunma haklarını hatırlatılması gerektiği; aksi durumda elde edilen beyanın hukuka aykırı delil vasfında olacağı belirtilmektedir. Bkz. Bahri Öztürk, “CMUK Reformu ve Delil Yasakları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Konya 1994, C. 4, S. 1-2, s. 41.

²³⁰ Amerikan Yüksek Mahkemesinin, 13.06.1966 tarih ve 384 U.S. 436 (1966) sayılı *Miranda v. Arizona* kararı, hukuk sistemlerinde “*Miranda*” kuralının oluşmasına vesile olmuştur. Bkz. Metin Köse, “Amerikan Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı Delillerin Dışlanması”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2019, C. 9, S. 1, s. 174. *Miranda* kuralı, şüpheliye susma hakkını da içeren hakları hatırlatılmadan elde edilen ikrarı değerlendirme dışı bırakır. Esasında kişi, ilk yakalandığında ve gözaltına alındığında üzerinde bir baskı oluşur. Kişinin üzerindeki baskıyı azaltmak için hem susma hakkı hem de bir müdafiden yararlanma hakkı tanınmıştır. Bu yüzden şüpheliye bu hakları hatırlatılmadan alınan beyanın, hukuka uygun bir delil olarak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir. Bkz. Köse s. 175.

²³¹ Özbek/Doğan/Bacaksız (Ceza Muhakemesi) s. 689.

²³² Henüz kimin şüpheli olduğunun bilinmediği bir durumda, kolluğa, hak hatırlatma fırsatı tanınmadan yapılan ani açıklamaların veya bilgi toplama esnasında elde edilen cevabi bilgilerin ifade olarak sayılmayacağı ve bu durumda ifade almaya özgü kuralların uyulmasına gerek olmadığı; ifade alma usulüne uyulmamış olmasına rağmen kişilerin beyanlarının değerlendirmeye alınabileceği belirtilmektedir. Bkz. Centel/Zafer s. 261. Kolluk görevlileri bir suça ilişkin bilgi toplarken ya da kimin şüpheli olduğunun bilinmediği bir durumda ani bir itirafa karşılaştığı sırada ses veya görüntü kaydı yapıyorsa; hak hatırlatılmadı diye bu delilin dışlanması söz konusu olmayabilir. Ancak Yargıtay'ın, kurmaca alıcı rolünde, uyuşturucu madde satın alan gizli soruşturmacı tarafından kayda alınan videonun delil olarak kullanılabilmesi için teknik takip kararının bulunması gerektiğine hükmetmektedir.

²²⁴ Murat Önok, “Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, İletişim Özgürlüğüne Müdahale, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2009, s. 54; Turinay s. 415

²²⁵ Paftalı s. 59.

²²⁶ Aynı yönde görüş için bkz. Sevim Sena Taşkaya, “Dijital Deliller ve Türk Hukukunda Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma”, *Ceza Muhakemesinde Delil*, Editör: Pınar Memiş Kartal, Der Yayınları, İstanbul 2020, s. 151.

²²⁷ Aydın s. 175.

²²⁸ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, 100b maddesine göre; ilgilinin bilgisi olmadan da, belli koşulların varlığı halinde, etkilenen kişilerin kullandığı bilişim teknolojisi sistemine müdahale edilerek bundan veriler elde edilebilir (online arama). Bu tedbirin uygulanması sıkı koşullara bağlanmıştır ve bu tedbir ancak belli suçların soruşturmasında kullanılabilir. Kanun maddesi ve çevirisi için bkz. Yenisey/Oktar/Oktar s. 113-119.

susma hakkını kullanmış olması suçu işlediği şeklinde yorumlanamaz.²³³ Türk Hukukunda, şüpheliye haklarını hatırlatma yükümlülüğü, şüphelinin yakalandığı andan itibaren başlamaktadır;²³⁴ kollukta, savcılıkta ya da mahkemede beyan alınırken her aşamada susma hakkı ayrı ayrı hatırlatılması gerekir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından verilen bir kararda; kollukta ifade vermeyeceğini açıkça belirten ve susma hakkını kullanan sanıkla, sohbet havasında yapılan konuşmanın, habersiz olarak videoya kaydedilmesi olayında, video kasetinin kanıt olarak hükme esas alınamayacağına hükmedilmiştir.²³⁵

Hiç kimse kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaz. Bu hak sadece beyanda bulunmakla sınırlı olmayıp aleyhine kullanılabilecek maddi nitelikteki delilleri gösterip teslim etmeye zorlanmamayı da içermektedir.²³⁶ Bu durumda suçun işlediğine ilişkin ses veya görüntü kaydı bizzat sanığın elindeyse bu kayıtları soruşturma ya da kovuşturma makamlarına vermesi için zorlanamaz; ancak mahkeme kararı ile kişinin üzerinde ya da konutunda arama yapılarak ses veya görüntü kaydı ele geçirilebilir ve ele geçen bu ses veya görüntü kayıtlarının hukuka uygun delil vasfında olduğunun kabulü gerekir.

Soruşturma aşamasında, şüphelinin beyanı alınırken, CMK'da yer verilen açık hüküm uyarınca ses veya görüntü kaydı yapılabilir.²³⁷ Yukarıda da ifade edildiği gibi, yapılan kayıttaki beyanların hukuka uygun delil olarak kabul edilmesi için şüpheliye haklarının hatırlatılması gerekir. Bu haklardan biri de şüphelinin bir müdafiyeye danışabilmesi ve yardım isteyebilmesidir.²³⁸ Soruşturma aşamasında müdafî hazır bulunmaksızın alınan ve aynı zamanda ses ve görüntü kaydı yapılan ifadenin kovuşturma aşamasında reddedilmesi, delil olarak kullanılmasını engelleyebilir. Zira CMK'nın 148/4. maddesine göre, *müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz.*

Kovuşturma aşamasında sanığın, usulsüz yapılan ses veya görüntü kaydında yer alan olguları reddetmeyip kabul etmesi, ilgili kaydı hukuka uygun kılabilir. Örneğin yasal hakları hatırlatılmadan alınan ses veya görüntü kaydında suçunu itiraf eden fail, aynı beyanları mahkemede tekrarlamış ve ses ya da görüntü kaydındaki ifadeleri reddetmeyip kabul etmişse, ilgili kayıt delil olarak kullanılabilecektir. Bununla birlikte ilgili ses veya

görüntü kaydında, beyanda bulunan kişi, işkence gördüğü için itirafta bulunmuşsa, mahkemede de özgür iradesiyle suçu işlediğini ikrar edip ses veya görüntü kaydındaki beyanlarını doğrulamış olsa bile, ilgili kayıt hukuk uygun delil vasfını kazanmaz (Bkz. CMK 148/3. madde).²³⁹ Nitekim CMK'nın 148. maddesinin 1. fıkrasında, şüphelinin ve sanığın beyanının özgür iradeye dayanması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Özgür iradeyi engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma ve kanuna aykırı bir vaatte bulunma gibi yöntemlerle elde edilen beyanlar hukuka aykırı delil niteliğindedir.²⁴⁰ Bu hüküm sadece delil toplayan devlet görevlilerini değil, ses veya görüntü kaydı yapıp delil olarak sunan özel kişileri de bağlar.²⁴¹ Ceza Muhakemesindeki delil elde yöntemine ilişkin devlet görevlilerini kısıtlayan yasaklar özel kişiler için evleviyetle geçerlidir.²⁴² Örneğin bir kişinin dövülerek ya da tehdit edilerek suç ikrar etmesinin sağlanması ve ikrar beyanının kayda alınması durumunda, ilgili ses veya görüntü kaydı hukuka uygun delil olarak kabul edilemez.²⁴³ Aynı şekilde suçun işlendiğine tanık olan kişinin, hile yoluyla ya da iradesini fesada uğratan bir yöntemle alınan beyanını içeren ses veya görüntü kaydı da hukuka uygun bir delil olarak kabul edilemez.²⁴⁴

Doğrudan kişiye yönelen bir şiddet olmayabilir. Kişinin yakınına zarar verilebilir ya da işkence edilebilir. Bu şekilde elde edilen beyanların da hukuka aykırı olduğu söylenebilir ve hükme esas alınmamalıdır.²⁴⁵

Ses veya görüntü kaydı yapılan kişi, beyanda bulunurken alkol ya da uyuşturucu madde etkisinde olabilir.²⁴⁶ Kişinin iradesi bir başkası tarafından fesada uğratılmamış olsa bile, beyanda bulunurken alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olması, ilgili ses veya görüntü kaydının delil olarak değerlendirilmesinde ve güvenilirliğinin tespitinde göz önünde bulundurulabilir.

²³⁹ CMK'nın 148. maddesinin 3. fıkrasına göre; *yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.* Ayrıca bkz. Yenisey/Altunç s. 1313.

²⁴⁰ CMK'nın 148. maddesinde sayılan yasak ifade alma ve sorgu yöntemleri sınırlı sayıda değildir. Nitekim Türk Hukukunda ifade alırken ya da sorgu yapılırken poligraf, yalan dedektörü, heyecan göstergesi, yalan makinası gibi aletlerin kullanılmasının yasak sorgu yöntemi kapsamında olduğu belirtilmektedir. Bkz. Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır s. 292; ifade alınırken bu cihazların kullanılmasının yasaya aykırı olmadığı yönündeki görüş için bkz. Centel/Zafer s. 277.

²⁴¹ Özen/Özen s. 316.

²⁴² Gökçen/Çakır s. 2938; Özbek/Doğan/Bacaksız (Ceza Muhakemesi) s. 691-693.

²⁴³ Farklı görüş için bkz. Centel/Zafer s. 274: Centel/Zafer'e göre, yasak ifade yöntemleri, resmi sıfatı bulunmayan, ancak suçu açığalttırmaya çalışan kişiler için uygulama alanı bulmaz. Mağdurun kardeşinin şüpheliyi döverek suçunu ikrar ettirmesinde olduğu gibi. Böyle bir durumda kardeş, sanığın ikrarına tanıklık yapabilecek ve hakim tanıklığı güvenilir bulursa, hükme esas alabilecektir; meğer ki, işkence gibi vasıtalarla insani değerler ihlal edilmiş olsun.

²⁴⁴ Bkz. Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır s. 302. İfade ve sorguda yasak yöntemleri düzenleyen CMK'nın 148. maddesi, tanıklar için de kıyasen uygulanır. Bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Saygılar/Alan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok s. 320.

²⁴⁵ Özen/Özen s. 317.

²⁴⁶ Kişinin alkol veya uyuşturucu madde bağımlısı olması durumunda, iradi davranabilme olanağına kavuşmasına kadar sorgusunun yapılmaması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Özen/Özen s. 319.

²³³ Özbek/Doğan/Bacaksız (Ceza Muhakemesi) s. 683.

²³⁴ CMK'nın 90. maddesinin 4. fıkrasına göre, *kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir.*

²³⁵ Bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 16.02.2004 tarih ve 2003/3819 Esas 2004/299 Karar; kararı aktaran Çınar s. 52. Kaldı ki kolluğun sohbet havası yaratarak yani şüpheli ile dostluk geliştirerek açıklamada bulunmasını sağlamanın yasak ifade yöntemi olduğu; zira bu gibi hallerde kendiliğinden yapılan bir açıklamadan söz edilemeyeceği belirtilmektedir. Centel/Zafer s. 261.

²³⁶ Aydın s. 182.

²³⁷ CMK'nın 147. maddesinin 1. fıkrasının h bendinde; *"ifade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkanlardan yararlanılır"* hükmü yer almaktadır.

²³⁸ Sadece bir müdafinin yardımından yararlanabileceğinin hatırlatılmaması değil, müdafî sağlanmasına engel olduğu hallerde de alınan beyanın hukuka aykırı nitelik taşıyacağı belirtilmektedir. Bkz. Roxin s. 278-279.

Kişi, hileyle ya da tahrik edilip konuşturularak, kendi aleyhinde olabilecek şekilde, beyanda bulunmaya sevk edilmiş olabilir. Ses veya görüntü kaydındaki beyanın, hileli yollarla elde edilmesi halinde, hükme esas alınamayacağı söylenebilir.²⁴⁷ Örneğin kolluk gücü tarafından ayarlanan kişi, suç işlediğinden şüphelenilen kişi ile görüşürülebilir ve bu görüşme kayda alınabilir. Bu görüşmede kişi, suçunu ikrar etmiş olsa bile; bu ikrar, hileli yoldan elde edildiğinden hukuka aykırı delil vasfındadır.²⁴⁸

Karşılıklı konuşan kişilerden birinin, ses veya görüntü kaydı yapması, TCK'nın 132 ve 133. maddelerinde belirtilen suçları oluşturmaz. Bununla birlikte bir eylemin suç teşkil etmemesi, mutlak surette hukuka uygun olduğu sonucunu doğurmaz. Yüksek Mahkeme, yapılan ses veya görüntü kaydının hukuka uygun kabul edilebilmesi için belli koşulların varlığını aramaktadır: Bir suçu ispatlamak için yapılan ses veya görüntü kaydının hukuka uygun bir delil olarak kabul edilmesi için kayıt yapan kişi yönünden bir daha delil elde etme imkanının olmaması gerekir; ayrıca yetkili makamlara başvurunun mümkün olmaması ve yalnızca ani gelişen hallerde bu yola başvurulmuş olması gerekmektedir.²⁴⁹ Kurgulanmış bir senaryo kapsamında ya da planlı ve tuzağa düşürücü hareketlerle karşı tarafı tahrik edip kayıt yapılması halinde elde edilen kaydın hukuka uygun delil olarak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir.²⁵⁰ Kendi lehine delil yaratmak için gerçekleştirilen planlı ses ve görüntü kaydının yasak yöntemle delil elde etme kapsamında olduğunu söylemek mümkündür.²⁵¹

CMK'nın 81. maddesine göre; *üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın, kimliğinin tespiti için gerekli olması halinde Cumhuriyet savcısının emriyle fotoğrafı çekilebilir ya da ses ve görüntü kaydı yapılabilir.* İsnat edilen suçun gerektirdiği cezanın üstü haddinin iki yıldan az olduğunun anlaşılması durumunda şüpheli ve sanıktan elde edilen fotoğraf ya da ses ve görüntü kaydının yasak delil kapsamında kabul edilmesi gerekir.

Kişiler kendi fotoğraflarını, ses veya görüntü kayıtlarını sosyal medya platformları üzerinden paylaşabilmektedir. Paylaştıkları bu veriler, bir suç soruşturması kapsamında delil vasfı taşıyabilir. Herkese erişimine açık bir sosyal medya platformun üzerinden ses veya görüntü kaydının paylaşılması durumunda, paylaşılan bu verinin bir soruşturma kapsamında delil olarak kullanılması hukuka uygundur.²⁵² Amerikan Yüksek Mahkemesi, vermiş olduğu bir kararda, kapıya konan çöpün aranmasını, mahkeme kararı gerektiren arama işlemi olarak nitelendirmemiştir; zira mahkemeye göre, toplanması için kapının

²⁴⁷ Bkz. Centel/Zafer s. 276: “konuşmayan şüphelinin hücre sine, suç dolayısıyla yakalanmış gibi bir görevlinin sokulması ve onun şüpheliyle dostluk kurarak suçunu ikrar etmesini sağlaması, yasak ifade ve sorgulama yöntemlerinden biri olan aldatmadır.”

²⁴⁸ Bkz. Roxin s. 280.

²⁴⁹ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 21.05.2013 tarih ve 2012/5 Esas 2013/248 Karar; kararı aktaran Çalışkan s. 16.

²⁵⁰ Bkz. Yargıtay 4. Ceza Dairesi 26.02.2019 tarih ve 2017/1973 Esas 2019/3037 Karar, kararı aktaran Çalışkan s. 19; ayrıca bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 21.05.2013 tarih ve 2012/5 Esas 2013/248 Karar, kararı aktaran Çalışkan s. 16.

²⁵¹ Centel/Zafer s. 838-839.

²⁵² Kişinin, hiçbir hakkının veya özel yaşamının ihlal edilmediği durumlarda, elde edilen delilin hukuka aykırı olduğundan bahisle dışlanamayacağı belirtilmektedir. Bkz. Köse 170.

önüne bırakılan çöpte özel hayatın gizliliği beklentisi yoktur.²⁵³ Herkese açık bir sosyal medya platformunda ses veya görüntü kaydı paylaşan kişinin de özel hayatının gizliliğine ilişkin bir beklentisinin bulunmadığı söylenebilir. Ancak paylaşılan ses veya görüntü kaydının başkaları tarafından öğrenilmesine rıza göstermek, peşinen bu ses veya görüntü kaydının her ortamda ifşa edilebileceğine rıza gösterme anlamına gelmez.²⁵⁴

Cinsel istismar, cinsel saldırı, tehdit, hakaret veya şantaj gibi suçlarda, telefonda yer alan ses veya görüntü kayıtları önemli delil olarak kabul edilmektedir. Telefon veya bilgisayar mağdura ait ise, mağdurun rızasıyla, suç teşkil eden ses veya görüntü kayıtlarının bir kopyasının alınıp tutanağa bağlanması mümkün olabilmektedir. Bununla birlikte telefon²⁵⁵ veya bilgisayar, şüpheli ya da sanığa ait ise, içindeki ses veya görüntü kayıtlarının delil olarak kullanılabilmesi için usulüne uygun olarak mahkemeden alınmış arama ve el koyma kararının bulunması gerekir. Aksi durumda şüpheli ya da sanığın bilgisayar veya telefonundan elde edilen ses veya görüntü kaydının yasak yöntemle elde edilmiş olduğunun kabulü gerekir.²⁵⁶ Bununla birlikte telefonun içeriğine yönelik aramalarda ayırım yapılması gerektiği; telefon konuşması kayıtları ile mesajlaşma kayıtlarının incelenmesinde CMK 119-123 maddelerinde belirtildiği şekliyle klasik arama kararının yeterli olduğu, fakat telefonun bilgisayar özelliğine ilişkin bir inceleme yapılacaksa CMK 134. maddedeki usulün izlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.²⁵⁷ Yakalama ve gözaltı sonrası bir telefonun içeriğinin incelenmesinde önce arama kararının alınması; telefonun bilgisayar özelliği ile ilgili olması nedeniyle e-mail kayıtları ile arama motorundaki kayıtlar incelenmek isteniyorsa tıpkı bilgisayar için geçerli olduğu gibi CMK'nın 134/3. ve 4. fıkralarındaki usulün uygulanması gerekir. Ancak uygulamada CMK'nın 134/2. maddesindeki istisnai hüküm işletilerek ele geçen telefonlara genellikle el koyulmaktadır.²⁵⁸

Bir suç kapsamında arama kararı verilebilir ve arama yapılırken başka bir suça ilişkin ses veya görüntü kaydına ulaşılabilir. Örneğin uyuşturucu madde bulunduğu şüphesi ile girilen evde, kişilere karşı gerçekleştirilen şantaj suçunda kullanılan ses veya görüntü kayıtlarına ulaşılabilir. CMK'nın 138. maddesine göre; *arama veya elkoyma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil*

²⁵³ Kararın aktarımı ve içeriğinin çevirisi için bkz. Köse s. 171.

²⁵⁴ Bkz. Zafer s. 200: “Kişinin, sesinin ve görüntüsünün kaydına izin vermesi, herhalde bu kayıtların ifşasına da izin verdiği anlamına gelmez.”

²⁵⁵ Telefonun içeriğine yönelik aramalarda hangi usulün uygulanacağına kanunda açıkça yer verilmemiştir. CMK'nın 134/1. maddesinde yer verilen bilgisayar kütükleri teriminden, sabit ya da taşınabilir her türlü veri depolama aracının anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Taşkaya s. 145.

²⁵⁶ Taşkaya s. 148.

²⁵⁷ Tezcan/Gezer/Saygılar Kırıt/Altınok Çalışkan/Alan/Özaydın/Erden Tütüncü/Güzel/Köker/Altınok Villemin/Tok s. 136.

²⁵⁸ CMK'nın 134. maddesinin 2. fıkrasına göre; Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülmemesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşamaması ya da işlemin uzun sürecek olması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir.

muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına bildirilir.

Teknolojinin gelişmesi ile beraber havadan gözlem yapabilen araçlarla kolaylıkla ses veya görüntü kaydı yapılabilir. Uyuşturucu madde yapımından kullanılan hint keneviri yetiştirildiği düşünülen bir arazi üzerinde, havadan gözlem yapılmasının ve bu gözlem sonucu elde edilen görüntü kaydının, hukuka uygun olduğunun kabulü gerekir ve böyle durumlarda CMK 140. maddesi uyarınca mahkemeden teknik takip kararı alınmasına gerek yoktur.²⁵⁹ Ancak görüntü kaydı yapılan yer konutun içiyse ya da konutun eklentisi sayılabilecek bir alan ise mahkeme kararına ihtiyaç bulunmaktadır. Hatta teknik takip kararı olsa bile elde edilen ses veya görüntü kaydı hukuka uygun delil olarak kabul edilmeyebilir; zira konut içerisinde teknik takip yapılması kesin olarak yasaklanmıştır.

Çekirdek özel hayat olarak da adlandırılan özel hayatın alanı, belli koşullarda diğer aile bireylerine dahi kapalıdır; mesela kişinin cinsel faaliyetleri ya da cinsel tercihleri gibi.²⁶⁰ Bu alana hiç kimse müdahale edemez.²⁶¹ Bu nedenle kişinin cinsel veya duygusal hayatını yansıtan ya da çıplak olarak gösteren ses veya görüntü kayıtlarının, hiçbir şekilde mahkemede delil olarak ikame edilmeyeceği söylenebilir.²⁶² Delil toplarken çekirdek özel hayata (özel hayatın gizli alanına) müdahale edildiği anlaşılırsa elde edilen delil değerlendirmeye alınmayacak ve hatta ortaya konulması reddedilecektir.²⁶³ Özel hayatın gizli alanına yönelik bir gözetleme faaliyetinde, cinsel saldırı ya da cinsel istismar gibi bir suça rastlansa bile kamusal menfaati öne çıkararak elde edilen ses veya görüntü kaydının hukuka uygunluğundan bahsedilemeyecektir.²⁶⁴

Hukuku dolanmak suretiyle bir ses ve görüntü kaydının hukuka uygun delil hale getirilmesi ve hükme esas alınması mümkün olmamalıdır. Nitekim Almanya’da, hukuka aykırı olarak dinlemeleri bizzat yapan kişilerin tanık olarak dinlenmesinin reddedildiği ifade edilmektedir.²⁶⁵

Ses ve görüntü kaydının yasadışı yöntemlerle elde edildiği kuşkuyla, delil elde etme işleminin hukuka uygun yapılmış sayılmasının gerektiği; bu gibi bir durumda şüpheden sanık yararlanır ilkesinin işlemeyeceği belirtilmektedir.²⁶⁶

²⁵⁹ Paftalı s. 75.

²⁶⁰ Soyaslan (Özel Hükümler) s. 344.

²⁶¹ Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 583.

²⁶² Bkz. Zafer s. 20: “Gizli hayat alanı aslında, özel hayatın hiçbir şekilde dokunulmaz çekirdek alanını oluşturmaktadır. Bu alana hiçbir gerekçeyle müdahale edilemez. Diğer bir söyleyişle bu alana yapılan müdahaleler, hiçbir hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz; bu alana müdahale edilerek elde edilen deliller her koşul altında hukuka aykırı delil özelliği gösterir.”

²⁶³ Yenisey/Altunç s. 1311.

²⁶⁴ Farklı düşünce için bkz. Özbek s. 189.

²⁶⁵ Akyürek (Hukuka Aykırı Delil) s. 69-70.

²⁶⁶ Centel/Zafer s. 840.

D. Özel Kişiler Tarafından Elde Edilen Ses veya Görüntü Kayıtlarının Delil Yasakları Bakımından Değerlendirilmesi

Özel kişiler tarafından elde edilen ses veya görüntü kayıtları, ispat faaliyetinde delil olarak kullanılabilir.²⁶⁷ Özel kişiler tarafından elde edilmiş olan delillerin sırf kamusal makamlarca elde edilmediği için hukuka aykırı olduğunu ve geçerli olmadığını ileri sürmek mümkün değildir.²⁶⁸ Ancak ilgili delilin elde edilme yönetimi hukuka uygun olmalı ve konusu itibarıyla yasadışı delil vasfında olmamalıdır. Bu bağlamda delil yasakları özel kişileri de bağlar;²⁶⁹ aksinin kabulü bir hukuk devleti için kabul edilemez şekilde temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesine neden olur ve mafya oluşumlarını destekler; ayrıca ne pahasına olursa olsun delil elde etmek isteyen fakat görevi ve mevzuat gereği bazı yöntemlerden kaçınmak zorunda olan kamu görevlilerine, özel kişiler aracılığı ile hukuku dolanma yolu açılmış olur.²⁷⁰

Nitekim Anayasa Mahkemesi bir partinin kapatılmasına ilişkin vermiş olduğu kararında; bir kişi tarafından dosyaya konulan ve parti başkanı ile bir parti yöneticisinin araç telefonundan yapmış olduğu görüşmeyi içeren ses kaydının usulüne uygun elde edilmiş bir delil olmadığı ve hukuka aykırı delil niteliğinde olduğunu kabul etmiştir.²⁷¹ Bununla birlikte öğretide, özel kişilerce tesadüf edilen delillerin delil yasakları kapsamında olmayabileceğini; zira Anayasa ve CMK’nın esasında, aktif olarak hukuka aykırı biçimde delil toplamayı yasakladığını savunan görüş de bulunmaktadır.²⁷²

²⁶⁷ Bkz. Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 19. Baskı, Ankara 2022, s. 94.

²⁶⁸ Aydın s. 212.

²⁶⁹ Durmuş Tezcan, “AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Delillerin Değeri”, *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, C. II, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Yayını, Ankara 2008, s. 1226; Aydın s. 213; Centel/Zafer s. 839. Alman Ceza Muhakemesi Kanununun usul hükümlerinin, yalnızca ceza kovuşturması organlarına yönelik olduğu için özel şahıslar tarafından elde edilen hukuka aykırı delillerin ilke olarak değerlendirilebileceği belirtilmektedir. Bkz. Roxin s. 289: “Ancak aşırı biçimde insan haklarına aykırılık olaylar açısından istisna tanınmalıdır; örneğin işkence ile elde edilen ikrar özel kişi tarafından elde edilmiş ise delil olarak değerlendirmeye alınamaz. Bunun yanı sıra ispat aracı yasakları da delil değerlendirme yasakları ile bağlantılı kılınmıştır; bu durumda elde edilen delilin hukuka aykırı kabul edilebilip değerlendirme dışı tutulması için delilin kim tarafından elde edilmiş olmasının bir önemi yoktur.”

²⁷⁰ Akyürek (Hukuka Aykırı Delil) s. 78. Köse, Amerikan hukukunda, hukuka aykırı delillerin dışlanması kuralının yalnızca polislerin ve diğer devlet görevlilerin hatalarına ve suistimallerine uygulandığını belirtmektedir. Bunun bir sonucu olarak polis, özel kişilerden aldığı delilleri nasıl elde edildiğiyle ilgilenmeksizin kullanabilir. Bkz. Köse s. 171-172. Hemen herkeste görüntü ve ses kaydı yapabilen telefonun bulunduğu dikkate alındığında ve CMK’daki kuralların, özel kişileri bağlamadığı kabul edildiğinde toplum düzenini sarsıcı bir durum ortaya çıkabilecektir.

²⁷¹ Anayasa Mahkemesinin 22.06.2001 tarih ve 1992/2 Esas 2001/2 Karar sayılı kararı, kararın resmi gazetede yayınlanma tarihi: 05.01.2002, karar için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Ankara 2002, C. 2, S. 37, s. 922-1552.

²⁷² Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Saygılar/Alan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok s. 427.

III. HUKUKA AYKIRI OLARAK ELDE EDİLEN SES veya GÖRÜNTÜ KAYITLARININ İSTİSNAİ DURUMLARDA DELİL OLARAK HÜKME ESAS ALINIP ALINAMAYACAĞINA İLİŞKİN SORUN

A. Öğretide Hukuka Aykırı Delilin Ceza Yargılamasında Kullanılıp Kullanılamayacağına İlişkin Görüşler

Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılamayacağına ilişkin olarak üç farklı görüş bulunmaktadır: Bir görüşe göre, eğer delil, yargılanan uyumsuzluk ile ilgili ve olayı aydınlatmada faydalı ise nasıl elde edildiğine bakılmaksızın hükme esas alınabilmelidir (kesin kabul). Diğer bir görüş, hukuka aykırı elde edilen delilin hiçbir şekilde hükme esas alınmaması yönündedir; yani mutlak değerlendirme yasağı savunulmaktadır (kesin red). Üçüncü ve son görüş ise nisbi değerlendirme yasağıdır; bu görüşe göre, hukuka aykırı elde edilen deliller, bazı koşullarda kullanılabilecek bazı koşullarda kullanılamayacaktır. (esnek yaklaşım).²⁷³

1. Hukuka Aykırı Delilin Ceza Yargılamasında Kullanılabileceğine İlişkin Görüş (Kesin Kabul)

Sanığın korunduğu, mağdurun yeterince korunmadığı sistemlerde mağdur, hakkını kendisi koruma yoluna gidebilecektir.²⁷⁴ Bu yüzden geçmiş dönemlerde, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin de ceza muhakemesinde kullanılabileceği savunulmuştur. Bu görüş, maddi hakikate ulaşmanın, ceza muhakemesinin yegane amacı olduğunu varsaymaktadır.²⁷⁵ Ancak günümüzde bu anlayış terk edilmiştir.²⁷⁶

İşkence ya da iradeyi fesada uğratacak başka bir yöntemle elde edilen ve suç ikrarını içeren ses veya görüntü kaydı, içeriği maddi hakikate uygun olsa bile hiçbir istisna tanılmaksızın hukuka uygun bir delil olarak kabul edilemez.²⁷⁷

2. Hukuka Aykırı Delillerin Mutlak Değerlendirme Yasağı Kapsamında Olması Gerektiğine İlişkin Görüş (Kesin Red)

Mutlak değerlendirme yasağına savunan görüşe göre, kanuna aykırı olarak elde edilen delil hiçbir şekilde muhakemede kullanılamayacaktır.²⁷⁸ Örneğin, aramada hazır bulunması

gereken kişiler hazır bulunmaksızın yapılan ya da kolluğun hatası nedeniyle gündüz vakti yapılması gerekirken gece yapılan bir arama sonucu elde edilen delil kullanılamaz.²⁷⁹ Bunun bir temel hak ve özgürlüğü ihlal edip etmemesinin bir önemi yoktur²⁸⁰ ve hukuka aykırı delilin hükme esas alınması yönünden mahkemelerin takdir yetkisinin olmaması gerekir.²⁸¹

Sanığın mahkumiyetine yol açabilecek her türlü hukuka aykırı delilin reddinin gerektiği görüşünün kabulü halinde, mahkumiyetle sonuçlanabilecek bazı davaların beraatle sonuçlanabileceği ve bu nedenle kesin red kuralının bir maliyetinin olduğu ifade edilmektedir.²⁸²

5271 sayılı CMK'daki düzenlemeler dikkate alındığında, Türk Hukuk sisteminde hukuka aykırı deliller yönünden mutlak değerlendirme yasağının bulunduğu ve ağır suçların aydınlatılması yönünden delil yasaklarına bir istisna tanınmadığı belirtilmektedir.²⁸³ Bu durumda doğrudan suç teşkil eden olayı gösteren ancak hukuka aykırı bir yöntemle elde edilen ses veya görüntü kaydının mutlak surette yargılamada kullanılamaması ve hükme esas alınmaması gerekmektedir. Mutlak değerlendirme yasağının, özel kişilerce, hukuka aykırı olarak elde edilen ses ve görüntü kayıtlarını da kapsadığı ifade edilmektedir.²⁸⁴

Hukuka aykırı delilin sadece ceza yargılamasında değil, bütün yargılamalarda hatta disiplin soruşturmalarında dahi kullanılamaması gerektiği belirtilmektedir.²⁸⁵ Ceza yargılamasına göre hukuka aykırı delil vasfında olan bir ses veya görüntü kaydı, hukuk yargılamasında hukuka aykırı delil olarak kabul edilmelidir.

Hukuka aykırı delillerin kullanılmaması ve dışlanmasına ilişkin kuramın geliştirilmesinde Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarının önemli etkisinin bulunduğunu söylemek gerekir.²⁸⁶ Amerikan hukuk sisteminde hukuka aykırı delillerinin kullanılmasının yasaklanması ve dışlanmasında esas etkenin delil toplayan polisi disiplin altına almak olduğu belirtilmektedir.²⁸⁷ Hukuka aykırı elde edilen delilin yargılamada kullanılmaması olması delil toplayan polisi hukuk sınırları içerisinde hareket etmeye zorlayacaktır.²⁸⁸ Ancak Amerikan Yüksek Mahkemesinin, somut olayın özelliğine göre bazı durumlarda hukuka aykırı delilin mutlak surette dışlanması kuralına bazı istisnalar getirdiğini ve bu

²⁷⁹ Temel hak ve hürriyetleri ihlal etmiş olsun ya da olmasın, her türlü hukuka aykırılığı delil yasağı ile karşılamamanın, ciddi sorunları ortaya çıkaracağı belirtilmektedir. Bkz. Öztürk (Delil Yasakları) s. 46.

²⁸⁰ Akyürek (Hukuka Aykırı Delil) s. 75.

²⁸¹ Özbek/Doğan/Bacaksız (Ceza Muhakemesi) s. 684.

²⁸² Bıçak s. 255; Aydın s. 204: “Kesin red yaklaşımının en ciddi sonucu, hukuka aykırı delillerin maddi gerçeği ispatlıyor olsalar da kullanılamayacak olmalarıdır.”

²⁸³ Bkz. Gökçen/Çakır s. 2942; Aydın s. 209-211, Paftalı s. 159; Centel/Zafer s. 848.

²⁸⁴ Bkz. Gödekli s. 1857.

²⁸⁵ Gökçen/Çakır s. 2943.

²⁸⁶ Amerikan Yüksek Mahkemesince, hukuka aykırı delillerin dışlanmasına ilişkin kararların ve getirilen ölçütlerin diğer hukuk sistemlerini etkilediği ifade edilebilir.

²⁸⁷ Bkz. Köse s. 166: “Amerikan mahkemeleri bu yolla kolluğa, ‘kanunu ihlal ederek delil elde edersen bu mahkemede kullanılmayacaktır’ mesajını verirler.”

²⁸⁸ Suç ne kadar ağır olursa olsun bir delil hukuka aykırı olarak elde edilmiş ise yargılamada kullanılamaz. Amerikan Hukuk Sisteminde, hukuka aykırı delillerin dışlanması kuralının, yargısal içtihatlarla geliştiği ve esasında anayasal bir hak olmadığı savunulmaktadır. Anayasal temelli bir hak olmaması nedeniyle hukuka aykırı delillerin dışlanması kuralına yine yargısal içtihatlarla istisna getirilebildiği belirtilmektedir. Bkz. Paftalı s. 148-149.

²⁷³ A. Vahit Bıçak, “Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımlar”, İnsan Hakları Yılı, TODAİE Yayınları, Ankara 1997, C. 17-18, S. 1, s. 247-248; Özen/Özen s. 304.

²⁷⁴ Özen/Özen s. 304.

²⁷⁵ Bıçak s. 248.

²⁷⁶ “Terörizm, pedofili, cinsel suçlar gibi toplumun geniş kesimlerini tedirgin eden suçların faillerinin ortaya çıkarılması amacıyla her türlü yöntemle delil elde edilmesi fikri, demokratik ve özgürlükçü toplumlarda bile taraftar bulabilmektedir.” Bkz. Aydın s. 198.

²⁷⁷ Bkz. CMK 148. madde 3. fıkra.

²⁷⁸ Akyürek (Hukuka Aykırı Delil) s. 75.

durumlarda, kişilerin anayasal haklarının ihlal edilmediğine karar verdiğini söylemek gerekir.²⁸⁹

Ağır suçlar söz konusu olduğunda, hukuka aykırı olarak elde edilen ve kullanılması kesin olarak yasaklanan delilin; yargılanan kişinin mahkum edilmesine yönelik olarak, karar merci üzerinde baskı oluşturmaya kaçınılmazdır.²⁹⁰ Aşağıda değinileceği üzere, hukuka aykırı delilin hiçbir şekilde dosya içerisine girmemesi, yargılamayı yapan makamın hukuka aykırı delilden etkilenmesinin önüne geçebilecektir.

3. Nisbi Değerlendirme Yasağı Kapsamında Hukuka Aykırı Delillerin Belli Koşullarda Ceza Yargılamasında Kullanılabileceğine İlişkin Görüş

Nisbi değerlendirme yasağı kapsamında, çeşitli ölçütler esas alınarak somut olayın özelliğine göre usulsüz ulaşılan delillerin ceza yargılamasında kullanılabileceği belirtilmektedir.²⁹¹ Bazen suçun açığa çıkarılmasındaki kamusal menfaat ile kişinin delil toplarken ihlal edilen temel hak ve özgürlükleri arasındaki denge, bazen de delil elde edilirken yapılan hukuka aykırılığın ağır ya da basit oluşu hukuka aykırı delillerin kullanılmasında ölçü olarak kullanılmaktadır.²⁹² Ağır suçlarda; mesela bir kasten öldürme davasında, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin, değerlendirme dışı tutulamayabileceği savunulabilir.²⁹³

Delil yasaklarının delil toplayan kolluğu disiplin altına sokmayı mı yoksa bireylerin temel hak ve özgürlüklerini mi korumayı amaçladığı sorusuna verilecek cevap aynı zamanda delil yasaklarına, hangi durumlarda istisna tanınması gerektiğini belirleyecektir. Bir görüşe göre, delil yasaklarının getirilmesindeki asıl amaç, insan hakları ile temel hak ve hürriyetlerinin korunmasıdır.²⁹⁴ Bu anlayışın kabulü halinde sanığın temel hak ve

hürriyetini ihlal etmeyen ve açıkça kanunda yasaklanmayan bir yöntemle toplanan delil hukuka aykırı olarak kabul edilmeyebilecektir.

Bir görüşe göre; CMK'nın 148. maddesinde belirtilen yasak sorgu yöntemleri kullanılarak elde edilen deliller; mesela işkence ile alınan bir beyan kesin bir şekilde mutlak değerlendirme yasağı kapsamında olmalıdır. Yine özel hayatın çekirdek alanını ihlal ederek elde edilen deliller de, kesin bir şekilde delil olarak kullanılmamalıdır. Bunlar dışındaki hukuka aykırılıklarda, elde edilen delilin ceza yargılamasında kullanıp kullanılmayacağı mahkemenin takdirinde olmalıdır. Takdir hakkı kullanılırken hukuka aykırılık nedeniyle failin ihlal edilen temel hak ve özgürlükleri ile suçun kim tarafından işlendiğinin açığa çıkmasındaki kamu menfaati arasında denge korunmalıdır. Ancak CMK'nın 206. maddesi hukuka aykırı deliller yönünden böyle bir uygulamaya gidilmesine engeldir; zira CMK'nın 206/2-a maddesine göre; delilin, kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması durumunda kesin bir şekilde reddolunacağı hüküm altına alınmıştır.²⁹⁵

Başka bir görüşe göre; CMK'nın 217/2. maddesinde yer alan, “*yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delile ispat edilebilir*” hükmü mutlak değerlendirme yasağı öngörmemektedir. Hukuka aykırı delilin kullanılıp kullanılmayacağı yönünden hakime takdir yetkisi vermektedir. Bu nedenle, basit kanuna aykırılıklarda, yani temel hakları ihlal etmeyen kanuna aykırılıklarda, ilgili delil kullanılabilmelidir; temel hakları ihlal eden kanuna aykırılıklarda ise, ilke olarak ilgili delil hüküm verilirken kullanılamamalıdır, fakat ağır suçlarda istisnai olarak, sanık hakları teorisi çerçevesinde, kanuna aykırı deliller değerlendirme kapsamına alınabilmelidir.²⁹⁶ Ancak, yasak sorgu yöntemleri ile elde edilen ikrar delili, hiçbir koşul altında delil olarak kullanılmamalıdır.²⁹⁷ Ayrıca ceza muhakemesinde bazı hukuksal değerler, ne olursa olsun korunmalıdır. Örneğin bir kişinin telefonu sadece mahkeme kararı ile yetkili organlar tarafından dinlenebilecek ve kayda alınabilecektir. Polisin keyfi olarak dinleme yapması ve sonucunda bir suç unsuru ile karşılaşması durumunda dinleme sonucu elde edilen kayıtlar delil olarak kullanılamaz; zira böyle bir kabul Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen iletişimin denetlenmesi usulünü ve sınırlandırmalarını geçersiz kılar.²⁹⁸

Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen ses veya görüntü kaydına dayanılarak sanığa

²⁸⁹ Bkz. Köse s. 185-186. Bu istisnalardan biri “*iyiniyet istisnası*”dır. Bkz. Köse 186-187. Örneğin polisler bir arama kararına dayanarak bir yeri arama faaliyetine girişmişlerdir ve suç unsuruna rastlanılmıştır. Ancak suç unsuruna rastlanılan yer esasında arama yetkisi verilen yerin dışındadır. İyiniyetli hareket eden bu polislerin kusurlu arama faaliyeti sonucu elde edilen delillerin hukuka aykırı delil olarak kabul edilip dışlanması söz konusu olmaz. Diğer bir istisna, “*bağımsız kaynak istisnası*”dır. Aynı delil, aynı zamanda hukuka uygun olarak başka bir kaynaktan elde edilebilir nitelikteyse hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle dışlanamaz. Bkz. Köse s. 187-188. “*Zayıflama istisnasında*”, hukuka aykırı davranış ile yeni delil arasında kayda değer bir zaman aralığı bulunuyorsa, hukuka aykırılık ve yeni delil arasındaki nedensel bağlantı, bozukluğu yok edecek kadar zayıflatabilir; böyle bir durumda ilgili delili elde edebilecek bağımsız bir kaynak da yoksa bu delil ceza yargılamasında kabul edilebilir. Bkz. Köse s. 188-189. “*Kaçınılmaz bulgu istisnası*”nda, hukuka aykırı davranışa rağmen, aynı deliller sürmekte olan soruşturmanın gidişatına göre zaten kesin olarak bulunacaksa ve polisin de, bulguyu hızlandırmak için kötü niyetle hareket etmediği ispatlanırsa bu deliller yargılamada kabul edilebilir. 1984 Nix v. Williams davasına konu olan olayda polis, bir şüpheliyi hukuka aykırı bir şekilde sorgulamış ve kaybolan on yaşındaki kız çocuğunun cesedine bu şekilde ulaşmıştır. Mahkeme, ceset görünür durumda olduğundan ve çok sayıda polis memurunun arama faaliyeti yürütmesinden dolayı cesede her halükarda ulaşılacağından yola çıkarak hukuka aykırı sorgulama sonucu elde edilen bilgi sonucu ulaşılan cesedin hukuka uygun bir delil olduğunu ve yargılamada kullanılabileceğini ifade etmiştir. Bkz. Köse s. 189-190.

²⁹⁰ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Saygılar/Alan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok s. 400.

²⁹¹ Bıçak s. 256-258.

²⁹² Centel/Zafer s. 842; Bkz. s. 199.

²⁹⁴ Bkz. İsviçre Ceza Kanunu'nun 141. maddesinin 2. fıkrası.

²⁹⁴ Öztürk (Delil Yasakları) s. 44.

²⁹⁵ Fatih Özkul, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Ankara 2017, C. 5, S. 9, s. 411-418.

²⁹⁶ Gizli hayat alanına hiçbir şekilde müdahale edilemezken; özel hayat alanı ile kamuya açık hayat alanına delil toplamak maksadıyla müdahale edilebilmektedir. Bununla birlikte kişinin gizli hayat alanı dışında kalan ve devletin müdahalesine açık olan özel hayat alanı yönünden, toplumun ağır basan üstün menfaatinin bulunduğu hallerde kanuna aykırı delilin dahi, hüküm verilirken kullanılabileceği savunulmaktadır. Bkz. Kunter/Yenisay/Nuhoğlu s. 1436. Ayrıca Konusu itibarıyla delil elde edilmesi engelleyen açık bir yasal düzenleme bulunmadığı takdirde kanuna aykırı bir şekilde yapılan ses veya görüntü kaydının muhakemede kullanılabileceği belirtilmektedir. Bkz. Kunter/Yenisay/Nuhoğlu s. 1437.

²⁹⁷ Kunter/Yenisay/Nuhoğlu s. 1426.

²⁹⁸ Roxin s. 275.

beraat kararı verilip verilemeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre; mevcut hukuk kurallarını dolanmamak ve mevcut kurallardan taviz vermemek için sanığın lehine olan hukuka aykırı delillerin de ceza muhakemesinde kullanılmaması gerekir.²⁹⁹ Başka bir görüşe göre ise, hukuka aykırı delilin, sanık ya da soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından ele geçirilmiş olması arasında ayırım yapılmalı; soruşturma ile kovuşturma makamları tarafından elde edilen ve sanığın lehine olan hukuka aykırı deliller yargılamada kullanılabilir; sanık ile savunma makamları tarafından elde edilen ve mahkemeye sunulan hukuka aykırı deliller ise delil değerlendirme yasağı kapsamında olmalıdır.³⁰⁰

B. Yargıtay Kararlarında Hukuka Aykırı Delilin Ceza Yargılamasında Kullanılıp Kullanılmayacağına İlişkin Tespitler

Hem Anayasa'daki hem de Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlemeler dikkate alındığında, hukuka aykırı deliller yönünden Türk Hukukunda mutlak değerlendirme yasağının geçerli olduğu belirtilse de; Yüksek Mahkemenin bazı kararlarında, hukuka aykırı deliller yönünden, esnek yaklaşımın benimsendiği ifade edilmektedir.³⁰¹

Yeni tarihli kararlarında Yüksek Mahkeme, 5271 sayılı CMK'nın 119/4. maddesinin “Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi hazır bulundurulur” şeklindeki açık ve amir hükmüne aykırı olarak, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi hazır bulundurulmaksızın yapılan aramanın, hukuka aykırı olduğuna ve elde edilen delillerin de hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olduğuna karar vermektedir.³⁰²

²⁹⁹ CMK'nın 217. maddesinde, “yüklenen suçun ispat edilebilmesi” ifadesinin kullanılması nedeniyle sanığın lehine olan hukuka aykırı delillerin de değerlendirilebileceği ve bu delillere dayanılarak beraat kararı verilebileceği savunulmaktadır. Bkz. Centel/Zafer s. 850; ayrıca bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Saygılar/Alan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villem/Tok s. 407; Aydın s. 221; Gökçen/Çakır s. 2937.

³⁰⁰ Dündar s. 551.

³⁰¹ Bkz. Gökçen/Çakır s. 2946-2947: “Yargıtay kararlarında mutlak değerlendirme yasağının esnetildiği görülmektedir; işlenen suçun vasfı, ihlal edilen hukuki değer, elde edilen delile bir daha ulaşıp ulaşılamama durumu ve ihlalin sonuca etkili olup olmadığı gibi ölçütler geliştirilerek bazı durumlarda hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılabileceği hüküm altına alınmaktadır.”

³⁰² Yargıtay Ceza Genel Kurulu 06.02.2020 tarih ve 2016/1146 Esas 2020/68 Karar; Yargıtay Ceza Genel Kurulu 28.04.2015 tarih ve 2013/464 Esas 2015/132 Karar.

C. Hukuka Aykırı Elde Edilen Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Zehirli Olur Kuramı)

Hukuka aykırı yollardan elde edilen kullanılması sonucu elde edilen diğer delillerin değerlendirmeye alınıp alınmayacağı hususu hukuka aykırı olarak elde edilen delilin uzak etkisi adı altında tartışılmaktadır; bu konu aynı zamanda “zehirli ağacın meyvesi zehirli olur” kuramı olarak bilinmektedir.³⁰³

“Zehirli ağacın meyveleri” terimi Anglo-Amerikan Hukukuna aittir. “Zehirli ağaç”, delil toplarken hukuka aykırı olarak hareket eden polis davranışdır. “Meyveler” ise hukuka aykırı davranış sonucu doğrudan elde edilen deliller ya da dolaylı olarak elde edilen türev delilleri ifade eder.³⁰⁴ Örneğin hukuka aykırı olarak yapılan bir arama faaliyeti zehirli ağaçtır. Hukuka aykırı olarak yapılan arama sonucu elde edilen ses ve görüntü kaydı ile bu ses ve görüntü kaydından yola çıkılarak elde edilen türevsel deliller,³⁰⁵ zehirli ağacın meyveleridir ve hukuka aykırı delil niteliğinde olduğundan yargılamada kullanılamazlar.³⁰⁶

Bir kişiye işkence yaparak işlemiş olduğu suç itiraf ettirilebilir ve bu itirafın ses veya görüntü kaydı alınabilir. Bu ses veya görüntü kaydında suç aletinin yeri belirtilebilir ve işkenceyle alınan bu beyandan yola çıkılarak suç aletine ulaşılabilir. İşkence ile alınan beyan hukuka aykırı bir delildir ve hiçbir şekilde hükme esas alınamaz. Ancak işkence ile alınan beyandan yola çıkılarak ulaşılan suç aletinin hukuka uygun bir delil olup olmadığı ve yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır.³⁰⁷

Gaefgen v. Almanya kararındaki olayda Alman polisi, Frankfurtlu bir hukuk öğrencisini, o zamanlar hayatta olduğu zannedilen kaçırılmış bir çocuğun yerini söylemesi için işkence yapmakla ve hapisteki hücre arkadaşları tarafından cinsel saldırıya uğratmakla tehdit etmiştir. Şüpheli konumundaki öğrenci, görevlileri, çocuğun vücudunu attığı göle yönlendirdikten sonra görevliler, öğrencinin aracına uyan teker izleri bulmuştur. Hakkında dava açılan Gaefgen suçunu ikrar etmiştir. Yargılamayı yapan mahkeme, işlenen suçun ağırlığı ile sanığın ihlal edilen haklarını karşılaştırarak hem öldürülen çocuğu vücudunu hem de arabanın teker izlerini zehirli ağacın meyveleri olarak nitelendirmemiştir. Konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önüne taşınmıştır. AİHM; ilgili kararında, Gaefgen'in gayri insani ve küçültücü muameleye maruz kaldığına ve bunun AİHS madde 3'ü ihlal

³⁰³ Öztürk (Delil Yasakları) s. 48; Gökçen/Çakır s. 2941.

³⁰⁴ Bkz. Köse s. 178.

³⁰⁵ Alman Hukukunda, eğer bir delil, araştırmaların o zamanki gidişatına göre yüksek bir ihtimalle muhakeme ihlali olmaksızın da elde edilebilecek idi ise; usulsüz yöntemle elde edilen delilden yola çıkılarak elde edilen türevsel delilin yargılamada kullanılabileceği belirtilmektedir. Bkz. Roxin s. 288. Alman hukukundaki bu kabul ile Amerikan Yüksek Mahkemesinin, “zehirli ağacın meyvesi zehirli olur” kuramına getirdiği istisnalar paralellik göstermektedir.

³⁰⁶ Zehirli ağacın meyvelerinin dışlanması öğretisinin işlevi ve tarihçesi için bkz. Köse s. 179-182.

³⁰⁷ Bir görüşe göre işkence yapılarak elde edilen bir adreste, hukuka uygun bir arama yapılsa dahi ilgili adreste ele geçen deliller hukuka aykırıdır ve yargılamada kullanılamaz. Bkz. Öztürk (Delil Yasakları) s. 48; Özbek/Doğan/Bacaksız (Ceza Muhakemesi) s. 693. İşkence ile elde edilen ikrarı içeren ses veya görüntü kaydından yola çıkılarak elde edilen delil hukuka uygun kabul edilemeyecektir. Yine hukuka aykırı olarak elde edilen ses veya görüntü kaydına dayanılarak bir adreste uyuşturucu madde olduğu tespit edilmişse ve usulüne uygun arama kararı ile belirlenen adreste uyuşturucu madde ele geçirilmişse bile elde edilen uyuşturucu maddenin hukuka aykırı delil vasfında olacağı belirtilmektedir. Bkz. Akyürek (Hukuka Aykırı Delil) s. 79.

ettiğine, ancak Gaefgen’nin maruz kaldığı muamelenin işkence boyutuna varmadığına karar vermiş, somut olay tüm boyutlarıyla ele alındığında Gaefgen’in adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine, çünkü dava mahkemesinin mahkumiyet hükmünü, soruşturma aşamasındaki ikrardan elde edilen maddi delillere dayandırmadığına ve ilgili delilleri sadece mahkeme önünde gerçekleşen ikrarı desteklemek için kullanıldığına hükmetmiştir.³⁰⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Gaefgen kararında, zehirli ağacın meyveleri kuramına ilişkin olarak üç farklı yaklaşımın bulunduğu ifade edilmektedir: (1) işkenceden kaynaklanan ikrarın tüm meyveleri yasak delil kabul edilmelidir; (2) gayri insanı veya küçültücü muamele vasıtasıyla elde edilen ikrarın meyvelerinin kullanılmasının adil yargılanma hakkını edeceği yönünde aksi ispatlanabilir bir karine vardır ve (3) müdafî yardımından yararlanırken mahkeme önünde gerçekleştirilen iradi ikrar, önceki irade dışı ve geçersiz ikrarın meyvesi kabul edilemez.³⁰⁹

Hukuka aykırı olarak verilen iletişimin denetlenmesi kararına dayanılarak bir kişinin telefonlarının dinlenmesi sonucu, başka bir kişinin suç işlediği tespit edilebilir ve bu kişi hakkında ayrı bir soruşturma başlatılabilir. Hakkında soruşturma başlatılan kişi hakkında da iletişimin denetlenmesi kararı verilebilir. Federal Alman Yüksek Mahkemesi, buna benzer bir olayda; maddi gerçeğin öğrenilmesindeki üstün menfaatin, hukuka aykırı delillerin uzak etkisinin kabul edilmesini engellediğine karar vermiştir; telefon dinleme kararının hukuka aykırı olarak verildiği hallerde, bu dinlemeden elde edilen bilgilerden yola çıkarak elde edilen delillerin ceza yargılamasında dışlanamayacağını belirtmiştir.³¹⁰ Ancak farklı bir düşünceye göre, kişinin telefonunun hukuka aykırı olarak dinlenip kayda alınması halinde, hukuka aykırı olarak kaydedilen telefon konuşmasında geçen ve kişinin öldürülmesinde kullanılan silaha ulaşılması durumunda hem silahın hem de silaha ilişkin balistik raporunun hukuka aykırı delil niteliğinde olacağı ifade edilmektedir.³¹¹ Türk Hukukunda hukuka aykırı bir davranışla elde edilen deliller ile o delillerden elde edilen türevsel delillerin hiçbir istisna tanınmaksızın değerlendirme dışı bırakılması gerektiği savunulmaktadır.³¹²

³⁰⁸ Karar ve çevirisi için bkz. Stephen C. Thaman, “Karşılaştırmalı Hukukta ‘Zehirli Ağacın Meyveleri’”, Çeviren: Hale Akdağ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat*, Editör: Yener Ünver, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 428-431.

³⁰⁹ Thaman s. 431.

³¹⁰ Bundesgerichtshof, Beschluss 1 StR 316/05, vom 7 Mart 2006; karar ve tercümesi için bkz. Yenisey/Altunç s. 1295-1302. İlgili kararda Alman öğretisinin bu konuda farklı görüşte olduğu belirtilmiştir. Bkz. Yenisey/Altunç s. 1301.

³¹¹ Zafer s. 117.

³¹² Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Saygılar/Alan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok s. 424; Özen/Özen s. 324; Aydın s. 220: “Buna aykırı uygulamalar hukuka aykırı delillere meşruluk kazandırılmasına dayanak oluşturabilir.” Hukuka aykırı bir delilden yola çıkılarak hukuka uygun bir usul yöntemi ile delil elde edilmiş olabilir. Örneğin usulsüz bir dinleme sonucu bir suçun işlendiğinden haber alınabilir ve mahkeme kararı ile arama yapılan yerde suç unsurlarına rastlanabilir. Arama kararı verilebilmesi için “makul şüphe”nin bulunması gerekir. Bu makul şüphe hukuka aykırı bir delile dayanıyorsa mesela hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş bir ses veya görüntü kaydında suç aletin yerini tespit edilmişse ve ilgili yerde arama yapıp suç aleti ele geçirilmişse arama işleminin sakat olduğundan söz edilebilecektir. Bununla birlikte istisnai hallerde kanuna aykırı delillerin yargılamada kullanılacağı belirtilmektedir. Bunlardan biri iyiniyet istisnasıdır. Hakim kararının yasal ve fiili dayanakları ortadan kalkmış olsa dahi, böyle bir karara dayanılarak yapılan yakalama, arama ve iletişimin denetlenmesi gibi araştırma işlemlerinden elde edilen delillerin kanuna uygun sayılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 1413.

D. Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilmiş Ses veya Görüntü Kayıtlarının Dosyadan Çıkartılıp Çıkartılamayacağına İlişkin Sorun

Öğretide, CMK’nın 206/2-a maddesinde yer alan; delilin, kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması durumunda reddolunacağı hükmünün, hukuka aykırı delilin dosyaya hiç girmemesini sağlayabileceği; ancak hukuka aykırı bir delil dosyaya girmişse artık dosyadan çıkartılmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir.³¹³

Bir görüşe göre, delilin hukuka aykırı yollardan elde edildiği ve hukuken yasak olan delillerden olduğu saptanırsa, bunların esasa ilişkin dava dosyası içerisinden tutulmaması ve yargılama süjelerinin bu delillere temasının engellenmesi gerekir.³¹⁴

Diğer bir görüşe göre; hukuka aykırı delilin hakim vicdanı kanaatini etkileme ihtimali bulunsun da; delilin hukuka aykırı olup olmadığını denetlenmesi adına dosyada muhafaza edilmelidir.³¹⁵ Mahkeme heyetinin ya da hakim hukuka aykırı delilden etkileneceği endişesinin yerinde olmadığı; zira mahkeme kararlarının, mantıklı ve hukuki gerekçeye dayanmasının zorunlu olduğu ifade edilmektedir.³¹⁶

Yukarıda belirtilen her iki görüşün ortasını bulan görüşe göre ise; hakim, hukuka aykırı delillerden etkilenmesi sorununu ortadan kaldırma yollarından biri, hukuka aykırılığı kesin olarak anlaşılan delilleri dosyadan çıkarmaktır; mesela iletişimin denetlenmesi kapsamında, anne ile oğlu arasında geçen konuşma dökümleri kolluk tarafından imha edilmeyip dosyaya konmuşsa hukuka kesin aykırılık olması nedeniyle dosyadan çıkarılmalıdır. Bununla birlikte hukuka aykırı olup olmadığı henüz tartışmalı olan ve temyiz denetimine henüz tabi tutulmamış bir delilin dosyada ayrı biçimde muhafaza edilmesi söz konusu olabilir.³¹⁷

CMK’nın 230/1-b maddesinde, *dosyada bulunan ve hukuka aykırı bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin kararın gerekçesinde ayrıca ve açıkça gösterilmesi* hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle Türk Hukukunda, hukuka aykırılığı mahkemece tespit edilen delilin dosya dışına çıkartılması mümkün değildir; yine bir delilin hukuka aykırılığının, ayrı bir yargılama konusu yapılarak, bir başka hakim tarafından değerlendirmek suretiyle, dosyaya girmesinin engellenmesi yine CMK’daki düzenlemeler dikkate alındığında mümkün görünmemektedir.³¹⁸ Zira CMK’nın 206/2-a maddesi uyarınca ortaya konulması istenen delilin hukuka aykırı olduğunun tespiti bizzat yargılamayı yapan mahkeme tarafından takdir edilmektedir. Ancak bu uygulamanın

³¹³ Bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Saygılar/Alan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok s. 407. Dava dosyası içerisinde hukuka aykırı delilin bulunması, doğrudan bozma sebebi olarak görülmemektedir. Hukuka aykırı delil ile mahkeme kararı arasında illiyet bağının bulunduğu hallerde, verilen kararın da hukuka aykırı olacağı ifade edilmektedir. Bkz. Çınar s. 41. Delil toplama işlemini savcılığın talimatı ile adli kolluk görevlileri yapmaktadır. Hukuka aykırı bir delil elde edildiğinde adli kolluğun fevlekedde bu hususa yer vermesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Gökçen/Çakır s. 2943. Bu durumda adli kolluk resen hukuka aykırı delili soruşturma dosyasından çıkarmamalıdır.

³¹⁴ Yıldız s. 203.

³¹⁵ Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır s. 347, 352; Dündar s. 538; Gökçen/Çakır s. 2944.

³¹⁶ Centel/Zafer s. 854; Akyürek (Hukuka Aykırı Delil) s. 79.

³¹⁷ Aydın s. 218.

³¹⁸ Centel/Zafer s. 854-855.

sakıncalarının da olduğu bir gerçektir. Doğrudan olayı temsil eden ancak hukuka aykırı olarak elde edilmiş ses veya görüntü kaydını izleyen hakim ya da mahkeme heyetinin, bu kayıttan etkilenmemesi kaçınılmazdır. Her ne kadar makul ve mantıklı gerekçe ile hukuka aykırı delillerin değerlendirme dışı tutulacağı ve sağlıklı bir karara varabileceği belirtilse de; üzerinde tahrifat yapılmayan ve montaj olmayan, ancak hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen ses veya görüntü kayıtlarının, dosyadaki diğer deliller değerlendirilirken hakimi ve ilk derece mahkemesi kararının denetimini yapacak olan üst mahkemedeki heyeti etkilemesi kaçınılmazdır.³¹⁹

IV. SES veya GÖRÜNTÜ KAYITLARININ İSPAT GÜCÜ

Ceza muhakemesinde tüm deliller ispat gücü yönünden eşit değere sahiptir.³²⁰ Ama öncelikle maddi gerçeğe ulaşmada kullanılan mevcut delilin hukuka uygun olması gerekir; hukuka uygun bir delilin varlığından sonra ilgili delilin ispat gücü tartışılacaktır.³²¹ Bu nedenle bir şeyin delil olarak kullanılıp kullanılmaması ile ilgili delilin ispat gücü birbirinden farklı konulardır.

Ülkemizde kabul edilen ceza muhakemesi sisteminde, ispat külfeti mahkeme, hakim ve savcılık üzerindedir;³²² tarafların ispat külfeti bulunmamaktadır.³²³ Başka bir ifade ile bir tarafa bir olgunun yüklenmesi ve bunu ispat edemediği takdirde o olgunun sonuçlarının ilgili tarafa yükletilmesi mümkün değildir.³²⁴ Suçun işlendiğine gösteren ses veya görüntü kaydının bulunduğu yönünde bir ihtimal varsa mahkeme re'sen araştırma yapabilir. Tarafların ses veya görüntü kaydı olduğuna ilişkin iddia ve savunmalarına karşılık herhangi bir kayıt sunamamaları; sırf bu nedenle ilgili taraf aleyhine sonuç doğurmaz.

Ceza muhakemesinde “*vicdani delil sistemi*” benimsenmiştir.³²⁵ Vicdani delil sistemi hem “delil serbestisini” hem de “delillerin değerlendirme serbestini” içine alan üst kavramdır.³²⁶

A. Delil Serbestisi Yönünden Ses veya Görüntü Kayıtlarının Özellikleri

319 Dosyaya girmese dahi, internet ortamından dolaşıma sokulan ve yargılamayı yapan hakiminin de haricen içeriğine vakıf olduğu ses veya görüntü kayıtlarının, yargılama yapan makamı etkileyebileceği bir gerçektir.

³²⁰ Centel/Zafer s. 253.

³²¹ Ünver/Hakeri s. 92.

³²² Bununla birlikte hakimın veya bilirkişinin reddi istemlerinde, red isteminde bulunan tarafın, red sebepleriyle birlikte süresi içinde istemini ispat etmekle yükümlü olduğu belirtilmektedir. Bkz. Gökçen/Çakır s. 2931.

³²³ Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır s. 281: “*Susma hakkına sahip olan sanıktan suçu işlemediğini ispat etmesi beklenemez*”; ayrıca bkz. Ünver/Hakeri s. 99

³²⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız (Ceza Muhakemesi) s. 604.

³²⁵ İspat edilecek hususun geçmişteki olaylara ilişkin olması, bu olayların ortaya çıkacağı zaman ve koşullarının önceden belirlenememesi ve dolayısıyla delillerin önceden hazırlanamaması nedeniyle ceza muhakemesinde delil serbestisi ilkesinin geçerli olduğu belirtilmektedir. Bkz. Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, 21. Baskı, Ankara 2020, s. 199. Ayrıca bkz. Centel/Zafer s. 253: “*Hiç kimse işleyeceği suçun delillerini hazırlamaz; aksine, bu tür deliller yok edilmeye çalışılır.*”

³²⁶ Toroslu/Feyzioğlu s. 200. Soyaslan’a göre; hukuka aykırı delilin değerlendirmeye alınmaması vicdani delil sisteminin kısmen terk edilmesi anlamına gelmektedir. Gerçekten yargıç sanığın suçlu olduğuna inansa bile önündeki dosyada mevcut olan delil hukuka aykırı şekilde elde edilmişse belki de beraat kararı vermek zorunda kalacaktır. O halde Türk Hukukunda vicdani ve hukuki delil sisteminin varlığını ileri sürmek daha isabetli olacaktır. Bkz. Soyaslan (Hukuka Aykırı Deliller) s. 26.

1. Genel Olarak

Delil serbestisi her şeyin delil olabilmesi, her şeyin muhakeme sırasında ileri sürülebilmesi, incelenebilmesi ve tartışılabilmesi anlamına gelir.³²⁷ Şüphesiz bu serbesti sınırsız değildir; muhakemede kullanılan ve tartışılan delil gerçekçi, akılcı, olayı temsil edici,³²⁸ elde edilebilir ve ispat bakımından önemli olmalıdır ve ayrıca hukuka aykırı olmamalıdır.³²⁹

Mahkeme ya da hakim yalnızca duruşmaya getirilmiş ve huzurda tartışılmış delillere dayanarak karar verebilir. (Bkz. CMK madde 217/1). Bu kural delil serbestisinin sınırlarından birini oluşturur.³³⁰ Bu nedenle ses veya görüntü kayıtlarının delil olarak nitelendirilmesi için öncelik duruşmada, muhakeme taraflarının huzurunda ikame edilmesi ve tartışılması gerekir;³³¹ bu çelişme ilkesinin bir gereğidir ve taraflar ancak bu sayede delillerin değerlendirilmesini etkileme ve şekillendirme imkanına sahip olurlar.³³² Çok bilindik bir olaya ilişkin ses veya görüntü kaydı sosyal medyaya ya da basına yansımış olsa dahi yargılama sırasında ikame edilmiş olması ve tartışılması gerekir; ses veya görüntü kaydının sadece dosyada bulunmuş olması, delil vasfı kazanması için yeterli değildir.³³³ Hatta bilindik bir olay olması nedeniyle mahkeme heyetinin de olaya ilişkin şahsi bilgisinin olması ses veya görüntü kaydının duruşmada ikame edilmeyebileceği biçiminde bir sonuç doğurmaz. Kaldı ki hakimler maddi gerçeğe ulaşırken olaya ilişkin şahsi bilgilerini kullanamazlar.³³⁴

Hukuka aykırı delillerin, sadece yargılama sonunda verilecek hükme esas alınamayacağı, şeklinde bir sınırlandırmaya gitmek mümkün değildir; iddianame düzenlenmesinde³³⁵ ya da iletişimin denetlenmesi, teknik takip veya tutuklama kararı verilirken de hukuka aykırı elde edilmiş bir delil dayanak gösterilemez.³³⁶

Ses veya görüntü kayıtları, aynı zamanda dijital delil niteliğindedir. Dijital delil niteliği taşıyan ses veya görüntü kayıtlarının, hem doğrulanabilir hem de kabul edilebilir nitelikte olması gerektiği belirtilmektedir.³³⁷ Örneğin whatsapp üzerinden gönderilen sesli veya görüntülü mesajın delil olarak kullanılabilmesi için hem doğrulanabilir hem de

³²⁷ Toroslu/Feyzioğlu s. 199.

³²⁸ Olayı temsil etme ifadesinden, delil olarak kullanılmak istenen vasıtanın olayın bir parçası olması veya olayı yansıtmasıdır. Bkz. Öztürk (Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri) s. 220. Bir kişiye yapılan şantajda kullanılan ses veya görüntü kaydı olayın bir parçasıdır; güvenlik kamerası ile kaydı yapılan ve bir cinayet anını gösteren ses veya görüntü kaydı olayı yansıtmaktadır.

³²⁹ Toroslu/Feyzioğlu s. 200-201; Özbek/Doğan/Bacaksız (Ceza Muhakemesi) s. 683.

³³⁰ Gökçen/Çakır s. 2929.

³³¹ Ünver/Hakeri s. 91.

³³² Feyzioğlu s. 147.

³³³ Ünver/Hakeri s. 92.

³³⁴ Feyzioğlu s. 148.

³³⁵ Çınar s. 43.

³³⁶ Zira Anayasa’nın 38. maddesinin 6. fıkrasında yer alan “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” hükmü, hukuka aykırı delillerin hiçbir usul işleminde kullanılamayacağını belirtmektedir. Bkz. Soyaslan (Hukuka Aykırı Deliller) s. 13.

³³⁷ Halid Özkan, “Ceza Muhakemesinde Ekran Görüntüsü Çıktılarının Delil Niteliği”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Editör: Yener Ünver, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 273.

kabul edilebilir özelliğe sahip olması gerekir. Dijital verinin doğrulanabilir olması adına, ilgili servis sağlayıcısı olan whatsapp'tan görüşme trafik bilgisinin talep edilebilecektir.³³⁸ Bununla birlikte whatsapp'ın, görüşme içeriğini paylaşması mümkün olmayabilir; ancak iki taraf arasında görüşme yapıldığının, gönderilecek kayıtlarla teyit edilmesi, ses veya görüntü içeren mesajın doğruluğunu teyit edebilecektir. Ayrıca günümüzde bazı yazılımlar sayesinde sahte mesajlaşma içeriği üretilebilmektedir. Bu nedenle dijital veri niteliğindeki ses veya görüntü kayıtlarının delil olarak kabul edilebilmesi için, sahte olup olmadığının ve gerçekten karşı taraftan gönderilip gönderilmediğinin teknik olarak incelenmesi gerektiği belirtilmektedir.³³⁹

Ceza soruşturmalarında genellikle yapılan uygulama, kişinin telefonun ya da bilgisayarının incelenerek suç teşkil eden ses veya görüntü kayıt içeriğinin kolluk görevlileri tarafından tutanağa bağlanmasıdır. Bu işlem, bazı durumlarda, ses veya görüntü kaydının tek başına hükme esas alınabilecek delil olarak kabul edilmesini sağlayabilmektedir. Ancak bu türden dijital delillerinin sahteliği iddia edilmişse muhakkak bilirkişi incelemesi yaptırılmalı ve kaydın bulunduğu telefon ya da bilgisayar bilirkişice incelenmelidir. Örneğin facebook üzerinden gönderilen ve hakaret ya da tehdit içeren bir ses veya görüntü kaydının delil olarak kullanılabilmesi için karşı taraftan gönderildiğinin kesin olarak tespit edilmesi gereklidir. Güvenlik nedeniyle “facebook” platformu yönetiminin adli mercilerle bilgi paylaşması zor görünmektedir. Kaldı ki bu servis sağlayıcıları, yurt dışından yönetildiğinden iletişim kurmak da zordur. İnternet servis sağlayıcıları ile adli merciler arasındaki işbirliğindeki zorluklar nedeniyle, dijital delillerin güvenilirliğini tespitteki yöntem, ses veya görüntü kaydını gönderen ya da dolaşıma sokan kişiye ve bu kişinin kullandığı araçlara ulaşmak olmalıdır. Sosyal medya platformundan ya da başka bir mecradan, hakaret ya da tehdit içerikli ses veya görüntü kaydı gönderen kişinin telefonu ya da bilgisayarı incelendiğinde dijital delilin güvenilirliği ve o kişi tarafından gönderilip gönderilmediği teyit edilebilecektir.

2. Delil Sınıflandırılması Yönünden Ses ve Görüntü Kaydının Niteliği

Öğretide deliller; “beyan delili”, “belge delili” ve “belirti” olarak sınıflandırılmaktadır.³⁴⁰ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu bu sınıflandırmayı esas almış ve beyan, belge, belirti delillerinin yargılama sürecinde nasıl ikame edileceği tek tek gösterilmiştir.³⁴¹

³³⁸ Özkan s. 274.

³³⁹ Özkan'a göre, dijital doğrulama yapılmadan, örneğin sosyal ağ sitelerinin ekran görüntüsü çıktılarının, web sitesi, içerik, yer, servis veya erişim sağlayıcısı veya resmi kurum yetkililerinden alınarak teknik doğrulaması yapılmadıkça, ceza davalarında tek başına hükme etkili delil olarak kabul edilmemelidir. Özkan s. 277.

³⁴⁰ Centel/Zafer s. 258: Centel/Zafer'e göre; delilleri kaynaklarına göre ikiye ayırmak mümkündür: Kaynağı kişi olan deliller (şanık, tanık ve bilirkişi) ve kaynağı nesne olan deliller (belge ve belirti); ayrıca bkz. Ünver/Hakeri s. 583. Hangi sınıflandırma esas alınsa alınsın, delil serbestisinin geçerli olduğu ceza muhakemesinde, her şeyin delil olduğunun ve tüm delillerin hakim tarafından serbestçe takdir edileceğinin unutulmaması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız (Ceza Muhakemesi) s. 604.

³⁴¹ Ceza muhakemesinde delil serbestisi ilkesi geçerli olsa da delil türleri ve sınıflandırılması yönünden sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğu belirtilmektedir. Bkz. Centel/Zafer s. 268; Centel/Zafer, delil sınıflandırılması yönünden sınırlı sayı ilkesinin benimsenmesinin delil serbestisi ilkesi ile çelişmediğini ifade etmektedir. Bkz. Centel/Zafer s. 268. Beyan ve belge delillerinin, somut olaya münhasır oldukları; belirtilerin ise başka hususlarla birlikte ispat edilecek hususu temsil eden delil niteliğinde olduğu ve kullanılmalarının belli bir araştırmayı gerektirdiği belirtilmektedir. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız (Ceza Muhakemesi) s. 605.

Ses ve görüntü kaydının hangi delil çeşidine girdiğinin tespiti hem ceza usul hukuku yönünden hem de delillerin değerlendirmesi yönünden önem taşır.³⁴²

En başta belirtmek gerekir ki, resmi makamların kanunda belirtilen usulü izleyerek yapmış olduğu ses veya görüntü kayıtları hariç olmak üzere, bir suçun nasıl işlendiğine ilişkin ifadeleri içeren ses veya görüntü kayıtları beyan delili niteliği taşımaz; zira beyan delili vasfında olabilmesi için suça ilişkin açıklamada bulunan kişilerin haklarını bilerek beyanda bulunmaları gerekir.³⁴³

Bir görüşe göre ses veya görüntü kayıtları, ses ve şekil tespit eden, belge delili niteliğindedir.³⁴⁴ Belge delili niteliğinde olduğundan, ilgili kayıtlara duruşmada bakılmalı, kayıt içeriği anlatılmalı ve tutanağa geçirilmelidir. (Bkz. CMK madde 209). Bu hem delillerin kollektif olmasının (yargılamanın tüm taraflarının huzurunda çelişme ilkesine uygun olarak delillerin tartışılmasının bir gereğidir); hem de hakim delillere doğrudan doğruya temas ederek kararını vermesinin yani vasıtasızlık ilkesinin bir gereğidir.³⁴⁵ Ancak ilgili ses veya görüntü kayıtlarında kişisel veriler bulunabilmektedir. Böyle durumlarda CMK'nın 209 maddesinin 2. fıkrası uygulanacak ve sanığa veya mağdura ait kişisel verilerin yer aldığı belgelerin, tarafların açıkça istemeleri halinde, kapalı oturumda anlatılmasına mahkemece karar verilebilecektir. Ancak uygulamada genellikle ses veya görüntü kaydını çözümü yeminli bilirkişiye yaptırılarak yazılı belge haline getirilmekte ve bu yazılı belge duruşmada okunarak tutanağa geçirilmektedir.³⁴⁶ Bununla birlikte taraflardan birinin ilgili ses veya görüntü kaydının içeriğine itiraz ettiği bir halde ses veya görüntü kaydına duruşmada bakılmalı ve tarafların huzurunda tartışılmasına olanak verilmelidir. Ancak böyle bir durumda tarafların haysiyeti göz önünde bulundurulmalı³⁴⁷ ve gerekiyorsa ses veya görüntü kaydının tartışmaya açıldığı duruşma kapalı yapılmalıdır.

Diğer bir görüşe göre; ses veya görüntülere ilişkin bant kayıtları belirti delili niteliğinde kabul edilmelidir; zira keşif faaliyetinin konusunu oluşturmaktadır; muhakkak surette duruşmada yargılama heyeti tarafından izlenmelidir; nasıl ki parmak ya da kan izi gibi belirti delilleri uzman bilirkişiye gönderiliyorsa; ses veya görüntü kayıtları da uzman kişiye gönderilmeli ve ek araştırma yapılmalıdır; ilgili kayıtların, gerçek konuşmaları yansıtıp yansıtmadığı ya da üzerinde oynama veya sahtecilik yapıp yapılmadığına ilişkin

³⁴² Beyan ve belge delillerinin, somut olaya münhasır oldukları; belirtilerin ise başka hususlarla birlikte ispat edilecek hususu temsil eden delil niteliğinde olduğu ve kullanılmalarının belli bir araştırmayı gerektirdiği belirtilmektedir. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız (Ceza Muhakemesi) s. 605.

³⁴³ Yenisey/Altunç s. 1319.

³⁴⁴ Ünver/Hakeri s. 596.

³⁴⁵ Gökçen/Çakır s. 2930. İletişimin dinlenmesine ilişkin çözüm tutanaklarının getirtilerek, duruşmada okunmadan ve bu hususta sanıklara diyecekleri sorulmadan hüküm kurulmasının hukuka aykırı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır s. 311, 331.

³⁴⁶ Aydın'a göre, ses ve görüntü kayıtlarının duruşmada tartışılabilmesi için içeriklerine dair tutanakların duruşmada okunulmasıyla yetinilmeyerek ses ve görüntü kayıtlarının duruşmada mutlaka dinlenmesi ve izlenmesi gerekmektedir. Bkz. Aydın s. 92.

³⁴⁷ Cinsel hayata ilişkin suçların aydınlatılmasında dahi, tanık ve sanığa insan haysiyetiyle bağdaşmayan soruların sorulamayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Tezcan/Gezer/Saygılar Kırtı/Altınok Çalışkan/Alan/Özaydın/Erden Tütüncü/Güzel/Köker/Altınok Villem/Tok s. 132.

hazırlanacak rapora göre bu kayıtlar yargılamada kullanılmalıdır.³⁴⁸

Ses veya görüntü kaydının belge delili mi yoksa yan delillerle desteklenmesi gereken belirti delili mi olduğu hususunda Öztürk'ün yapmış olduğu ayırım esas alınabilir: İlgili ses veya görüntü kayıtlarının güvenilirliğini temin etmek için kanunda belli bir usul öngörülmüşse, usulüne göre doldurulup muhafaza altına alınan ve yine usulüne uygun bir şekilde mahkemeye delil olarak sunulan ses veya görüntü kayıtları belge niteliğindedir,³⁴⁹ bunun dışında elde edilen ve mahkemeye sunulan ses veya görüntü kayıtlarının belirti olarak kabul edilmesi gerekir.³⁵⁰ Bu durumda CMK 147/1-h maddesi kapsamında, şüphelinin ifadesi alınırken yapılan ses veya görüntü kaydı ile CMK 52/3 maddesi uyarınca tanık dinlenirken yapılan ses veya görüntü kaydı³⁵¹ usulüne uygun yöntemle gerçekleştirilmişse ses ve şekil tespit eden belge niteliğinde kabul edilebilir.³⁵² Bunların haricinde, tarafların dosyaya sunmuş olduğu ses veya görüntü kaydı belirti delili niteliğinde kabul edilmelidir ve hem beş duyuyla algılanması için duruşmada izlenmek suretiyle keşfe hem de üzerinde tahrifat yapıp yapılmadığının tespiti için bilirkişi incelemesine tabi tutulmalıdır.

Duruşma salonuna hangi sıfatla olursa olsun gelen kişilerin ses veya görüntü kaydı yapmaları yasaklanmıştır (Bkz. CMK madde 183). Ancak yargılama makamının alacağı kararla duruşmada ses veya görüntü kaydı yapılabilen; duruşmada beyanda bulunan kişilerin sesleri ve görüntüleri kaydedilebilmektedir. CMK'nın 236/5-6 maddelerine göre; cinsel suç mağduru olan çocukların zorunlu olarak, cinsel saldırı mağduru olan yetişkinlerin ise rızası ile beyan ve görüntüleri kayda alınmaktadır. Sonrasında bu ses veya görüntü kaydı, uzman bilirkişi tarafından çözümlenerek CMK'nın 169/4. maddesinde belirtilen şekliye³⁵³ yazılı metin haline getirilmesi gerekmektedir.³⁵⁴

Mahkeme kararı ile duruşmada, usulüne uygun biçimde ses veya görüntü kaydı yapıldığında, elde edilen kayıt belge niteliğindedir³⁵⁵ ve elde edilen bu belgenin, duruşma tutanağından daha güvenilir olduğunu söylemek mümkündür. Ancak CMK'nın 222. maddesine göre; duruşmada olup biten olaylar ancak duruşma tutanağı ile ispat edilebilir.

³⁴⁸ Yenisey/Altunç s. 1308, 1319; Centel/Zafer s. 308.

³⁴⁹ Bkz. Öztürk (Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri) s. 232: “Örneğin 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunu'nun 55'inci maddesinde ses ve/veya görüntü bandlarının doldurulması, muhafaza altına alınması ve mahkemeye sunulmasının hangi usul ve esaslar çerçevesinde olacağı açıklanmıştır.”

³⁵⁰ Öztürk (Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri) s. 232.

³⁵¹ CMK'nın 52. maddesinin 3 fıkrasının a ve b bendine göre; *mağdur çocuklar ile duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olan kişilerin dinlenilmesinde ses veya görüntü kaydı yapılması zorunludur.*

³⁵² Tanık dinlenirken alınan ses veya görüntü kaydı yalnızca ceza muhakemesinde kullanılabilir. Bkz. CMK 52/4. Ancak her halükarda ses veya görüntü kaydı yapıldığının, ifadesi alınan ya da sorgusu yapılan kişiye bildirilmesi gerekir. Bkz. Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik'inin 19. maddesi: “*ilgililere görüntü ve ses kaydının yapılacağı konusunda bilgi verilir.*”

³⁵³ CMK'nın 169/4. maddesine göre; tutanak, işlemin yapıldığı yeri, tarihi, başlama ve bitiş saatini ve işleme katılan veya ilgisi bulunan kimselerin isimlerini içerir.

³⁵⁴ Centel/Zafer s. 302. Zira CMK'nın 236/7. maddesine göre; mağdurun kayıt altına alınan beyan ve görüntü kayıtları dava dosyasında saklanır, kimseye verilmez ve gizliliği için gerekli tedbirler alınır.

³⁵⁵ Centel/Zafer'e göre; teknik araçların sağlamlığı ortaya konulmuş ve ifadesi alınan veya sorguya çekilen şüpheli veya sanığın fark edebileceği şekilde yapılmışsa, bant kaydı tutanak gibi geçerlidir. Bkz. Centel/Zafer s. 271.

Getirilen bu özel hüküm nedeniyle duruşmada olup biten olguların ispatına ilişkin olarak delil serbestisine sınırlama getirildiğini söylemek mümkündür. Duruşma seyrine ilişkin tutanak ile duruşmada alınan ses veya görüntü kaydı arasında çelişki olduğunda, yargılama merci tarafından dikte edilen duruşma tutanağının esas alınması gerekir. Bununla birlikte duruşmada ses veya görüntü kaydı yapılması, yargılamanın güvenilir yürütülmesi açısından daha faydalı olabilir. Günümüzde duruşmanın seyrini gösteren tutanaklar mahkeme başkanlarının ya da hakimlerin, zabıt katibine dikte ettirilmesiyle oluşturulmaktadır. Kişisel hatalar ya da yanlış anlaşılmalara nedeniyle duruşma tutanağında yanlışlık olması olasıdır. Ayrıca istinaf ya da temyiz incelemesi, genellikle dosyadaki belgeler üzerinden, duruşma açılmaksızın yapılmaktadır. İlk derece yargılamasında ses veya görüntü kaydı yapıp bu kayıtlar dosyaya konulduğunda kanun yolu incelemesi yapan yargılama makamları, tarafların duruşmadaki tutum ve davranışlarına vakıf olacaklarından daha sağlıklı bir vicdani kanaate ulaşacaklardır. Bu nedenle duruşmalarda ses veya görüntü kaydı yapılmasının yaygınlaştırılması gerektiği savunulmaktadır.³⁵⁶

B. Delillerin Değerlendirmesi Serbestisi Yönünden Ses veya Görüntü Kayıtlarının Özellikleri

Delillerin değerlendirilmesi serbestisinde ise delil olarak ileri sürülen hususların delil olma özelliği ve ispat değeri hakim tarafından belirlenmektedir.³⁵⁷ Hakim, suçun sübutuna etki edecek nitelikteki bazı delillere fazla anlam yükleyebilir; bazı delillere daha az değer verebilir.³⁵⁸ Ceza muhakemesinde imtiyazlı delil kabul edilmemektedir. Başka bir ifade ile deliller arasında önemlilik, etkililik hiyerarşisi yoktur.³⁵⁹ Sanık suçunu hür irade ile ikrar etmiş olsa bile kişinin bu beyanı hakimî bağlamaz ve aksi yönde karar verebilir;³⁶⁰ ancak hakime tanınan delillerin değerlendirilmesine ilişkin bu serbesti keyfilik anlamına gelmemelidir; hakim hangi delillere neden inandığını ya da inanmadığını veya neden birini diğerinden üstün tuttuğunu kararında açıklamak zorundadır.³⁶¹ Bununla birlikte delil değerlendirmesi serbestisi gizli tanık beyanları yönünden kanunen kısıtlanmıştır; zira sadece gizli tanık beyanı ile hüküm kurulması yasaklanmıştır.³⁶² Ayrıca öğretide, sanığın susma hakkını kullanması ve tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişinin tanıklıktan çekinmesinin

³⁵⁶ Ahmet Haşim Alagüney, “Ceza Yargısı Duruşmalarında Ses ve Görüntü Kaydı Alınmasının Aleniyet İlkesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Eskişehir Barosu Dergisi, Eskişehir 2023, C. 8, S. 1, s. 100. Duruşmada ses ve görüntü kaydı yapılması kural, duruşmaların ses veya görüntü kayıtlarının üçüncü kişilere aktarılması istisna olmalıdır. Ses veya görüntü kayıtlarının yayınlanması durumunda tarafların unutulma, kişisel verilerin korunması, lekelenmeme, masumiyet karinesi gibi haklarının ihlal edilmesi olasılığının bulunduğu ifade edilmektedir. Bkz. Alagüney s. 103.

³⁵⁷ Doğan Gedik, “Ceza Muhakemesinde Hakimî Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m. 217)”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, İzmir 2019, C. 21, Özel Sayı, s. 916.

³⁵⁸ Centel/Zafer s. 827; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır s. 284.

³⁵⁹ Ünver/Hakeri s. 98-99.

³⁶⁰ Hakim, irade fesadı olmasa da failin ikrarı ile bağlı değildir; suçu kabullenmesine rağmen fail hakkında beraat kararı verilebilir. Bkz. Ünver/Hakeri s. 94.

³⁶¹ Toroslu/Feyzioğlu s. 200; Ünver/Hakeri s. 102.

³⁶² Bkz. 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesinin 8. fıkrası: “*Bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre, hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil etmez.*” ; ayrıca bkz. Centel/Zafer s. 829.

sanık aleyhine yorumlanamayacağı belirtilmektedir.³⁶³

Mutlak gerçek, artık aksinin kabulü hiçbir şekilde mümkün olmayan, her türlü değişik ihtimalin bertaraf edildiği gerçektir.³⁶⁴ Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşma amacı güdülmektedir. Bununla birlikte mahkemece kanaat getirilen maddi gerçeğin, mutlak gerçek olmama ihtimali bulunmaktadır.³⁶⁵ Bazı olayları doğrudan temsil edici niteliği bulunan ses veya görüntü kayıtlarına rastlanabilmekte ve hatta mutlak gerçeğe yaklaşılabilmektedir. Örneğin ölümlü bir kazaya yol açan aracın, kırmızı ışıktaki geçtiğini gösteren güvenlik kamerası kayıtları, duruma göre tarafların beyanlarından daha önemli bir delil vasfını kazanabilir. Üzerinde tahrifat yapılmamış ve olayı doğrudan temsil eden ses veya görüntü kaydına dayanılarak olayın, uzlaşılan gerçeklikten farklı biçimde gerçekleştiği kabul edilebilir. Hatta alınan beyanlarda taraflar, aralarında olayın nasıl gerçekleştiği hususunda uzlaşsa da; bu uzlaşma mahkemeyi bağlamaz.³⁶⁶ Yine tarafların uzlaşması ile ses veya görüntü kaydı içeren delilin yargılamada ikame edilmesinden vazgeçilmesi ya da dosyadan çıkarılması mümkün değildir; tarafların bu konudaki uzlaşısı hakimiyi bağlamaz.³⁶⁷ Çünkü CMK'nın 206/3. maddesi uyarınca, bir delilin ortaya konulmasından vazgeçilebilmesi için, delilin ortaya konulmaması talebinin, maddi gerçeği araştırmakla yükümlü olan mahkeme tarafından da kabul edilmesi gerekir.³⁶⁸

Doğrudan olayı temsil etmemekle birlikte; suç teşkil eden olayın taraflarının, suça ilişkin beyanlarını içeren ses veya görüntü kayıtları delil olarak sunulabilmektedir. Yargılamada sanığın doğru söyleme yükümlülüğü yoktur ve beyanlarının ispat gücü sınırlıdır. Yine olayın mağduru olan kişi suçtan zarar gördüğünden, suça ilişkin iddialarına ihtiyatla yaklaşmak gerekir. Tanık beyanı da güvenilirliği az olan delil araçlarındadır; zira tanık gerçeğe aykırı beyanda bulunabilir ya da olayın üzerinde uzun zaman geçmesi nedeniyle yaşananı iyi bir şekilde hatırlayamayabilir.³⁶⁹ Şüphesiz bu tespitler yargılama makamları önünde verilen beyanlar için geçerlidir; bununla birlikte planlı ve bir senaryo kapsamında oluşturulmamışsa, haberi olmadan yapılan ses veya görüntü kayıtlarındaki sanık, mağdur ya da tanığın beyanlarının içeriği, mahkeme huzurunda alınan beyanlara göre daha güvenilir kabul edilebilir.

Hakimin delilleri değerlendirirken tecrübe kurallarına dayanarak akıl yürüttüğü ve sonrasında yine akıl yürüterek boşlukları doldurduğu ifade edilmektedir.³⁷⁰ Akıl yürütürken önermelere başvurulur; önermeler doğru ise maddi gerçeğe ilişkin varılan sonuç yanlış olmayacaktır. Her ses veya görüntü kaydının gerçeği gösterdiği şeklinde bir

³⁶³ Yıldız s. 156-159. Yüksek Mahkeme kararları ile de delil değerlendirme serbestisine sınırlama getirildiği ifade edilmektedir. Bkz. Gedik s. 919-920: “Örneğin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 24.03.1989 tarih ve 1988/1 Esas 1988/2 Karar sayılı içtihadına göre ‘bedelsiz senedi kötüye kullanma’ ve ‘açığa atılan imzanın kötüye kullanılması’ suçları HMK’nın izin verdiği istisnalar hariç olmak üzere tanıkla ispat edilemez. Uygulama bu içtihat doğrultusunda suçun ispatında yazılı delil aramakta, bulunmadığı durumlarda dava beraatle sonuçlandırılmaktadır.”

³⁶⁴ Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 72.

³⁶⁵ Feyzioğlu s. 72.

³⁶⁶ Ünver/Hakeri s. 93.

³⁶⁷ Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır s. 335.

³⁶⁸ Centel/Zafer s. 834.

³⁶⁹ Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır s. 305.

³⁷⁰ Feyzioğlu s. 139.

önermenin kabulü halinde kayıtların içeriğinin maddi gerçeğe yansıttığını da kabul etmek gerekir; ancak esasında doğru olan önerme üzerinde tahrifat veya hile bulunmayan ses veya görüntü kayıtlarının maddi gerçeği yansıttığıdır. Bu durumda öncelikle yapılması gereken ses veya görüntü kayıtlarında tahrifat ya da hilenin bulunup bulunmadığının tespit edilmesidir.³⁷¹ Çözümü teknik bilgi gerektiren sorunların çözümünde bilirkişiye başvurma zorunlu olduğu dikkate alındığında³⁷² her türlü ses veya görüntü kaydının öncelikle bilirkişiye gönderilerek üzerinde tahrifat yapıp yapılmadığının tespit ettirilmesi gerekmektedir. Ancak mahkemelerin uygulamasında, tarafların söz konusu kayıtlara bir itirazı bulunmuyorsa ve hakim, ilgili kayıtlar üzerinde tahrifat yapılmadığı kanaatindeyse, bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek duyulmamaktadır.

Ceza muhakemesinde kullanılan delil sağlam, güvenilir, uydurulmamış ve değiştirilmemiş olmalıdır; delillin sağlamlığı duruşmada resen hakim tarafından denetlenmelidir.³⁷³ Ses veya görüntü kaydı üzerinde uyumsuzluk ve sahtecilik iddiasının bulunulması halinde, muhakkak, kayıtların uzman bilirkişiye gönderilmesi ve ilgili kayıttaki ses ya da görüntülerin kimlere ait olduğunun ve kayıtların olay anının bütününe kapsayıp kapsamadığının tespit ettirilmesi gerekmektedir.³⁷⁴ Hakimler, mahkeme heyeti ya da savcılar ses ve görüntü kaydında tahrifat yapıp yapılmadığına ilişkin hazırlanan bilimsel raporlarla bağlı değildir; gerek gördüğünde yeniden bilirkişi incelemesi yaptırabilir.³⁷⁵ Yeniden bilirkişi incelemesi yaptırmadan teknik veriler içeren bilimsel rapordan ayrılması ve farklı yönden karar vermesi kolay değildir.³⁷⁶ Çünkü teknik bilgi içeren rapordaki görüşlerden neden ayrıldığını ikna edici biçimde gerekçelendirmesi hemen hemen mümkün değildir.

Bir ses veya görüntü kaydının üzerinde tahrifat yapılmış ise hiçbir şekilde delil olarak kullanılamaz.³⁷⁷ Hatta üzerinde tahrifat yapılmış olan ve delil olarak sunulup, aleniyet kazanan ses ve görüntü kayıtları, kişinin yanlış tanıtılmasına neden olmuş ise özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluşabileceği belirtilmektedir.³⁷⁸ Fransız ceza kanununda olduğu gibi Türk Ceza Kanunu’nda montaj suçuna yer verilmemiştir ve esasında bu bir eksikliktir.³⁷⁹

Ses veya görüntü kaydının uzunluğu nedeniyle, sadece suç teşkil eden olayı temsil

³⁷¹ Bkz. Feyzioğlu s. 144.

³⁷² Türk Hukukunda, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişi atanması konusunda hakime ve savcıya takdir yetkisi tanınmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Saygılar/Alan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok s. 394.

³⁷³ Centel/Zafer s. 255.

³⁷⁴ Çalışkan s. 18.

³⁷⁵ Bkz. Centel/Zafer s. 829.

³⁷⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Saygılar/Alan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok s. 398.

³⁷⁷ Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır s. 312. Ses veya görüntü kayıtları manyetik kayıtlardır. Bunların son aldığı şekle bakarak daha önce hangi şekilde olduklarını tespit edilebilmesi; başka bir ifade ile bunlar üzerinde yapılan değişikliklerin saptanabilmesinin imkansız olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Tezcan/Gezer/Saygılar Kırı/Altınok Çalışkan/Alan/Özaydın/Erden Tütüncü/Güzel/Köker/Altınok Villemin/Tok s. 399.

³⁷⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız (Özel Hükümler) s. 586.

³⁷⁹ Bkz. Fransız Ceza Kanunu madde 226-8.

eden küçük bir bölüm dosyaya delil olarak girebilmektedir. Buna “makaslama” işlemi denmektedir.³⁸⁰ Kaydı yapılan tüm ses veya görüntü kayıtları, soruşturması yürütülen suç ile ilişkili olmayabilir ve kişinin özel hayatının gizliliğinin korunması için makaslama işlemi yapılması kaçınılmazdır.³⁸¹ Bununla birlikte makaslama işlemi yapılırken dikkat edilmelidir; çünkü dosyaya delil olarak giren ses ve görüntü kesitinin, öncesindeki ve sonrasındaki bölümleri, suçun aydınlatılmasında ya da sanık hakkında farklı hükümlerin uygulanmasında önem arz edebilir.³⁸²

“Alibi” belirti delili niteliğindedir ve suç işlediği şüphelenilen kişinin, suç yeri ve zamanında başka yerde olduğunun kanıtlanması ile ilgilidir.³⁸³ Elde edilen ses veya görüntü kaydı, failin suçun işlendiği zaman suç mahallinde olmadığını ve bir başka yerde olduğunu kanıtlayabilir.³⁸⁴ Esasında belirti delili niteliğinde olan ses veya görüntü kayıtlarının, üzerinde tahrifat yapılmadığının ve kaydın ilgili kişiye ait olduğunun uzman bilirkişi tarafından tespitiyle, çok önemli bir delil haline geldiği ve hakim delil değerlendirme serbestisini büyük bir oranda sınırlandırdığı söylenebilir.³⁸⁵ Zira ses veya görüntü kaydı sayesinde bir kişinin, cinayetin işlendiği an başka bir şehir olduğunun tespiti halinde; o kişiyi soruşturulan cinayetin faili yapmak hemen hemen mümkün değildir. Ancak günümüzde dijital veri niteliğinde olan ses veya görüntü kayıtları üzerinde iz bırakmadan ve kolaylıkla tahrifat yapılabilmesi hususu ve ilgili kaydı inceleyip rapor hazırlayan bilirkişinin de sahtecilik yapma olasılığı gözden kaçırılmamalıdır.³⁸⁶

Ses veya görüntü kaydının sağlamlığı tespit edildikten sonra, sanık ve mağdur haricinde, görüntülerde yer alan kişilerin tanık olarak dinlenilmesi mahkeme takdirindedir.³⁸⁷ Her ne kadar üzerinde tahrifat yapılmamış olsa da, farklı açılardan yapılan ses veya görüntü kayıtlarından, farklı anlamlar türeyebilmektedir; bu nedenle görüntü de yer alan kişilerin tanık olarak dinlenilmesinin gereklilik olduğu söylenebilir.

Tanık beyanı, ceza muhakemesinde, en az güvenilirliği olan delil araçlarından birisidir.³⁸⁸ Bu nedenle habersiz yapılan ve üzerinde tahrifat yapılmamış olan ses veya görüntü kaydındaki tanık davranışları ve beyanları, duruşmada alınan tanık beyanlarından daha güvenilir olabilir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere, ses veya görüntü kaydının, bir plan ve senaryo dahilinde yapılmamış olması gerekir aksi durumda elde ediliş yöntemi nedeniyle hukuka aykırı kabul edilebilecektir.

Yüksek Mahkeme, sadece telefon konuşmalarına dayanarak mahkumiyet kararı verilemeyeceğini kabul etmektedir.³⁸⁹ Suçun işlendiğine ilişkin ses kayıtlarını destekleyen başka delillerin de bulunması gereklidir.³⁹⁰ İçeriğine farklı anlamlar yüklenebilecek ses kayıtları tek başına delil olarak kullanılamaz.³⁹¹ Öztürk’e göre hem ses kayıtlarındaki hem de görüntü kayıtlarındaki tespitler tek başına mahkumiyet kararı verilmesi için yeterli değildir; bunların başka delil lerle desteklenmesi gerekmektedir.³⁹²

Arama, el koyma, teknik takip ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi gibi tedbir kararları hakim tarafından verilmektedir ve bu kararlara karşı tarafların itiraz etmeleri mümkündür. Yine CMK’nın 135. maddesi kapsamında, iletişimin denetlenmesi kararı hakim tarafından verilmektedir ve bu karara karşı itirazın yapılabilmesi için dinleme yapıldığının tedbir kararı sona erdikten sonra ilgili tarafa bildirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir.³⁹³ Soruşturma aşamasında karar verilen arama, elkoyma, iletişimin denetlenmesi ya da teknik takip şeklindeki tedbirlere, zamanında itiraz edilmemesi halinde, bu tedbir işlemlerinin kanun hükümlerine uygun olarak yapıldığının kabulünün gerektiği savunulmaktadır; zira bu tedbir kararları da hakim tarafından verilmektedir.³⁹⁴ Ancak Yüksek Mahkeme,

³⁸⁰ Özkan s. 268.

³⁸¹ Tezcan/Gezer/Saygılar Kırıntı/Altınok Çalışkan/Alan/Özaydın/Erden Tütüncü/Güzel/Köker/Altınok Villemin/Tok s. 632.

³⁸² Örneğin mağdurun haksız tahrik teşkil eden hareketlerini gösteren ses veya görüntü kayıtları kesilerek dosyaya girmemiş olabilir. Sadece sanığın suçu işlediğini gösteren ses veya görüntü kayıtları, yargılamayı yapan mahkeme heyetinde ya da hakimde yanlış kanaat uyandırabilir.

³⁸³ Esasında “alibi” kuralının, şüpheden sanık yararlanır kuralı ya da hukuka aykırı delilin kullanılamazlığı kuralı gibi hakimi yönlendiren ve sınırlayan ispat ilkesi olduğu belirtilmektedir. Ünver/Hakeri s. 99. Bu durumda suç işlendiği zamanda bir başka yerde olduğu kesin olarak kanıtlanan bir kişinin, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine dayanarak mahkum edilmesi mümkün olmamalıdır.

³⁸⁴ Ancak bu durumda da ses veya görüntü kaydı üzerinde tahrifat yapıp yapılmadığının bilirkişice tespit edilmesi gerekir; zira ses veya görüntüler gerçek olsa bile saat ve tarih verileri üzerinde tahrifat yapılması olasıdır, kaydeden cihazın saat ve tarih ayarları nedeniyle yine sağlıklı bir sonuca ulaşılamayabilir.

³⁸⁵ Bkz. Öztürk/Tezcan/Erden/Gezer/Saygılar/Alan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok s. 336-337, 391: “Bilimsel metotlarla elde edilen deliller, delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesini zorlamaya başlamıştır. Belirtiler bunların başında gelmektedir.” Nitekim belirtilerin, başka delillerle desteklenmesi gerekliliğinin, yasal bir zorunluluk olmayıp, mantık kurallarının bir sonucu olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Centel/Zafer s. 312.

³⁸⁶ Bu nedenle “vicdani delil sistemini”n yerini, daha güvenilir olduğu düşünülen “bilimsel delil sistemi”ne terk etmesi ihtimal dahilinde değildir. Bu konudaki tartışmalar için Bkz. Gedik s. 952-954.

³⁸⁷ İspatı gerekli olan bir hususun hem tanığı hem de belgesi varsa, bu durumda hakim, doğrudan doğruluk, sözlülük ve mahkemenin gerçeği bulma yükümlülüğü çerçevesinde, hangi tür delili tartışmaya açacağına kendisi karar verecektir. Bkz. Centel/Zafer s. 311.

³⁸⁸ Öztürk/Tezcan/Erden/Gezer/Saygılar/Alan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok s. 325.

³⁸⁹ Bkz. Yargıtay 9. Ceza Dairesi 16.02.2016 tarih ve 2015/1386 Esas 2016/1121 Karar; kararı aktaran Çalışkan s. 33; ayrıca bkz. Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır s. 313.

³⁹⁰ Bkz. Çalışkan s. 33: “Örneğin, telefon konuşmalarında uyuşturucu ticaretinden bahsedilse dahi, suça konu uyuşturucu maddeyi ele geçirmediğe faile mahkumiyet kararı verilemez.”

³⁹¹ Çalışkan s. 34.

³⁹² Bkz. Öztürk (Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri) s. 232; Çalışkan s. 61.

³⁹³ Bkz. CMK’nın 137. maddesinin 4. fıkrası.

³⁹⁴ Yenisey/Altunç s. 1310.

iletişimin denetlenmesi veya teknik takip gibi koruma tedbirlerine karar verilirken, karara dayanak gösterilen delillerin hukuka uygun olup olmadığının, yargılamanın her aşamasında denetlenmesi görülmüştür.³⁹⁵

SONUÇ

Günümüzde ses veya görüntü kayıtları, en önemli delillerden biri haline gelmiştir. Bir suç işlendiğinde soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen ilk talimatlardan biri, suç mahallini gösteren kamera kaydı varsa, bunun derhal muhafaza edilmesidir. Kimi yazarlarca belirti delili olarak kabul edilmesi gerektiği savunulan ses veya görüntü kayıtları, mahkemelerin uygulamasında hükme esas alınan yegane delil olabilmektedir. Sadece güvenlik amacıyla konulan kameralardan değil, olay gerçekleştiği anda, olay mahallinin çevresinde bulunan kişi ya da kişiler tarafından çekilen görüntüler de suçların aydınlatılmasında önemli bir işlev görmektedir. Kimi zamanda, maruz kalınan bir suçun ispatı için, mağdur tarafından ses veya görüntü kaydı yapılabilmektedir. Ses veya görüntü kayıtların delil olarak nereye konumlandırılacağına tespiti büyük önem arz etmektedir.

Ses veya görüntü kaydı almak hem kişiyi suça maruz kalmaktan koruma bağlamında işlev görmek hem de işlenen suçun ispatında rol oynamaktadır. Ama kimi bireylerce yapılan ses veya görüntü kaydı kötüye kullanılmaktadır. Karşıdaki kişiyi tahrik ederek ya da bir plan veya senaryo kapsamında yapılan ses veya görüntü kayıtlarının, elde edilmiş yöntemi itibarıyla yasak delil kapsamında olduğunun kabul edilmesi yerinde olacaktır. Ayrıca bireylerin ses veya görüntü kaydı yapması yönünden sınırsız özgürlüklerinin bulunduğu kabul edilemez. Devletler, bireylerin özel hayatının gizliliğini ihlal edemeyeceği gibi yatay düzlemde bireyler, diğer bireylerin özel hayatının gizliliğini ihlal etmemelidirler. Özel hayatın gizliliğini ihlal edecek nitelikte yapılan ses veya görüntü kayıtlarının, başka bir ifade ile kaydı suç teşkil eden verilerin, yargılamada delil olarak kullanılması mümkün olmamalıdır. Delil toplarken ses veya görüntü kaydı yapmanın, çoğu zaman özel hayatın gizliliğini ihlal edecek yanının bulunması nedeniyle, delil toplayan kurumların kanunda

belirtilen şartlara ve usullere uyması zorunludur. Bu zorunluluğa aykırı davranışlar elde edilen ses veya görüntü kayıtlarının delil olarak kullanılamamasını sonuçlar. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunun'da öngörülen ispat ve delil yasakları kamu görevlilerini bağladığı gibi özel kişileri de bağlar.

Özellikle terör ve çocuk pornografisi gibi suçların açığa çıkarılmasında sınırsız bir şekilde özel hayata müdahalede bulunulabileceği ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin de yargılamada kullanılabileceği savunulabilir. Ancak hukuk devletinde, maddi gerçeğin her ne pahasına olursa olsun ortaya çıkarılması gerektiği şeklinde bir anlayış kabul edilemez. Örneğin işkence ile elde edilen bir delil hiçbir surette yargılamada kullanılmamalıdır. Türk Hukukunda mutlak değerlendirme yasağı geçerlidir. Hukuka aykırı deliller hiçbir surette yargılamada delil olarak kullanılamaz ve hükme esas alınamaz.

Çeşitli ülkelerde, bazı koşullarda, hukuka aykırı delillerin kullanılabileceğine yönelik istisnalar getirilmektedir. Örneğin ağır suçlarda, belli koşulların sağlanması ile hukuka aykırı deliller kullanılabilmektedir. Kişinin menfaati ile suçun aydınlanmasındaki toplumsal menfaat karşılaştırıldığında toplumsal menfaat ağır basıyorsa ve delilin elde edilmiş yöntemi esasen kişinin temel haklarını ihlal etmeyecek nitelikteyse hukuka aykırı delillerin kullanılabileceğine dair istisna tanınabileceği belirtilmektedir. Yine hukuka aykırı yöntemle elde edilen delil, delil araştırmalarının o zamanki seyrine göre, kaçınılmaz bir biçimde, hukuka uygun şekilde elde edilebilecek nitelikte ise; yargılamada kullanılabilir. Usulüne uygun verilmiş bir koruma tedbiri kararı uyarınca delil toplanırken, delil toplama kolluk güçleri, kasıtlı olmayan biçimde verilen kararın dışına çıkmış olabilir. Bu durumda da iyiniyetin korunması ve tedbir kararının dışına çıkılarak elde edilen delillerin de yargılamada kullanılması sağlanabilir. Ancak Türk Hukukunda mutlak değerlendirme yasağı geçerli olduğundan, her ne şekilde olsun hukuka aykırı nitelikteki ses veya görüntü kayıtları yargılamada delil olarak ikame edilemez ve değerlendirmeye alınamaz.

Hukuka aykırı ses veya görüntü kayıtlarının, yargılamada kullanılamaması, hem bireylerin özel hayatının korunmasının hem de toplumsal düzenin sarsılmamasının bir teminatıdır. Delil olarak kullanılabilecek ses ve görüntü kayıtları ancak CMK'da belirtilen usullere bağlı kalındığında delil vasfını kazanabilecektir. Örneğin bir kişinin konutunda teknik araçla görüntüleme yapılması yasaktır. Yine kişinin, birinci derece yakını ile yapmış olduğu konuşma kayda alınamaz. Ayrıca hukuka uygun olarak ses veya görüntü kaydı yapılmış olması, bu kayıtların serbest ve sınırsız biçimde ifşa edilebileceği anlamına gelmez.

Ülkemizde ve diğer bir çok ülkede, önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde ve istihbarat çalışmalarında, bireylerin özel hayatlarına sınırsız bir şekilde müdahale edilebilmektedir. Mahkeme ya da savcılık gözetimi olmadığından, sınırsız bir şekilde, kişilerin özel hayatına müdahale edilmek suretiyle elde edilen bulgular delil niteliği taşımaz ve yargılamada kullanılamaz. Ancak önleyici kolluk faaliyeti yürütülürken, ses veya görüntü kaydı almadaki bu sınırsızlık, kötüye kullanmayı beraberinde getirmektedir. Örneğin, bir suç soruşturması bahanesi ile kişinin evine konan kamerada, tesadüfen yasak bir ilişki görüntülenmekte ve kayda alınmakta, sonrasında bu görüntü kişinin aleyhine, yasa dışı bir şekilde kullanılabilmektedir. Burada devletlere ve devlette yönetici konumunda

³⁹⁵ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 08.05.2017 tarih ve 2016/2524 Esas 2017/5338 Karar “Somut olayda; Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilen isimsiz, imzasız, tarihsiz mektup ile sanığın Ergenekon’un propagandasının yaptığının iddia edildiği, yine tüm sanıkların, katılana şantaj yaptığı iddiasıyla haklarında ayrı ayrı soruşturma başlatıldığı, dosya kapsamında bulunan dinleme taleplerinden de anlaşılacağı üzere sanıklar hakkında TCK’nın 220. maddesi kapsamında cebir ve şiddete dayalı çıkar amaçlı bir örgüt yapılması bulunup bulunmadığı yönünde delil elde edilebilmesi için, teknik takip, fiziki takip ve gizli izleme ile iletişimin tespiti kararları alındığı, iletişimin tespiti, teknik takip ve izleme kararları ile sanıkların takip edilebilmeleri için, öncelikle yapılan ihbarın nereden ve kim tarafından gönderildiğinin yargılamanın hiçbir safhasında araştırılmadığı gibi verilen kararlarında da soyut gerekçelerle verildiği anlaşılmış olmakla, mahkemece hükme esas alınan iletişimin dinlenmesi ve uzatma kararları ile elde edilen ve hükme esas alınan delillerin hukuka aykırı olup yasak delil niteliğinde olduğu”; ayrıca bkz. Yargıtay 7. Ceza Dairesi 27.11.2013 tarih ve 2013/5178 Esas 2013/23749 Karar: “Somut olayda katılan vekilinin şikayet dilekçesinde sanığın korsan kitap sattığına dair delil ve emarelerden bahsedilmediği gibi genel, soyut nitelikteki iddialara yer verilmiştir. Sözü edilen dilekçede arama için makul şüpheyi haklı kılan unsurlar yoktur. Şüphe, belirli bir olguya dayanmamakta, sadece iddiadan ibaret düzeyde kalmaktadır. Aranılacak kişi ve aramanın nedenini oluşturan fiil de belli değildir. O halde sulh ceza mahkemesinin adli aramasına ilişkin verdiği karar hukuka aykırı olup,”

olan kişilere önemli bir görev düşmektedir. Bu görevde, toplumsal düzeni sağlamak için kolluk faaliyeti yürüten ya da istihbarat toplayan kamu kurumlarının ve bu kurumlarda çalışan görevlilerinin hukuka uygun hareket etmelerini temin edilmesidir. Günümüzde özellikle yönetime muhalif kişilerin, özel hayatlarına girilerek iktidar lehine avantaj sağlanmaya çalışıldığı hadiselerle sıklıkla rastlanmaktadır. Hukuk devletinde hem önleyici kolluk faaliyetinin hem de delil toplama amacıyla yapılan ses veya görüntü kayıtlarının denetim altında yapılması ve ayrıntılı düzenlenecek kanunlara dayanması büyük önem arz etmektedir. Her ne kadar mahkeme kararı olmadan yapılan ses ve görüntü kayıtları ve ifşası özel hayatın gizliliği suçunu oluştursa ve yaptırım altında alınmış olsa da, bu kayıtlar bir kez başkalarının öğrenebileceği şekilde dolaşıma sokulduğunda, özel hayatının gizli alanı ihlal edilen kişinin itibarını eskisine döndürmek kolay değildir.

KAYNAKÇA

Abanoz, Buket, *Kamusal Alanda Kameralı Gözetlemenin Suçun Önlenmesindeki Etkisi ve Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Sorunu*, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2018.

Açıkalın, Feride, “Türk Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Aracılığıyla Elde Edilen Delillerin İspat Değeri”, *Ceza Muhakemesinde Delil*, Editör: Pınar Memiş Kartal, Der Yayınları, İstanbul 2020, s. 211-244.

Akyürek, Güçlü, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2012, C. 25, S. 101, s. 62-63, s. 61-82.

Akyürek, Güçlü, “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal”, *Özel Ceza Hukuku Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 611-626.

Alagüney, Ahmet Haşim, “Ceza Yargısı Duruşmalarında Ses ve Görüntü Kaydı Alınmasının Aleniyet İlkesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Eskişehir Barosu Dergisi*, Eskişehir 2023, C. 8, S. 1, s. 89-105.

Aydın, Devrim, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Başbüyük, İsa, “İletişim Sırasında Elde Edilen Gizli Ses Kayıtlarının Ceza Muhakemesinde Delil Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2017, C. 19, S. 1, s. 161-204.

Bayraktar, Köksal, “Kişisel Verilerin Ele Geçirilmesi, Yayılması ve Yok Edilmemesi”, *Özel Ceza Hukuku Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 627-654.

Bıçak, A. Vahit, “Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımlar”, *İnsan Hakları Yıllığı*, TODAİE Yayınları, Ankara 1997, C. 17-18, S. 1, s. 247-259.

Centel, Nur/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, 21. Baskı, İstanbul 2022.

Çalışkan, Suat, *Ses ve Görüntü Kayıtlarının Delil Olma Niteliği*, Platon Plus Yayıncılık, İstanbul 2021.

Çınar, Ali Rıza, “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2004, C. 17, S. 55, s. 31-64.

Dündar, Meltem, *İngiliz ve Türk Ceza Muhakemesi Hukuklarında Hukuka Aykırı Deliller*,

On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018.

Eker Kazancı, Behiye, “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir 2007, C. 9, S. 1, s. 131-164.

Erdağ, Ali İhsan, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2011, C. 23, S. 92, s. 31-61.

Erem, Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 1943, C. 1, S. 1, s. 35-72.

Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

Gedik, Doğan, “Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m. 217)”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, İzmir 2019, C. 21, Özel Sayı, s. 913-963.

Gödekli, Mehmet, “Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2016, C. 65, S. 4, s. 1815-1924.

Gökçen, Ahmet /Murat Balcı/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2023.

Gökçen, Ahmet /Kerim Çakır, “Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, İzmir 2019, C. 21, Özel Sayı, s. 2911-2951.

Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, 4. Baskı, Bursa 2021.

Koçer, Seçkin, “Kamusal Alanda Kameralı İzleme Sistemlerinin Hukuka Uygunluğu Üzerine Bir Değerlendirme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2022, s. 1-36.

Köse, Metin, “Amerikan Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı Delillerin Dışlanması”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2019, C. 9, S. 1, s. 159-195.

Kunter, Nurullah/Feridun Yenisey/Ayşe, Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, 18. Baskı, İstanbul 2010.

Önok, Murat, “Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, İletişim Özgürlüğüne Müdahale, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2009, s. 49-87.

Özbek, Veli Özer, “Elektronik Ortamda Saklı Bulunan Verilerin Ceza Muhakemesinde Delil Niteliği ve Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2001, C. 59, S. 1-2, s. 181-202.

Özbek, Veli Özer /Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 15. Baskı, Ankara 2022.

Özbek, Veli Özer/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 17. Baskı, Ankara 2022.

Özbudun, Ergun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975 Cilt I*, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, s. 265-295.

Özen, Muharrem /Mustafa Özen, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Duygun Yarsuvat’a Armağan, İstanbul 2012, C. 9, S. 2, s. 301-329.

Özkan, Halid, “Ceza Muhakemesinde Ekran Görüntüsü Çıktılarının Delil Niteliği”, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat*, Editör: Yener Ünver, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 265-287.

Özkul, Fatih, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Ankara 2017, C. 5, S. 9, s. 397-425.

Öztürk, Bahri, “CMUK Reformu ve Delil Yasakları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Konya 1994, C. 4, S. 1-2, s. 39-49.

Öztürk, Bahri/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/Yasemin F. Saygılar/Esra Alan/Özdem Özaydın/Efser Erden Tütüncü/Derya Altınok Villemine/Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Editör: Bahri Öztürk, Seçkin Yayınevi, 16. Baskı, Ankara 2022.

Öztürk, Bahri, “Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 219-233.

Paftalı, Haluk, *Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın Ek 4. Maddesi Çerçevesinde Özel Hayat Alanının Korunması*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021.

Roxin, Claus, “İspat Hukukunun Esasları”, Çeviren: Yener Ünver, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, İstanbul 2005, C. 4, S. 8, s. 265-289.

Sağlam, Fazıl, “Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Ankara 1975, C. 30, S. 1, s. 107-116.

Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara 2020.

Soyaslan, Doğan, “Hukuka Aykırı Deliller”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Erzincan 2003, C. 7, S. 3-4, s. 9-26.

Şare, Ersin, “Yüksek Mahkeme Kararlarında Meşru Savunma”, İzmir Barosu Dergisi, İzmir 2018, C. 83, S. 1, s. 13-58.

Taneri, Gökhan/Gani Kamışlı, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.

Taşkaya, Sevim Sena, “Dijital Deliller ve Türk Hukukunda Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma”, Ceza Muhakemesinde Delil, Editör: Pınar Memiş Kartal, Der Yayınları, İstanbul 2020, s. 129-162.

Taşkın, Şaban Cankat, “İsrarlı Takip Suçu”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2023, C. 10, S. 1, s. 91-135.

Tezcan, Durmuş, “AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Delillerin Değeri”, *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, C. II, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Yayını, Ankara 2008, s. 1221-1227.

Tezcan, Durmuş/Özge Sırma Gezer/ Yasemin Saygılar Kırıt/Elif Altınok Çalışkan/Esra Alan/Özdem Özaydın/Efser Erden Tütüncü/İdris Güzel/Nilüfer Köker/Derya Altınok Villemin/Mehmet Can Tok, *Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku*, Editörler: Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2022.

Thaman, Stephen C., “Karşılaştırmalı Hukukta ‘Zehirli Ağacın Meyveleri’ ”, Çeviren: Hale Akdağ, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat*, Editör: Yener Ünver, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 409-456.

Toroslu, Nevzat/Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, 21. Baskı,

Ankara 2020.

Turinay, Faruk Y., “Ceza Muhakemesi Hukukunda Teknik Araçlarla İzleme”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ankara 2021, C. 12, S. 46, s. 413-454.

Ünver, Yener/Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, 19. Baskı, Ankara 2022.

Yaşar, Yusuf, “Bir Suçun İspatı Amacıyla İletişimin Kayda Alınmasının Hukuki Niteliği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ankara 2013, C. 4, S. 14, s. 353-396.

Yavuz, Can, *Cinsel İçerikli Görüntülerin Rıza Dışı Paylaşımı İntikam Pornosu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.

Yenisey, Feridun/Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu*, Beta Yayınevi, İstanbul 2009.

Yenisey, Feridun/Salih Oktar/Ayla Oktar, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO)*, Beta Yayınevi, 3. Baskı, İstanbul 2020.

Yenisey, Feridun/Sinan Altunç, “İletişimin Denetlenmesi Hakkında”, *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, C. II, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı Yayını, Ankara 2008, s. 1295-1319.

Yıldız, Ali Kemal, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi*, Doktora Tezi, İstanbul 2002.

Yokuş Sevük, Handan, “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu”, Dicle Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi, Diyarbakır 2008, C. 12-13, S. 16-17-18-19, s. 159-195.

Yokuş Sevük, Handan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2019.

Zafer, Hamide, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134)*, Beta Yayınevi, İstanbul 2010.

ÇOCUK İSTİSMARININ FARKLI BİR FORMU OLARAK MUNCHAUSEN BY PROXY SENDROMU (BAŞKASINA YÜKLENEN YAPAY BOZUKLUK)

Stj. Av. Derya EGİLMEZ

Yapay yani suni bozukluk, fiziksel veya psikolojik bir takım hastalık semptomlarının kişinin kendisince yaratılması,taklit edilmesi ama aslında gerçek olmamasıdır.DSM-5`te¹ iki tür yapay bozukluk tanımlanmıştır: Bunlardan ilki davranışları ile kendisine birtakım semptomlar yükleyen yani semptomlar kendisinde varmış gibi davranan tür, diğeri ise davranışların bir başkasını etkilediği türdür.²

Fiziksel veya psikolojik yapay semptomların kişinin kendisince yaşandığı duruma MunchausenSendromu(MS)³ veya Kendine Yüklenen Yapay Bozukluk(KYYB) adı verilmektedir. Alman baron Munchausen`ın gerçek dışı öykülerinden yola çıkarak Richard Asher⁴ tarafından 1951 yılında,hastane hastane dolaşıp hastalık öyküleri uyduran ve kendilerine gereksiz yere cerrahi girişimler uygulanmasına razı bir grup hastayı belirtmek amacıyla tanımlanmıştır.⁵ MS olan kişilerin bir kısmı gerçekten hastalık semptomlarına sahipken bir kısmında semptom bulunmamakta, hastalık belirtilerini uydurarak veya fazlasıyla abartarak⁶ hastaneye yatma eğilimi göstermektedirler.⁷ Bunlar epileptik nöbet, kanama, kusma, ateş, dermatolojik lezyonlar gibi belirtileri taklit etmek suretiyle ameliyat

¹ (Diagnosticand Statistical Manual of MentalDisorders) Amerikan Psikiyatri Birliği tarafından yayınlanan “Mental Bozuklukların Tanısal ve İstatiksel El Kitabı”dır.

² James Morrison, DSM 5,i Kolaylaştıran Klinisyenler İçin Tanı Rehberi, (Çev.Hanife Uğur Kural),Nobel y.,Ankara,2018,s.269

³ Karl FredrichvonMunchausen, XVIII.yüzyılda Rus-Osmanlı savaşında Rus ordusunda paralı süvari olarak görev yapmış, savaş dönüşünde kahramanlıklarıyla ilgili anlattığı ve sonrasında gerçek olmadığı öğrenilen hikayeleriyle ün kazanmıştır. Bkz. Aybüke Yurteri Tiryaki/Gülen Baran, “Bir Çocuk İstismarı Türü Olarak MunchausenBy Proxy Sendromu”,**Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi**,C.6,S.1,Ankara, 2017,s.107-124. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbid/issue/38421/445645>, (E.T.:8/07/2023).

⁴ İngiliz asıllı endokrin ve hematoloji uzmanıdır, Munchausen Sendromunu 1951`de The Lancet`teki makalesinde tanımlamıştır.

⁵ Ayşe Gözlükaya,”Kanama ile Başvuran Bir Munchausen Sendromu Olgusu”, **Akademik Acil Tıp Olgu Sunumlar Dergisi**,C.1, S.1,s.47-49,Bkz. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/460374>, (E.T.:28/07/2023)

⁶ Hastaların %29`unun hastalığa bağlı ortaya çıkan ağır komplikasyonlar nedeni ile cerrahi girişim geçirdiği bildirilmiştir. Bunlar arasında osteomyelit(kemik enfeksiyonu) sonucu bacak amputasyonu yapılan, tekrarlayan meme apsesi sonucu mastektomi(meme dokusunun veya memenin çıkarılması) yapılan, çatal yutma sonucu gastrektomi(midenin kısmen veya tamamen alınması) yapılan olgular bulunmaktadır. Bu olgularda prognoz genellikle kötüdür ve şifa bulan olgu sayısı çok azdır . Ayrıca bu hastaların sürekli hekim veya hastane değiştirmeleri hastaların takibini güçleştirmektedir. Bkz.Gözlükaya, s.2.

⁷ DSM 5,s.268

dahi olmakta⁸ ancak neden böyle davrandıklarını kendileri de tam olarak bilmemektedirler. Hasta rolü yaparak maddi kazanç, işten veya askerlikten kaçmak gibi bir saik taşımazlar ancak bu noktada hasta rolünü dikkat çekmek için mi yoksa kazanç için mi yaptıklarının tespit edilmesi gerekir. Zira şahıs,askerden ya da işe gitmekten kaçma, tazminat elde etme, cezai kovuşturmadan kaçınma, ilaca kolayca ulaşma, sosyal veya engelli hakları elde etme, kaza ile yaralanma sonrası hak iddia edebilme, nefret edilen işverenden intikam alabilme gibi çok çeşitli motivasyonlar ile hareket ederek,⁹ fiziksel ya da ruhsal bozuklukların belirtilerini kasti olarak yaratıp hasta rolü yapıyorsa bu durum temaruz olarak adlandırılmaktadır.¹⁰ Oysa MS`de amaç sağlık personelinin dikkatini çekmek, ilgi odağı olmak, hastanede tedavi görmek<sup>11</sup> olabilmektedir.Temaruz ve MS ayrımı oldukça zordur ancak DSM-5`te ayırımı ilişkin tanı kriterleri sunulmuştur. Şayet hasta rolü yapan kişide antisosyal kişilik bozukluğu varsa, değerlendirme yapacak sağlık personeli ile işbirliği içinde değilse, anlattığı öykü bilgi alınan diğer kişilerin anlattıklarıyla veya bilinen diğer gerçeklerle örtüşmüyorsa, kişinin yasal problemleri varsa ya da maddi bir kazanç elde edecekse temaruz şüphesi ağır basacaktır.¹² Temaruzda kazanç olasılığı sona erdiğinde veya risk taşıyan tıbbi müdahalelere uğrama durumu ortaya çıktığında hastalığa ilişkin belirti ve bulgu üretimi genellikle sona ermektedir.¹³

MS tanısı alan hastalara bakıldığında çok sayıda hastaneye yatış öyküsü, sebebi bulunamayan ve tedavi edilmesine rağmen geçmeyen, tekrar eden semptomlar, hastanede yattığı süreçte ziyaretçi eksikliği, diğer hastalarla yakın temas kuramama, değişkenlik gösteren belirti ve abartılı hastalık öyküleri, tıbbi bilgiye sahip olma, her türlü tetkik ve müdahaleye açık ve istekli olma, isteklerin karşılanmadığı durumlardaysa öfke, kızgınlık ve hekim değiştirme gibi ortak özellikler görülmektedir. Bu hastaların çocukluk yaşantılarında ebeveynleri tarafından ihmal edildikleri, istismara uğradıkları, travmatik olaylara maruz bırakıldıkları veya tanık oldukları, terk edildikleri, ilgi yoksunlukları olduğu,hayatlarının ilk beş yılında sık hastalanma ve uzun süreli hastanede yatış öykülerinin olduğu belirtilmektedir. Bebeklik döneminde oluşmaya başlayan benlik duygusunun bu dönemde yaşanan örseleyici tutum ve davranışlardan olumsuz etkilendiği vurgulanmaktadır. Bireyin ortaya çıkardığı fiziksel, psikolojik belirti ve bulguları bağımlılık, onay, ilgi ve sevgi gereksinimlerini tatmin etme aracı olarak kullandığı düşünülmektedir.MS olan bireyler incelendiğinde; kadınlarda erkeklerden daha çok görüldüğü, sağlık konusundaki bilgilerinin bir hayli fazla olduğu ve

⁸ Abdulkadir Çevik/ Coşkun Şarman/ Ayşe Bingöl/Ülgen Okyavuz, “Bir Olgu Nedeniyle Munchausen Sendromu ve Tedavisi”, **Ankara Tıp Mecmuası**, C.43, Ankara,1990, s.471-478.Bkz. https://cms.galenos.com.tr/Uploads/Article_49398/ATFM-43-471-En.pdf, (E.T.:28/07/2023).

⁹ Amine Merve Atalay Saka,**Maluliyet İstemi ile Başvuran Psikotik Bozukluğu Olan Hastalarda Temaruz Eğilimi ve İlgili Klinik Değişkenlerin Araştırılması**, Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi,Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Ana Bilim Dalı, Ankara,2018,s.4.

¹⁰ DSM-5,s.599.

¹¹ Bu amaçla kendinden kan alma, vücuduna insülin enjekte etme, enjeksiyonla vücuduna enfeksiyon bulaştırma, ameliyat sonrası ameliyat bölgesindeki yaraları açarak iyileştirmeyi geciktirme gibi ciddi sağlık sorunları oluşturacak davranış bozuklukları görülebilmektedir. Olgu sunumu için bkz.İbrahimTürkçüer/ Mustafa Serinken/Cem Sengül/Mert Özen, “Munchausen Sendromu mu? Yoksa Temaruz mu?”, **Türkiye Acil Tıp Dergisi**, C.10, S.1,2010,s.38-40. Bkz. <https://turkjemergmed.com/full-text-pdf/320/tur>. (E.T.:10/07/2023).

¹² DSM-5,s.599.

¹³ Türkçüer/Serinken/Sengül/Özen,s.39.

hafiften ağıra kadar çeşitli kişilik bozuklukları gösterdikleri belirlenmiştir.¹⁴ DSM-5’te tanımlanan bir diğer yapay bozukluk ise Munchausenby Proxy Sendromu(MBPS) dur. Vekaleten Munchausen,Maskeliistismar,Başkasına Yüklenen Yapay Bozukluk(BYYB) da denilen MBPS, bakım verenin ve özellikle sağlık bilgisi olan annenin çocuğunda bir takım semptomlar oluşturarak gereksiz tahlil ve tedavi yapılmasını sağladığı klinik bir tablodur.¹⁵ Dünya Sağlık Örgütü, bir yetişkin tarafından bilerek veya bilmeyerek yapılan ve çocuğun sağlığını, fiziksel ve psiko-sosyal gelişimini olumsuz yönde etkileyen davranışları çocuk istismarı olarak tanımlamaktadır. Munchausenbyproxy sendromu (MBPS) da çocuk istismarının çok ağır ve özel bir şeklidir.¹⁶

1977 yılında İngiliz pediatriist Roy Meadow,annelerin bakımından sorumlu olduğu çocuklarının tıbbi bulgularını değiştirerek bazı hastalık belirtileri oluşturduğu ve bu nedenle çocukların hasta olarak tanılanıp tedavi gördüğü vakalar ile karşılaşmıştır. Önceleri “kaza dışı yaralanma” olarak tanımladığı bu durum ile MS arasında bir ilişki olduğunu fark ederek sendroma “byPoxy” (vekaleten) ifadesini eklemiş böylece sendrom “Bakım Vereninin Oluşturduğu Yapay Bozukluk” adını almış sonrasında ise DSM-5’te “Bir Başkasına Yüklenen Yapay Bozukluk” olarak güncellenmiştir.¹⁷ MBPS’de kişi, bakımı altında bulunan bir başka kişide istemli olarak hastalık belirtileri oluşturmakta ve onu gereksiz tahlil ve tedavilere maruz bırakmaktadır. En sık görülen şekli de annenin kendi çocuğunda hastalık oluşturmasıdır.¹⁸ Anne ,baba, bakıcı, büyükanne ama çoğunlukla anne tarafından çocuğun sağlığı hakkında sistematik bilgiler uydurularak hastalık yakıştırılmakta¹⁹ ve oluşturulan hastalık öyküsü ile uyuşmayan, nedeni bulunamayan ısrarlı,tekrarlayıcı, klinik bulgularla örtüşmeyen hastalık belirtileri oluşturularak çocuk istismar edilmektedir.²⁰ Belirti tarifleri; çocuklardan tetkik için alınan numunelerin değiştirilmesi ya da üzerlerinde oynanarak hastalık durumunu sürdürme, sahte hastalık öyküsü uydurma, zararlı maddeler vererek gerçekten hastalık oluşturma durumunu kapsamaktadır. Bakım verenin oluşturduğu yapaybozuklukta MSBP tanısı, çocukta hastalık durumu oluşturan bakım verene aittir.²¹ İstismar eden ebeveyn çocuğun tıbbi tanı ve tedavi almasından mutluluk duymakta ve haz almaktadır. Çocuklar psikolojik ve fiziksel olarak acı çekmekte gereksiz tedaviler ile zarar verici ve ağırlı uygulamalara

¹⁴ Yurteri Tiriyaki/Baran, s.110.

¹⁵ Oğuz Polat, **Çocuk İstismarı-1**, 3. B.,Seçkin Yayıncılık, Ankara,2019,s.322.

¹⁶ Tolga İnce/Kadriye Yurdakök,”Munchausenby Proxy Sendromu; Ağır Bir Çocuk İstismarı Formu”,Türkiye Çocuk Hastalıkları Dergisi, C.8,S.3,Ankara,2014,s.165. Bkz. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/tchd/issue/44379/548985>. (E.T.:30/07/2023)

¹⁷ Yurteri Tiriyaki/Baran,s.111.

¹⁸ Sefa Saygılı, “Munchausenby Proxy Sendromu”, **Haseki Tıp Bülteni**, C.47, S.3,İstanbul,1990,s.135. Bkz. <https://www.hasekidergisi.com/archives/archive-detail/article-preview/bir-olgu-dolaysyla-munchausen-by-proxy-sendromu-ve/6050>.(E.T.:10/07/2023).

¹⁹ Polat,s.322.

²⁰ Cengiz Özbesler/Arzu İçağasioğlu Çoban, “Ebeveyn Yoluyla Munchausen Sendromu Olgularında Sosyal Hizmetin Rolü”,Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, C.6,S.21,Ankara,2010,s.41.Bkz. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/spcd/issue/21100/227233>.(E.T.:10/07/2023)

²¹ Ali Rıza Tümer/Aysun Balseven Odabaşı/Dilşad Foto Özdemir/Erdem İlker Mutlu/Ayşe Derya Kaynak,”Çocuk İstismarının Ağır Bir Türü: Bakım Vereninin Yapay Bozukluğuna(MunchausenBy Proxy Sendromu) Hukuki ve Tıbbi Bakış”, s.583 Bkz.<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/155606>(E.T.:30/07/2023)hhttps://

maruz bırakılmaktadır. Hastalık uydurma ve hastalığı taklit etme şeklinde karşımıza çıkan bu istismar formunda ölüm oranı %33 gibi yüksek bir seviyede seyretmektedir.²²

ANNELERİN SEMPTOM OLUŞTURMA YÖNTEMLERİ

Stirling ve arkadaşları eylemin türüne ve ciddiyetine göre yaptığı sınıflandırmada anne davranışlarını üçe ayırmıştır:1) Belirti üretenler; çocuğa doğrudan müdahalede bulunmayıp mütemadiyen hastalık belirtileri aktarırlar ancak hekim tarafından tespit edilemezler. 2) Kanıtlara müdahale edenler;hastalık araştırılırken yapılan kan,idrara tahlillerine, diğer tetkiklere müdahale ederler ve sonuçların yanlış çıkmasına sebep olup doktoru yanıltırlar.²³ 3)Belirtileri indükleyenler;çocukta hastalık çıkarmak için doğrudan

²² Polat,s.322.

²³ 1.Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı Başkanlığınca başhekimliğe yazılan tutanakta; Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Balcalı Hastanesi Çocuk aciline getirilen çocuktan akşam alınan kan sonuçlarında, özellikle üre, kreatin ve potasyumun (ölçülemeyecek düzeyde) anormal derecelerde yüksek olduğu, gündüz sonuçlarında ise tüm değerlerin normal olduğu, bu durumun hastane yönetimine bildirildiği, yapılan incelemelerde ise laboratuvarın bir hatasının olmadığı görüldüğü, hastanın tekrar hastaneye girişinde ailenin hastaya uyku ilacı verdiğini söylediği, ilgili bilim dalı tarafından tutanaklar tutulduğu, uyku ilacı ile izah edilemeyecek olan anormal kan değerlerinin görüldüğü, hastanın Adana Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi’ne müracaat ettiği, oradaki doktorlardan, alınan kan numunesini ikiye ayırıp birisini hasta sahibi ile gönderirken diğerini aynı laboratuvara kendilerinin götürmeleri istendiği, hasta sahibinin götürdüğü örnekte üre ve kreatinin hayatla bağdaşmayacak şekilde yüksek bulunurken, doktorun kendi götürdüğü örnekte normal çıktığı, hastanedeki anormal sonuçların gece alınan numunelerde olduğu, gece personel sıkıntısından dolayı örneklerin hasta sahibiyle gönderildiğinin tespit edildiği, bu durumda hasta sahibinin alınan kan örneğine üre ve kreatinin zengin olan bir numuneyi (muhtemelen idrar) karıştırdığı kanaatine varıldığı, alınan örneğin ise çocuğu annesiyle birlikte hastaneye getiren dedesi tarafından götürüldüğü belirtilmektedir. Olgunun tamamı için bkz.Eren Akgündüz/Kenan Kaya/Esen Kalaoğlu/Fatma Derya Bulut/Ahmet Hilal,” **AhiEvran Tıp Dergisi**, Munchausenbyproxy sendromu: Bir olgu sunumu” C.2,S.1, 2018,s17. Bkz.<https://asosindex.com.tr/index.jsp?modul=articles-page&journal-id=905&article-id=49231>. (E.T.:30/07/2023).

2.Meadow tarafından bilgilendirilen bir olguda, kötü kokulu idrar şikayetiyle getirilen 6 yaşındaki bir kız çocuğunun annesine Munchausenby Proxy Sendromu tanısının konmasına kadar geçen süre içerisinde, 12 defa hastaneye yatış, 150 defa idrar kültürü, 8 defa ilaç tedavisi, 7 defa büyük radyolojik müdahale, 6 defa anestezi altında muayene, 5 defa sistoskopi uygulandığı belirtilmiş ve annenin çocuğun idrarına kendi menstruasyonu sırasındaki idrarını karıştırdığı belirlenerek tanı konmuştur. Bkz. Yurteri Tiriyaki/Baran,s.112.

müdahalede bulunurlar, sekellere hatta ölüme sebep olabilirler.²⁴ Bakım verenin hastalık belirtilerini oluşturma biçimi semptomla göre değişiklik göstermektedir. Nöbet, apne krizi, başdönmesi, nörolojik belirtiler için çocuğu zehirleme, havasız bırakma, karotid sinüs üzerine baskı uygulama; kanama için çiğ et, renkli maddeleri çocuğa bulaştırma veya annenin vajinal tampondan aldığı kanı çocuğun tahlil için alınan idrarına bulaştırma; ateş için termometreyi ısıtma, ateş ölçüm çizelgesini değiştirme, kontamine enjeksiyon materyallerini çocuğun damar yoluna sokma; ishal oluşumu için laksatif verme; kusma için tuz veya emetik (kusturucu) verilmesi; yüksek tansiyon için tansiyon ölçüm çizelgelerini değiştirme; deri üzerindeki döküntüler için deriyi kabarcık oluşacak şekilde kaşıma, aşındırıcı kostik ve boya kullanma; böbrek taşı için çocuğun idrarına kan bulaştırma ve taş koyma; büyüme geriliği için çocuğa yemek vermeme, hastanede yattığı süreçte yediklerini nazogastrik sonda ile geri çıkarma²⁵ gibi çocuğa zarar verici uygulamalar ile farklı semptomlar oluşturularak çocuğa ya bakım veren tarafından acı çektilmekte veya varmış gibi görünen semptomlar dolayısıyla sağlık çalışanları tarafından çocuğa gereksiz ve ızdırap verici müdahaleler yapılmaktadır.

²⁴ Bir yaş bir aylık erkek hasta, ishal ve kusma şikayeti ile acil servise başvurmuştur. Hastanın 15 gündür, günde 5-10 kez sulu ishali ve 3-4 kez kusması oluyormuş. Annenin, hastanın kusmuğunda kan olduğunu belirtmesi üzerine, gözlem ve tetkiklerin yapılması amacıyla, süt çocuğun servisine yatışı yapılmış, ilk muayenesi normal olarak değerlendirilmiştir. Annenin kanlı kusma şikayeti belirtmesi üzerine, hastaya nazogastrik sonda takılarak 24 saat kanama takibi yapılmış herhangi bir kanama gözlenmemiştir. Hemogramda kanama düşündürecek bir değişiklik saptanmamış, hastanın yatışı boyunca takiplerinde ishal ve kusma gözlenmemiştir. Yapılan laboratuvar incelemelerinde; rotavirus, adenovirus, gaitada parazit ve gaitada gizli kan testleri negatif olarak gelmiştir. Alınan ilk idrar kültürü sonucunun “kontamine idrar” olarak gelmesi üzerine tekrarlanan idrar kültürü sonucu ise “üreme yok” olarak gelmiş, yapılan batin ultrasonografi (USG) sonucunda batin içi organların normal olarak değerlendirildiği belirtilmiştir. Hastanın önceki kayıtları incelendiğinde ishal ve kusma şikayetleri ile 16 kez hastaneye başvurduğu ve bu başvuruların 11’inin eğitim araştırma hastanesine, 5’inin tıp fakültesine olduğu, bu başvuruların hiçbirinde bir patoloji saptanmadığı görülmüştür. Bu nedenle annede MPS tanısından şüphelenilerek hasta, çocuk psikiyatri polikliniğine konsülte edilmiş, annesi psikiyatriye yönlendirilmiştir. Hastanın genel durumunun iyi olması üzerine çocuk psikiyatrisine tekrar yönlendirilerek hasta taburcu edilmiştir. Hasta, takibimizin 2. yatışından yaklaşık 1-1,5 ay sonra gaitada kan şikayeti ile annesi tarafından acil servise tekrar getirilmiş burada değerlendirilen hasta süt çocuğu servisine gözlem ve tedavi amacıyla tekrar yatırılmıştır. Yapılan tetkiklerinde gaitada gizli kan pozitif olarak bulunmuş fakat hastanın başka herhangi bir semptomu olmadığı gibi yapılan fizik muayenesi de normal değerlendirilmiştir. Daha önce MPS tanısı düşünüldüğü, personel tarafından bilindiği için hasta serviste yakın olarak takip edilmiştir. Servis hemşiresi tarafından yatakta kırık bir civalı derece görülmesi (hastanede civalı termometre kullanılmamaktadır) üzerine anneye bu durum sorulmuş, anne, makattan ateş ölçmeye çalıştığını, belirtmiştir. Derecenin kırık ve bozuk olduğu tespit edilmiş, hastanın anal bölgesinde erozyon saptanmış ve gaitadaki gizli kan bu duruma bağlanmıştır. Bu durum anneye sorulmuş anne sonrasında “eşine söylememelerini” bildirmiş fakat ne yaptığını tam olarak açıklamamıştır. Hastanın genel durumunun iyi olması nedeniyle sosyal hizmetlere bildirilerek taburcu edilmiştir. Hasta bu yatışından yaklaşık 2 ay sonra ise kulaktan kan gelmesi şikayeti ile annesi tarafından polikliniğe getirilmiş, yapılan muayenede kulak zarının normal olduğu ve sadece dış kulak yolunda kanlı akıntı olduğu görülmüş, hasta servise yatırılmıştır. Bu yatışta da hastanın annesinin elinde topitop şekerlerin plastik çubuğuyla görülmesi ve hastanın odasında çivi bulunması üzerine bu durum polise bildirilmiş ve MPS açısından gerekli işlemler yapılmıştır. Bkz. Salih Uytun/ Merve Çıkkılı Uytun/ Yasemin Altuner Torun/ Ayşe Betül Ergül/ Esmâ Altınel Açoğlu, “Munchausenby Proxy Sendromu: Olgu Sunumu”, *Güncel Pediatri Dergisi*, C.13, S.2, 2015, s.61. Bkz. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/pediatric/issue/51065/665882>. (E.T.:30/07/2023)

²⁵ Özbesler/ İçağasioğlu Çoban, s.44.

MBPS’li ANNELERİN ORTAK ÖZELLİKLERİ

MBPS görülen bakım vericiler, genellikle sağlık alanında bilgili, kendisini sevdiren, işbirlikçi, yapılan tıbbi müdahale ve tedavilerden oldukça memnun görünen bireyler olarak tanımlanmaktadır.²⁶ Dışarıdan bakıldığında çocuklarına karşı şefkatli ve ilgili görünürler ancak yalnızken gizli kamerayla uzun süre izlendiklerinde çocuklarıyla ilgilenmedikleri veya onlara acımasız davrandıkları gözlenmektedir zira çocuk, el altında bulundurulması gereken bir nesnedir ve anneyi hastanenin heyecan verici ortamına ve doğrudan hekime ulaştırmayı sağlamaktadır. Bu anneler, hasta çocuk üzerinden hekim, ebeveyn veya eş ilgisini devam ettirmeye yönelik çaba içinde olup bir yandan iyi ve hayran olunası ilgili bir bakıcı, diğer yandan güçlü biri gibi görünerek zeki, sağlıklı ilgisi bulunan, işbirliğine yatkın, şirin, iyi tıbbi bakımdan dolayı minnettar ve hastane çevresini süsleyen biri olarak tanınırlar²⁷ çocukları ile ilgili her türlü tıbbi müdahaleye çok rahat izin verirler ancak sonuçlar istedikleri gibi gelmezse, çocuğun taburcu edilmesi planlarsa tıbbi personele karşı saldırganlaşarak kızgın ve inatçı bir tavır sergileyip görünenin aksi bir kişilik ortaya koyarlar.²⁸

Meadow, çocukları hasta olan normal anne davranışıyla “Munchausen Anneleri”ni kıyasladığında bu annelerin fedakar, kendini çocuğuna adanmış, gerçek olamayacak kadar uyumlu ve işbirlikçi olduklarını, hastane koşullarında çok bakımlı olduklarını, refakatçi değil de oraya aitmiş gibi davrandıklarını, personelin dikkatini çektiklerini, tıbbi müdahaleler hakkında bilgili, tedaviye müdahaleci, manüplatif, zorlayıcı, fiziksel problemleri tespit etmek için doktorları cesaretlendirici, çocuğunun klinik tablosunun ağırlığı karşısında sakin, hastane ortamında bulunmaktan memnun göründüklerini, uydurma ve dramatik belirtilerle tedavi için geniş çapta seyahatler yapabildiklerini, keşfedildiklerindeyse hemen kendilerini taburcu ettirdiklerini ifade etmiştir.²⁹

Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesinde yapılan bir çalışmada anneler tarafından çocukta oluşturulan hastalığın ailede ilgi odağı olabilmek adına bir araç olarak kullanıldığı tespit edilmiştir. Bilhassa geniş aile içinde değer görmeyen, duygusal baskı altındaki annenin hasta çocukla birlikte bir yandan çocuğuna verdiği bakımla mükemmel ve müşfik anne konumuna gelmesi, diğer yandan hastaneye yatışla sıkıntılı ev ortamından uzaklaşması annelerin kazancı olmuştur.³⁰ Bu olaylarda istismarcı genellikle kadın ve % 95 oranında çocuğun biyolojik annesidir,³¹ baba duygusal ve fiziksel olarak aileden uzak, pasif roledir. Bazı babalar gerçekten olaydan habersizdir, annelere inanır hatta çocukta hastalık bulgularını oluşturduğunu öğrendikleri zaman inanmakta zorlanırlar. Ancak azda

²⁶ Oya Sevcan Orak/Ercan Tunç/Gonca Aktaş/Kübra Gülirmak/Sinan Vatansever, “Maskeli İstismar: Munchausenby Proxy Sendromu”, *Türkiye Klinikleri*, C.3, S.2, 2017, s.153. Bkz. https://www.researchgate.net/publication/322204376_Maskeli_Istismar_Munchausen_by_Proxy_Sendromu. (E.T.:10/07/2023)

²⁷ Saygılı, s.135.

²⁸ İnce/Yurdakök, s.168.

²⁹ Tümer/Odabaşı/Özdemir/Mutlu/Kaynak, s.589.

³⁰ Orak/Tunç/Aktaş/Gülirmak/Vatansever, s.155.

³¹ Tümer/Odabaşı/Özdemir/Mutlu/Kaynak, s.587.

³² Bu babalar, annelerin aksine hastane personeli ile yakın ilişki kurmayan, muhalif, çocuğa iyi bakmayan, sürekli bir şeyler talep eden, küstah kişiler olarak tanımlanır ve hastane personeli nazarında “iyi baba” figürü oluşturmaz. Bkz. İnce/Yurdakök, s.168.

olsa babanın³² veya anne ve babanın birlikte hareket ettiği vakalarda bulunmaktadır. İstismarcı anneler; aktif olanlar,yardım arayanlar ve doktor bağımlıları olarak sınıflandırılmıştır. Aktif olanlar, belirti ve bulguları doğrudan oluştururken, yardım arayanlar, şiddete maruz kalma, iyi gitmeyen evlilik gibi sorunlardan kaçmak amacıyla belirti ve bulgu oluşturur, doktor bağımlıları ise tıbbi tetkik yaptırmaya ve sağlık çalışanları ile iletişim halinde olmaya bağımlı olarak tanımlanmaktadır.³³

Yapılan çalışmalar MBPS tanısı almış ailelerin yarıya yakınında evlilik problemleri olduğunu göstermiştir. Çocukta ortaya çıkan sağlık sorunları, aile içindeki çatışmayı önleyici ve ailenin bir arada kalmasını sağlayıcı bir unsur olabilmektedir.³⁴ Hotchkiss, 1997'de yaptığı çalışmada çocuğun fetişistik bir nesne olduğu fikrinden hareketle annelerin kendi örselenmişliklerini, incinmişliklerini çocuğa yansıtarak ve çocuğun iyileşme temsilcisi olarak tekrar tekrar kendilerini iyileştirebildiklerini ileri sürmüştür. Bu da obsesif kompulsif bozukluğun bazı özelliklerini yansıtmaktadır. Scheper-Hughes ise anne davranışını sosyal dünya ile iletişim kurmayı hissetme gereksinimi olarak kavramlaştırmakta ve annenin çocuğunu, narsistik ihtiyaçlarına hizmet eden bir kazanç nesnesi olarak kullandığını ifade etmektedir.³⁵ Uygulayıcılarda kişilik problemleri sıklıkla rapor edilse de psikolojik testleri normaldir.Narsistikfrajilite (kendini beğenen,kırılgan) ve borderline(sınırdı) kişilik oldukça sıktır ancak bu kişilerde pasif-bağımlı histerik kişilik veya sadomazoist³⁶ davranışlar ve depresyon da bulunabilmektedir. Uygulayıcıların yarısından fazlasının geçmişte somatoform bozukluk³⁷ tanısı aldığı, üçte birlik kısmının da kendisinde yalancı hastalık oluşturduğu tespit edilmiştir.³⁸ Bununla beraber çocukluk döneminde istismara maruz kalmak,kronik hastalık,yakın birinin ölümü gibi travmatik olaylar yaşamak da bireydeki sağlıklı psikolojik yapıyı bozmakta ve hem kendilerine hem de bakımından sorumlu olduğu çocuklarına karşı yıkıcı tutum ve davranışlar geliştirmesine neden olabilmektedir.³⁹

³³ Yurteri Tiryaki/Baran,s.113.

³⁴ Yurteri Tiryaki/Baran,s.114.

³⁵ Özbesler/İçağasıoğluÇoban,s.45.

³⁶ Bu kişilerde sadizm(başkalarına acı vermekten zevk alma) ve mazoizm(kendisine acı vermekten zevk alma) aynı anda görülür. Kendilerine ve başkalarına zarar vermekten, işkence yapmaktan zevk alırlar.

³⁷ Kişinin organik bir rahatsızlığı olmadığı halde vücudunun farklı yerlerinde farklı türde ağrılar hissetmesidir.

³⁸ İnce/Yurdakök,s.168

³⁹ Yurteri Tiryaki/Baran,s.114.

MBPS`yi BELİRLEMEDE TEMEL KRİTERLER

- . Nedeni bilinmeyen ve açıklanamayan, ısrarlı biçimde tekrarlayan, uzun süreli ve alışılmışın dışında özelliklere sahip hastalık belirtilerinin olması.
- . Yapılan muayene ve tetkiklerin çocuk için çok ağırlı ve zor olmasına rağmen çocuğun defalarca hastaneye getirilmesi.
- . Çocuğun öyküsü ve klinik bulguları arasındaki uyumsuzluk.
- . Bu belirtilerin oldukça nadir görülmesi ve tedavi ekibinde daha önce böyle bir durum ile karşılaşmadıkları düşüncesi oluşturması.
- . Tekrarlayıcı hastane yatışları ve değerlendirmelerin, hastalık belirtilerinin etyolojisi ve tanıya karar vermede yetersiz kalması.
- . Medikal tedavi ekibi tarafından önerilmediği halde defalarca çocuğun taburcu edilmesini isteme.
- . Çocuğun hastalığı ile ilgili olarak hemşire ya da doktorun endişe ettiği kadar ebeveynlerin endişe etmemeleri, çocuğun yanından kısa bir süre bile olsa ayrılmama, çocuğun odasında rahat ve memnun olmalarına karşın genellikle tedavi ekibi ile açık bir iletişim kurmama.
- . Çocuğun defalarca hastaneye getirilmesi, yapılan muayene ve tetkikler sonucunda hastalık belirtilerini tanımlayacak bir tıbbi tanının konulamaması. Öyküde verilen hastalık belirtilerinin klinik bulgularla uyuşmaması.
- . Ebeveyn tarafından çocuğun hemen her türlü gıda ya da ilaca karşı alerjisinin olduğunun iddia edilmesi.
- . Uygulanan tedavinin belirtilerin düzelmesinde işe yaramaması ya da yetersiz kalması, medikal tedaviye ısrarlı bir biçimde yanıt alınamaması.
- . Çocuk, bakım veren kişiden ayrıldığında belirtilerin hızla ortadan kalkması.
- . Aşırı ihtiyatlı, tetikte olma, çocuğun tedavisi ile ilgili sürece ısrarlı biçimde katılma isteği, evden ilaç ya da yiyecek getirme, hastaneden ayrılmayı reddetme.
- . İstismarcının, tedavi ortamında rahat görünüyor olması, bazen tedavi ekibinden birileri ile alışılmadık biçimde yakın işbirliği içinde hareket etmesi.
- . Bazı ailelerde nedeni bilinmeyen ani bebekölümlerinin olması. Ailenin, her bir aile üyesinin farklı ciddi medikal sorunları olduğunu ileri sürmesi.
- . İstismarcının çocuğun hastalığının prognozu ile ilgili endişesinin, semptomların şiddeti ile uyumsuz olması.
- . Klinik semptomların tedaviye beklenen cevabıvermesi.
- . Aile öyküsünde açıklanamayan kardeş hastalığıveya ani ölümlerin varolması.
- . Çocuğun tıbbi durumunun düzelmesi ile istismarcınınanksiyete düzeyinin artması.
- . İstismarcının, bilgisine başvurulduğunda veyaverdiği bilginin tam ve geçerli olmadığı ispatlandığındasavunmaya geçmesi ve düşmanca davranışlar sergilemesi.
- . Çocuğun tıbbi durumunun aydınlatılması için gerekli olabilecek bilgiler içeren daha önceki tıbbi raporların bir şekilde kaybolması ya da bulunamaması.
- . Çocuğun istismarcı olmayan ebeveyninin tedavi sürecine nadiren katılması.⁴⁰
- . Eşler arasında duygusal olarak uzak bir mesafe olması.

⁴⁰ Özbesler/İçağasıoğluÇoban,s.42-43.

.Çocuk tedavi görürken aileyi etkileyecek yangın,hırsızlık,araç kazası gibi dramatik ve olumsuz olayların söz konusu olabilmesi.⁴¹

ÖRNEK DAVALAR

Fatma H. Davası

Anne F. ve baba A. 2007`de evlenerek A`nın ailesiyle birlikte Samsun`da yaşamaya başlamıştır. 2008 yılında ilk çocukları S. doğmuş ve doğumundan kısa bir süre sonra ortaya çıkan epilepsi şikayetleri sebebiyle anne, bebeğini bir çok kez hastaneye götürmüştür. Bebeğe tanı konulmasını sağlayacak yeterli semptom bulunamamasıyla sonuçlanan çok sayıda doktor randevusundan sonra bebekte mevcut yakınmalara ek olarak bacaklarını kullanamama sorunu ortaya çıkmıştır. Çocuk yaklaşık üç yaşına geldiğinde, eve anne tarafından çağırılan baba çocuğunu sırt üstü yere düşmüş şekilde bularak hastaneye götürmüş ancak S. kurtarılamamıştır.

Yapılan tıbbi kontrollerde S.`nin ölümü yere düşmek sebebiyle zarar görmek olarak tanımlanmıştır. Oysa S.`nin gerçek ölüm nedeni, televizyon izlerken annesinin ağız ve burnunu kapatarak onun nefessiz kalmasına sebep olması ve zaten yürüyemeyen çocuğun kurtulmaya çabalarken yere sırt üstü düşmesiyle ölüm olayının gerçekleşmesidir.

2009`da Anne F. ve baba A.`nin ikinci çocukları Ö.dünyaya gelmiş ve bebekÖ. doğumundan sadece birkaç gün sonra beşiğinde ölü bulunarak, aile tarafından hiçbir tıbbi kontrol yaptırılmadan köy mezarlığına defnedilmiştir. Ö.`nün ölüm nedeni aile fertleri tarafından ömrünün bu kadar olduğu varsayımına dayandırılmıştır. Aslında henüz birkaç gün önce dünyaya gelen bebek, annesi tarafından ağız ve burnu kapatılmak suretiyle nefessiz bırakılarak öldürülmüş, bebek hareketsiz kaldıktan sonra beşiğin yanındaki yatağına uzanıp uyuyan F. sabah uyanınca feryat ederek evdeki aile üyelerine, gece gerçekleşen ölüm olayını yeni öğrenmiş gibi haber vermiştir.

Ailenin üçüncü çocuğu Ö. ise 2012 yılında dünyaya gelmiş, doğumundan kısa bir süre sonra ölen ablası S. gibi onda da epilepsi yakınmaları ortaya çıkınca tedavi amaçlı hastaneye yatırılmıştır. Bebek Ö, hastanede kaldığı süreçte anne ve baba birlikte refakatçi olarak kalmışlar ama annenin yalnız olarak bebeğin yanında kaldığı gecenin sabahında üç aylık Ö. hemşireler tarafından ölü bulunmuştur. Doktorlar, bu ölümle ilişkin bir belirtinin mevcut olmadığını ve hatta sağlığının gayet iyi olduğunu söyleyerek gerçek sebebin ne olduğu bulmak isteğiyle bebeğin odasındaki güvenlik kamerası kayıtlarını izlediklerinde Anne F`nin, bebeğin ağız ve burnunu kapatarak nefessiz bıraktığını, ölüm olayının bu şekilde gerçekleştiğini görmüşlerdir.

Olayda tipik bir MBPS tanısı mevcuttur ve anne F. bu tanıya dayanılarak yargılanmıştır. Anne, çocuğun ağızını ve burnunu kapatmak suretiyle çocukta epilepsi yakınmalarına benzer semptomlar oluşturarak bebeğin defalarca tıbbi tetkik ve muayeneye maruz kalmasına sebep olmuş ancak semptomlar yapay olduğu için tanı konulamamıştır. İlk çocuk ve üçüncü çocuk, annenin doktorlara verdiği izinle, çok sayıda tıbbi tedavi ve müdahaleye maruz bırakılmış ve dolayısıyla çocuklar hem fiziksel hem de duygusal açıdan istismar edilmiştir. Anne F. ilgiyi kendi üzerinde toplamak amacıyla boğmak suretiyle çocuklarının

kısa süreli nefessiz kalmasına neden olmuş ancak her üç olguda da çocuklar annenin tıp bilgisine sahip olmaması nedeniyle hayatlarını kaybetmiştir. Anne;doktorların,eşinin ve eşinin ailesinin ilgisini üzerine çekmek için çocuklarını nefessiz bırakmak yoluyla istismar ederken, kendisinin de öngöremeyeceği şekilde çocuklarda epilepsi belirtileri, zaman zaman meydana gelen morarmalar, çocuklardan birinin felç kalması ve ölüme varan sonuçlar ortaya çıkmıştır.⁴²

Eda G. Davası

Eda G.,kızı Halenur`u ağız ve deri döküntüsü nedeniyle Çapa Tıp Fakültesine götürmüş, yapılan tedavi sonrası çocuk taburcu edilmiş ancak bir hafta sonra kusma,ateş,kanama nedeniyle tekrar hastaneye yatırılmıştır, durumunda düzelme görülmesi üzerine hafta sonu izne gönderilmiş, Pazar günü kusma, ağız çevresi lezyonlarında kötüleşme belirtileriyle yeniden hastaneye getirilmiş, bir gün sonra çocukta solunum sıkıntısı başlamış, 23 Temmuz 2005`de yoğun bakım süreci içinde vefat etmiştir.

Eda G.`nin ikinci çocuğu olan Furkan G.`de ölen kardeşinin rahatsızlığına benzer şekilde ağız içi yaralar, kusma, ağız içi kanama şikayetiyle 21 Ekim 2005`de aynı hastaneye yatırılmış, tıbbi tetkikler devam ederken 9 Kasım`da Furkan, bağırarak odadan çıkmış ve yanyor diyerek boğazını gösterince sağlık personeli annenin davranışlarından şüphelenip çocuğa ne yedirdiğini sormaları üzerine anne, sadece gargara yaptırdığını söylemiştir. Anne ve çocuk odaya götürülmek istendiğinde çocuğun anneye gitmek istememesi üzerine odada arama yapan sağlık personeli gargaranın hiç açılmadığını görmüş ve tüm eşyalardan örnek alınacağını söyleyince anne heyecanlanarak elinde saklamaya çalıştığı şeyle birlikte tuvalete gitmiş ve sifonuçektiikten üç dört dakika sonra çıkmıştır. Yapılan incelemede tuvalet rezervuarında poşete sarılı halde bir kutu kireç çözücü bulunmuş ayrıca çocuğun yatağında ve çarşafında kireç çözücü lekelerine rastlanmıştır. Çocuğun ağız içi ve yemek borusunda aşındırıcı madde alımına bağlı yanık tespit edilmiş, yapılan suç duyurusuyla anne, 16 Kasım`da tutuklanmıştır. Adli Tıp Kurumu`nun(ATK) raporu üzerine Eda G., hakkında tasarlayarak,eziyet çekirtmek suretiyle küçük yaştaki öz çocuğunu öldürmeye teşebbüs etmekten dava açılmıştır.

ATK Gözlem İhtisas Dairesi`nin psikometrik ve psikiyatrik muayene neticesinde ceza sorumluluğunun tam olduğuna karar verilmiştir. Furkan`ın ölen kardeşi ile benzer şikayetler göstermesi sebebiyle Halenur`a otopsi yapılmış ve Eda G.,zehirleyerek küçük çocuğunun ölümüne sebep olmaktan müebbet hapis, büyük çocuğunu öldürmeye teşebbüsten 12 yıl hapis cezası almıştır.⁴³

⁴¹ Polat,s.333.

⁴² Tuğçe Tunç,"Münchausenby Proxy Sendromu", **Hukuk Gündemi**,Ankara,2018,s.20,21.Bkz. https://ankarabarosu.org.tr/serve/file/5a827254-818e-11eb-b7e4-10050145887d/hukuk_gundemi_drg_2018-ozelsayi.pd. (E.T.:30/07/2023)

⁴³ Olgunun tamamı ve tartışma için bkz.Saygılı,s.137-138.

GpsyRoseBlanchard Davası

1991 yılında dünyaya gelen GypsyRoseBlanchard ile bekar olan annesi DeeDee'nin hikayesi Gypsy henüz 3 aylıkken anne DeeDee'nin, Gypsy'nin uyku apnesi olduğunu ve oksijen monitörüne ihtiyaç duyduğunu söyleyerek onu hastaneye götürmesiyle başlamıştı. Yaklaşık 7 yaşlarında dedesinin motoruna tırmanmaya çalışırken düşmüş, dizlerinde bir kaç küçük sıyrık oluşmuştu ancak anne DeeDee'ye göre durum hiçte görüldüğü kadar basit değildi. Ne yazık ki kızı artık tekerlekli sandalye olmadan yaşayamazdı. Bir trajediyle sonuçlanan yalanın kahramanı olan GypsyRoseBlanchard'ın hastalıklarla dolu hikayesi böyle başlamıştı.

Gypsy'i tekerlekli sandalyeye mahkum eden rahatsızlık, giderek kaslarının zayıflamasına yol açan kas distrofisiydi. Zamanla rahatsızlıkları artmaya başlamış önce görme sorunları daha sonra işitme sorunları ortaya çıkmıştı. Bunların dışında DeeDee, kızının ayda bir epileptik nöbetler geçirdiğinden de yakınıyordu. Bu nedenle Gypsy çeşitli nöbet önleyici ilaçlar kullanmaya başlamış ve bir kaç ameliyat geçirmişti. Bu arada anne, kızının bebekken lösemi yüzünden yoğun bakımda yattığından da bahsediyordu. Bir süre sonra kızının bilinmeyen bir kromozom rahatsızlığına sahip olduğunu ve en fazla 18 yaşına kadar yaşayabileceğini belirtmeye başlamıştı. Çeşitli alerjiler ve astım ise eşlik eden diğer rahatsızlıklardı.

Katrina kasırgasından sonra evleri kullanılamaz hale gelmiş, Gypsy'nin doktor raporları da dahil olmak üzere her şey yerle bir olmuştu. Missouri'ye taşınan anne-kız, verdikleri mücadele ile ülke çapında bir üne kavuşmuştu. Onlar için bağış yağıyor, çeşitli yardım kuruluşları destek oluyordu.

Yardım için destekte bulunan dernekler kadar Gypsy'yi tedavi etmek isteyen doktorlar da vardı. Bunlardan biri olan Dr. Bernardo, Gypsy'yi muayene etmek istediğini annesine bildirmiş, muayene neticesinde Gypsy'nin oldukça sağlıklı olduğunu, tekerlekli sandalyeye ihtiyaç dahi duymadığı söylemişti. Dr. Bernardo, kasırgada kaybolduğu söylenen raporlara ulaşmış ve Gypsy'nin raporlarında herhangi bir hastalık belirtisine rastlamamıştı.

Yaşı ilerledikçe Gypsy'nin şüpheleri artmaya başlamıştı çünkü yürüyebildiği halde annesi onu tekerlekli sandalyede kalmaya zorluyor, yemek yiyebilmesine rağmen beslenme tüpü kullanıyordu. Aslında Dr. Bernardo haklıydı, bebekliğindeki uyku apneleri de dahil olmak üzere Gypsy'nin hiç bir hastalığı yoktu, tüm bunları annesi uydurmuştu zira hemşire yardımcılığı deneyimi sayesinde pek çok hastalığa ve ilaca hakimdi. Aldığı ilaçlardan dolayı dişleri dökülmüş, tükürük bezleri alınmış, göz ve kulağından defalarca ameliyat geçirmişti. Kas hastalığının saptanması için defalarca biyopsi yapılmıştı. Bir keresinde komşularının kapısının önüne gidip beni hastaneye götürür müsünüz diye yalvarmış fakat annesi gelip ağır ilaçların etkisi altında olduğunu, ayakta durabilmesinin ise uzun yıllar süren mücadelenin neticesi olduğunu söyleyerek Gypsy'yi oradan uzaklaştırmıştı. DeeDee'nin yarattığı senaryo ve Gypsy'yi içine çektiği durum o kadar gerçekçiydi ki insanlarda şüphe uyandırması söz konusu bile değildi.

2010 yılına gelindiğinde GypsyRose, annesinin söylediği gibi 14 yaşında değil aslında 19 yaşında olduğunu, hasta olmadığını ve annesinin doğruları söylemediğini biliyordu. Artık internet kullanmaya başlamıştı. Tüm planı; biriyle tanışıp evden, annesinden kurtulmak

ve özgürlüğüne kavuşmaktı. Gypsy internetten Nick isimli bir gençle tanışmıştı. Sürekli iletişim halindeydiler. Annesi birkaç kez onu internette yakalamış, yatağa zincirle bağlamış ve tekrar internete girerse parmaklarına çekiçle vuracağını söylemişti fakat Gypsy artık bir çözüm bulmak istiyordu.

14 Haziran 2015 tarihinde, DeeDeeBlanchard'ın Facebook sayfasında rahatsız edici bir paylaşım yayınlandı: "O Öldü!". Polis adrese ulaştığında DeeDeeBlanchard'ın kanlı cesedini buldu. Kimliği belirsiz bir saldırgan onu sırtından tam 17 kez bıçaklayarak katletmişti. Ayrıca görünüşe göre, günlerdir ölüydü. GypsyRoseBlanchard olay yerinde bulunamadı. Yetkililerin, GypsyRose'unaşık olduğu genç adamın, Nicholas Godejohn olduğunu bulması uzun sürmedi. Kısa sürede IP adresinden konumlarını tespit etti ve ikiliyi yakalayıp sorguladı. Gypsy tüm gerçeği itiraf etti.⁴⁴

Kaçınılmaz olarak dünya GypsyRoseBlanchard'ın, annesinin sergilediği gibi hasta bir çocuk değil, sağlıklı genç bir kadın olduğunu öğrendi. Vahşi cinayet işlendiğinde GypsyRose 23 yaşındaydı ve annesinin sebep olduğu kötü diş bakımı ve aşırı ilaç kullanımına bağlı diş çürümesi gibi sorunları dışında neredeyse tamamen sağlıklıydı. 2016 yılında GypsyRoseBlanchard, ikinci derece cinayetten 10 yıl hapis cezasına çarptırıldı. Erkek arkadaşı Nicholas Godejohn ise, birinci derece cinayetten hüküm giyerek müebbet hapse mahkum oldu. Genç kadın hapishanede bile annesiyle olduğundan daha özgür hissettiğinin altını çizerek, "Hapishane benim için iyi. Annemin bana öğrettiği şeyleri yapmak üzere yetiştirildim. Ancak bunlar pek de doğru değerler değil... Bana yalan söylemeyi öğretti ama yalan söylemek istemiyorum. İyi ve dürüst bir insan olmak istiyorum" dedi.⁴⁵

GarnettSpears Davası

GarnettSpears cinayeti 23 Ocak 2014 tarihinde New York'ta bir hastanede gerçekleşti. Daha önce kulak enfeksiyonu, yüksek ateş, mide ağrısı gibi çeşitli rahatsızlıklar sebebiyle hastaneye yatırılan minik Garnett'in şikayetlerinin ve ölüm nedeninin beyinde şişmeye sebep olan yüksek sodyum seviyesi olduğu ortaya çıktı. Beş yaşındaki Garnett'in ölümü araştırıldığında, anne LaceySpears'ın hastanede yatan çocuğunun beslenmesi için kullanılan tüpe sodyum enjekte ettiği anlaşıldı. Ancak LaceySpears sosyal medyada mükemmel bir anne olarak görünüyordu. Oğlunun kısa yaşamı boyunca sayısız hastalıkla mücadele ettiğini blogunda ve Facebook hesabında yayınlıyordu. Halbuki oğlunun mücadele ettiği bu hastalıklara aslında kendisi sebep oluyordu. Garnett'in ölümünden sonra LaceySpears, cinayet suçu ile yargılandı. Fakat davadaki yargıç Robert Neary, annenin Munchausenby Proxy Sendromu'na sahip olduğu gerekçesiyle en yüksek cezayı almasının doğru olmayacağını bildirdi.⁴⁶

⁴⁴ Merve Kılıç, Trajediyle Sonlanan Yalanın Kahramanı GypsyRoseBlanchard'ın Hikayesi, **dergice bir dünya içerik**, Bkz. <https://dergice.com/trajediyle-sonlanan-yanan-kahramani-gypsy-rose-blanchardin-hikayesi> (E.T.:09/07/2023).

⁴⁵ Kan Donduran Olaylar Zinciri: "Benim İçin Annemi Öldürürmüsün?", **Milliyet**, 06/06/2023. Bkz. <https://www.milliyet.com.tr/dunya/kan-donduran-olaylar-zinciri-benim-icin-annemi-oldurur-musun-6958824> (E.T.:09/07/2023).

⁴⁶ Munchausenby Proxy Sendromu: GarnettSpearsCinayeti, BLOGDAN bi'şeyler, 2021. Bkz. <https://blogtanbiseyler.com/munchausen-sendromu-garnett-spears-cinayeti/> (E.T.:13/08/2023).

Philips Davası

Priscilla Philips ile ilgili uzman bilirkişi görüşü onun nazik, sevgi dolu, kendini çocuklarına adanmış iyi bir eş olduğu yönündedir. Kendisi aynı zamanda altı ve dokuz yaşlarında iki çocuk sahibi, sosyal hizmet konusunda yüksek lisans yapmış ve Marine Kentinde Çocuk İstismarı Önleme Kurumunda Çocuk Koruma Servisi'nin çalışanıdır. Kendisi 1975 yılında bir Histerektomi geçirmiş ve daha sonra bu kararından üzüntü duyarak eşi ile birlikte Koreli bir çocuk olan Tia'yı evladedinmeyi kararlaştırmıştır. Çok geçmeden aile Tia'yı kusma ile başlayan kulak enfeksiyonu ve çınlama şikayetleri ile hastaneye getirmiş, tedavisi tamamlanan Tia iyileşmiş olarak eve dönmüştür. Ne var ki daha sonra Tia'nın durumu kötüleşmiş ve kanında aşırı miktarda sodyum nedeniyle Şubat 1977'de hayatını kaybetmiştir. Olaydan sonra bu kez başka bir Koreli çocuk Mindy'yi evlat edinen aile onu da Tia ile benzer belirtiler gösterdiği şikayetleri ile hastaneye getirmiştir. Nihayet bir doktor, iki kız arasında biyolojik bağ olmadığından yola çıkarak ortada bir tür zehirlenme olabileceğine karar vermiştir. Çocuğun aileden yalıtılması sonucu durumu düzelince hastane yetkilileri Çocuk Koruma Servisi ile bağlantıya geçmiş ve Priscilla Philipphakkında cinayetten dava açılmıştır. Davada uzman tanık olarak dinlenen Dr. MartinBlinder, Meadow'un makalesi dahil toplam altı farklı çalışmaya atıf yaparak olayın beklenmeyen bir zehirlenme vakası olduğunu belirtmiştir. Çocuğuna sürekli sodyum bileşenleri veren bir annenin MBPS ile oldukça örtüşen bir görüntüsü olduğunu sonuç olarak belirtmiştir. Altı yazara atıf yaparak ulaştığı sonuçta ise MBPS'nin ebeveynin çocukları üzerinde kurgusal bir hastalığı ve genellikle de çok ciddi bir hastalığı taklit ettiği ve hatta genellikle yarattığını belirtmiştir. Dr. Blinder'e göre anne aşırı düzeyde kendini çocuğa adanmış, doyurulmamış annelik ihtiyacını pediatristler, hemşireler ve diğer sağlık personeline devretmektedir. Hastanedeki tıbbi drama bu kişi için çok çekicidir. Zira kişi son derece yeterli, zeki ve ilgili olduğu için doktorlar tarafından şüphelenilecek bir durum da oluşturmamaktadır.

Bu davanın görülme noktasında birbiri ile iletişimi olan iki durum çözülmesi zor bir konu ortaya çıkarmaktadır. Bunlardan ilki Dr. Blinder'in tanıklığının delil olarak kullanılabilip kullanılamayacağı ve ikincisi de Tia'yı öldürmek,Mindy'yi de tehlikeye atmak suçlarından dava açan savcının bu tanıklığı kullanıp kullanamayacağıdır. Diğer yandan Philipps davasınınintemyizinde yüksek mahkeme Dr. Blinder'in tanıklığının kullanılıp kullanılamayacağını tartışmıştır. 1979 yılında yapılan bu tanıklık ile ilk kez bir mahkeme huzurunda MBPS tartışılmıştır. Bu açıdan Philipps davası adeta bir başlangıçtır. Özellikle savcılığa yardım amaçlı olarak kanıt boşluğunun giderilmeye çalışılması oldukça dikkat çekicidir. People v. Phillips davasında şüpheli anne her iki çocuğuna karşı ayrı ayrı cinayet ve isteyerek başkasının sağlığınıtehlikeye atmak suçlarından yargılanmıştır.⁴⁷

SONUÇ

MBPS, tanı konulması oldukça güç ancak çocuğa verdiği zarar açısından son derece ciddi fiziksel, sosyal ve psikolojik neticeleri olan bir durumdur. Bakım verene tanı konulabilmesinde bilhassa sağlık personelinin uyanık davranması önemlidir. Zira vakaların çoğu hastane personelinin dikkati sayesinde tespit edilmiştir.

MBPS'li anneleri tarafından istismar edilen çocukların sayısı, topluma yansıyan vakalardan çok daha fazladır ve bu sendrom nedeniyle hayatını kaybeden çocuk sayısı da, otopsi yapılmadan gömülen çocuklar ve mahkemeye sunulamayan deliller düşünüldüğünde, ciddi oranda artmaktadır.⁴⁸ Hastane ortamında anneden şüphelenilmesi halinde sosyal hizmet uzmanları, hukukçular ve hekimlerin çocuğun anneden uzaklaştırılarak daha fazla örselenmesini önlemek hususunda önemli rolleri bulunmaktadır.⁴⁹

Aynı ailede birden fazla bebek ölümünün olması yahut ani bebek ölümü ile tanımlanan olguda ölümün sebebinin bulunması açısından dikkatli olunması ve rol yapmak hususunda çok başarılı olan annenin manipüle etmeye çalıştığı istismarın belirlenebilmesi gerekmektedir. Hem doktorlar hem de hukukçular açısından tanısı ve değerlendirilmesi çok zor olan ve olayların yarısından çoğunda annenin arkasında hiç delil bırakmadığı MBPS, çocukların fiziksel ve duygusal durumlarını olumsuz etkilemekte ve ne yazık ki bu çocuklar yetişkin olduklarında farklı psikolojik ve fiziksel sorunlarla yaşamlarına devam etmektedirler.⁵⁰ Dolayısıyla tanı konulan olgularda ebeveynin psikoterapi görmesi sağlanmalı, aile tedaviye uyum göstermiyor ve çocuğa yapılanlar hayati tehdit oluşturuyorsa sosyal koruma birimleriyle birlikte hareket edilmelidir. Bu tip vakalarda sadece pediatrist veya psikiyatristler değil tüm tıp branşları, psikologlar, sosyal hizmet uzmanları, hukukçular, polisler ve adli tıp uzmanlarının multidisipliner bir yaklaşım ile ekip çalışması yapması gerekmektedir.⁵¹

⁴⁷ Tümer/Odabaşı/Özdemir/Mutlu/Kaynak, s.598-599.

⁴⁸ Tunç,s.24.

⁴⁹ Polat,s.335.

⁵⁰ Tunç,s.24.

⁵¹ Polat,s.337.

KAYNAKÇA

AKGÜNDÜZ,Eren /KAYA,Kenan /KALAOĞLU,Esen/BULUT,Fatma Derya/HİLAL,Ahmet:” AhiEvrar Tıp Dergisi, Munchausenbyproxy sendromu: Bir olgu sunumu” C.2,S.1, 2018.

ÇEVİK,Abdulkadir/ ŞARMAN,Coşkun / BİNGÖL,Ayşe/OKYAVUZ,Ülgen: “Bir Olgu Nedeniyle Munchausen Sendromu ve Tedavisi”, **Ankara Tıp Mecmuası**, C.43, Ankara,1990, s.471-478

GÖZLÜKAYA,Ayşe: “Kanama ile Başvuran Bir Munchausen Sendromu Olgusu”, **Akademik Acil Tıp Olgu Sunumlar Dergisi**,C.1, S.1,s.47-49.

İNCE,Tolga/YURDAKÖK,Kadriye: “Munchausenby Proxy Sendromu; Ağır Bir Çocuk Bir Çocuk İstismarı Formu”,**Türkiye Çocuk Hastalıkları Dergisi**, C.8,S.3,Ankara,2014.

MORRISON,James: DSM 5’i Kolaylaştıran Klinisyenler İçin Tanı Rehberi,(Çev.Hanife Uğur Kural),Nobel y.,Ankara,2019.

ORAK,OyaSevcan/TUNÇ,Ercan/AKTAŞ,Gonca/GÜLİRMAK,Kübra/VATANSEVER,Sinan:”Maskeliİstismar:Munchausenby Proxy Sendromu”,**Türkiye Klinikleri**,C.3,S.2,2017.

ÖZBESLER,Cengiz/ÇOBAN,ArzuÇağasioğlu: “Ebeveyn Yoluyla Munchausen Sendromu Olgularında Sosyal Hizmetin Rolü”,**Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi**, C.6,S.21,Ankara,2010.

POLAT,Oğuz: Çocuk İstismarı-1, 3. B.,Seçkin Yayıncılık, Ankara,2019.

SAYGILI,Sefa: “Munchausenby Proxy Sendromu”, **Haseki Tıp Bülteni**, C.47, S.3,İstanbul,1990.

SAKA,Amine Merve Atalay,Maluliyet İstemi ile Başvuran Psikotik Bozukluğu Olan Hastalarda Temaruz Eğilimi ve İlgili Klinik Değişkenlerin Araştırılması, Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi,Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Ana Bilim Dalı, Ankara,2018.

TİRYAKİ,AybükeYurteri /BARAN: “Bir Çocuk İstismarı Türü Olarak MunchausenBy Proxy Sendromu”,**Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi**,C.6,S.1,Ankara, 2017,s.107-124.

TÜMER,Ali Rıza/ ODABAŞI,AysunBalseven/ ÖZDEMİR,Dilşad Foto/MUTLU,Erdem İlker/KAYNAK,AyşeDerya:”Çocuk İstismarının Ağır Bir Türü: Bakım Verenin Yapay Bozukluğuna(MunchausenBy Proxy Sendromu) Hukuki ve Tıbbi Bakış.”

TUNÇ,Tuğçe:”Munchausenby Proxy Sendromu”, **Hukuk Gündemi**,Ankara, 2018.

TÜRKÇÜER,İbrahim/SERİNKEN,Mustafa /SENGÜL,Cem/ÖZEN,Mert: “Munchausen Sendromu mu? Yoksa Temaruz mu?”, **Türkiye Acil Tıp Dergisi**, C.10, S.1,2010,s.38-40.

UYTUN,Salih/ UYTUN,Merve Çıkılı/ TORUN,YaseminAltuner/ ERGÜL,Ayşe Betül / AÇOĞLU,Esma Altinel: “Munchausenby Proxy Sendromu: Olgu Sunumu”,**Güncel PediatriDergisi**,C.13,S.2.

İNTERNET KAYNAKLARI

Kan Donduran Olaylar Zinciri: “Benim İçin Annemi Öldürürmüsün?”, **Milliyet**, 06/06/2023. Bkz. <https://www.milliyet.com.tr/dunya/kan-donduran-olaylar-zinciri-benim-icin-annemi-oldurur-musun-6958824>.(E.T.:09/07/2023).

Merve Kılıç,Trajediyle Sonlanan Yalanın Kahramanı GypsyRoseBlanchard’ın Hikayesi, **dergice bir dünya içerik**, Bkz. <https://dergice.com/trajediyle-sonlanan-yalanin-kahramani-gypsy-rose-blanchardin-hikayesi>(E.T.:09/07/2023).

Munchausenby Proxy Sendromu: GarnettSpearsCinayeti,BLOGDAN bi`şeyler,2021. Bkz. <https://blogtanbiseyler.com/munchausen-sendromu-garnett-spears-cinayeti/>.(E.T.:13/08/2023).

TTK 55/1-a, DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI REKLAMLAR VE SATIŞ YÖNTEMLERİ İLE DİĞER HUKUKA AYKIRI DAVRANIŞLAR

Av. Nazmiye KARADANA

ÖZET

Bu çalışmamızda, Türk Ticaret Kanunu’nun 55.maddesinin 1.fıkrasının a bendinde düzenlenen haksız rekabet suçları incelenecektir. Haksız rekabete ilişkin hükümler, Türk Ticaret Kanunu’nun 54. ve 63. maddeleri arasında düzenlenmektedir. TTK’nın 54.madde ile haksız rekabet hükümlerinin amacı düzenlenmiş, 55.maddede kişinin hukuki sorumluluğuna gidilebilecek haller örneklendirme yolu ile yani sınırlı sayıda olmamak üzere sayılmıştır. TTKm.62 ile de cezai sorumluluk doğurabilecek fiiller belirtilmiştir. Çalışmamızın birinci bölümünde rekabet ve haksız rekabet kavramları incelenmiş ve haksız rekabet konusu ile ilgili Türk Hukuku’ndaki ve uluslararası hukuktaki düzenlemelere yer verilmiştir. Çalışmamızın ikinci bölümünde, haksız rekabet suçları bakımından ortak olan maddi ve manevi unsur, hukuka aykırılık unsuru ve suçun özel görünüş şekilleri incelenmiştir. Üçüncü bölümünde, çalışmamızın asıl konusunu oluşturan TTKm.55/1-a’da sayılan haksız rekabet halleri ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Çalışmamızın son bölümü olan dördüncü bölümde ise haksız rekabet suçları bakımından muhakeme usulü ve kanunda düzenlenen yaptırımları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Rekabet, Haksız Rekabet, Haksız Rekabet Suçları, Dürüst Rekabet, Gerçek Dışı veya Yanıltıcı Açıklamada Bulunma

ABSTRACT

In this study, the crimes of unfair competition regulated in subparagraph a of the first paragraph of the 55th article of the Turkish Commercial Code will be examined. Provisions on unfair competition are regulated between Articles 54 and 63 of the Turkish Commercial Code. Purpose of unfair competition provisions is regulated in Article 54 of the TCC, and in Article 55, cases where legal liability of a person can be reached are listed by way of example, that is, but not limited to number. Acts that may result in criminal liability are also specified in article 62. In the first part of our study, the concepts of competition and unfair competition are examined and the regulations in Turkish and international law regarding the issue of unfair competition are included. In the second part of our study, the material and moral element, the element of unlawfulness and the special appearance of the crime, which are common in terms of unfair competition crimes, are examined. In the third part, the cases of unfair competition listed in article 55/1-a, which is the main subject of our study, are examined under separate headings. In the fourth chapter, which is the last part of our study, the procedural procedure and the sanctions regulated in the law in terms of unfair competition crimes are discussed.

Keywords: Competition, Unfair Competition, Unfair Competition Offenses, Fair Competition, Making Untrue or Misleading Statements.

GİRİŞ

Ticari hayatta özellikle serbest piyasa ekonomisinde gelişim gösteren rekabet, ticaretin vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir. Rekabet, kişiler ve işletmeler arasındaki mal ve hizmet yarışı olarak tanımlanabilir. Söz konusu mal ve hizmetlerin tercih edilmesi üzerine kurulmuş olan bu yarış, tüketici kesimin tercih özgürlüğü alanının genişlemesine yol açarken aynı zamanda sunulan mal ve hizmetlerin niteliklerin artmasına da sebebiyet vermiştir.

Ticari hayatın tarihi boyunca var olan rekabet, serbest ekonomilerin varlığı ile gelişmiş, ekonomik hayatın dengeli bir şekilde devam edebilmesi açısından adil ve sağlıklı işlemesi bir zorunluluk haline gelmiştir. Bu kapsamda rekabet ve haksız rekabet hukuku disiplinleri gelişmiştir.

Rekabetin piyasa katılımcılarınca dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde kullanılması halinde haksız rekabetten bahsedilmektedir. Haksız rekabetin ticari hayatı üzerindeki olumsuz etkilerinden dolayı devletler, haksız rekabet fiillerine karşı çeşitli yaptırımlar getirmiş ve haksız rekabet olarak değerlendirebilecek bazı fiilleri suç olarak tanımlamıştır.

Haksız rekabete ilişkin suçlar, Cumhuriyet dönemi öncesinde de yaptırımlara tabi tutulmuştur. Günümüzde ise özellikle Türk Ticaret Kanunu'nda haksız rekabet halleri ve bunlara ilişkin yaptırımlar düzenlenmiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 54. ve devamı maddelerinde haksız rekabete ilişkin hükümler yer almaktadır. 54.maddede haksız rekabete ilişkin düzenlemeler ile “bütün katılanların yararına bozulmamış rekabetin sağlanması” amaçlanmıştır. 55.maddede örneklendirme yöntemi ile haksız rekabet hallerine yer verilmiştir. 56-61 maddelerinde arasında hukuki sorumluluğa ilişkin hükümlere yer verilmiş, 62. ve 63. maddede ise cezai sorumluluğa ilişkin esaslar düzenleme alanı bulmuştur.

Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar konulu makalemiz dört bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde genel olarak rekabet ve haksız rekabet kavramları ve Türk hukukunda haksız rekabete ilişkin mevzuatlar ve uluslararası hukuka ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bölümde öncelikle “rekabet” sözcüğünün ne anlama geldiği ve ekonomik gelişmelerle rekabet kavramının ilişkisi incelenmiştir. Yaşanan ekonomik gelişmeler ile “haksız rekabet” kavramının ortaya çıkışı ve ülkelerin haksız rekabete ilişkin hukuksal düzenleme yapma yolundaki ihtiyaçlara değinilmiştir. Bölümün devamında Türk hukuk sisteminde haksız rekabete ilişkin yasal düzenlemeler anayasa, genel konular ve özel kanunlar başlıkları altında anlatılmaya çalışılmıştır. Devamında ise haksız rekabet ilişkin düzenlenmeler içeren uluslararası sözleşmelerden Paris Sözleşmesi ve Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS) incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, haksız rekabet suçlarına ilişkin ortak hükümler genel hatlarıyla incelenmiştir. Bu kısımda özellikle ceza kanunun genel ilkeleri göz önünde bulundurularak, haksız rekabet suçlarının maddi unsurları, manevi unsurları ve hukuka aykırılık unsuru incelenmiştir. Maddi unsurlar başlığı altında, suçun failinin kimler olabileceği ve fail bakımından kanunda bir özellik aranıp aranmadığı hususu tartışılmıştır.

Devam eden alt başlıkların suçun konusunun ne olduğu, bu konudaki görüşlerin hangi unsurları göz önünde bulundurduğu ve mağdurun kim veya kimler olabileceği incelenmiştir. Manevi unsur başlığı altında ise haksız rekabet suçları bakımından kanunda kast veya taksir bakımından bir özellik arz edip etmediği hususu anlatılmaya çalışılmıştır. Bölüm sonunda ise suçun özel görünüş biçimleri olan teşebbüs, iştirak ve içtima bakımından haksız rekabet suçları bakımından bir özellik arz edip etmediği hususu incelenmiştir.

Çalışmamızın üçüncü ve ana bölümünde ise TTK.m.55/1-a'da düzenmiş olan “dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar” ayrıntılı olarak incelenmiş, ilgili hükümde on iki bent halinde sayılan fiiller ayrı başlıklar altında anlatılmıştır. Bu fiillerin haksız rekabet hali olarak değerlendirilebilmesi için aranan kriterler, diğer bentlerde sayılan fiillerden hangi noktalarda ayrıldığı ve bu konuda Yargıtay'ın yaklaşımının ne şekilde olduğuna yer verilmiştir.

Çalışmamızın son bölümü olan dördüncü bölümünde, haksız rekabet suçlarına ilişkin olarak yürütülen soruşturma ve kovuşturma süreci, suçun şikâyet tabi olup olmaması konusunda özellik arz eden durumlar, uzlaştırma sürecinin ne şekilde işletileceği ve nihayetinde suçun kanunda öngörülen yaptırımlarının neler olduğu açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın sonuç bölümünde ise haksız rekabet suçları ile ilgili olarak genel bir değerlendirme yapılarak, uygulama ve yasal mevzuata dair görüşler özetlenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM REKABET VE HAKSIZ REKABET KAVRAMLARI VE İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER I. REKABET VE HAKSIZ REKABET KAVRAMI A. REKABET

Devletlerin piyasa ekonomisi üzerinde etkisinin fazla olduğu sistemlerden ziyade devlet müdahalesinin daha az olduğu serbest piyasa ekonomilerinde rekabet, oldukça gelişmiş ve önem arz eden bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır¹. Rekabet kelimesi dilimize Arapça'dan geçmiş bir sözcüktür ve “gözetleme, rakip olma, kıskanma, benzeriyle yarışma” anlamlarına gelmektedir. Günlük dilimizde ise rekabet sözcüğü “yarışma, mücadele” anlamlarında kullanılmaktadır². Rekabet kelimesinin anlamları göz önüne alındığında genel olarak, aynı amaca ulaşmaya hedefleyen kişiler arasındaki karşılıklı çekişme ve yarışı ifade etmektedir. Bu yarışma, müşteri sayısını arttırmak, rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırmak yahut verimi arttırmak şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Rekabet hakkının kötüye kullanılması söz konusu olmadığı sürece bu tarz bir yarış toplumun gelişmesinde önemli katkılar sağlayabilir.

Türk Ticaret Kanunu'nda rekabet kavramının ne anlama geldiğine ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte ticaret hukuku anlamında rekabet, daha fazla müşteri çekebilmek amacıyla yapılan her çeşit iş ve eylem olarak tanımlanmaktadır³. Bunun yanında rekabet

¹ Ayşe İpek Sarıöz, **Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012, s.6.

² Ozan Can Özbalçık, **TTK Md. 62/I-b, c, d Kapsamında Haksız Rekabet Suçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.5.

³ Burcu Dilekli, “Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Haksız Rekabet Suçları” Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020, s.4.

kavramı 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "tanımlar" kenar başlıklı 3.maddesinde "mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarışı" olarak tanımlanmıştır.

B. HAKSIZ REKABET KAVRAMI

Haksız rekabet hükümleri ile TTK m.54'te de belirtildiği üzere "bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması" amaçlanmıştır.eTTK'da haksız rekabetin tanımına yer verilmiş olsa da 6102 sayılı kanunda haksız rekabete ilişkin bir tanımlama yapmaktan kaçınılmıştır. Genel olarak haksız rekabet kurumu ile bahsedildiği üzere bozulmamış rekabet sağlanmaya çalışılmaktadır ve bütün katılanlar ifadesi ile rakipler, tüketicileri, mesleki ve ekonomik birlikler ve genel ifadeyle ekonomik düzen anlaşılmalıdır⁴.

Öğretide haksız rekabete ilişkin birçok tanımlama yapılmıştır. Bu tanımlamalardan çıkarılabilecek ortak nokta ise dürüstlük kuralına aykırılıktır⁵.Haksız rekabet hükümlerinin ortak noktası dürüstlük kuralı olduğundan dolayı, bu hükümlerin ortak amacının da dürüstlük esaslarına dayalı ekonomik düzenin devamlılığının sağlanmasıdır.

II. TÜRK HUKUKU VE ULUSLARARASI HUKUKTA HAKSIZ REKABETİN DÜZENLENMESİ

A. TÜRK HUKUKU'NDA HAKSIZ REKABETİN DÜZENLENMESİ

1. Genel Olarak

Cumhuriyet döneminden sonra haksız rekabete ilişkin ilk yasal düzenlemeler 1926 tarihli 818 sayılı Borçlar Kanunu ve 1926 tarihli 865 sayılı Ticaret Kanunu ile yapılmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda haksız rekabete ilişkin getirilen hükümler genel bir düzenlenme niteliği taşımaktayken, 865 sayılı Ticaret Kanunu'nda haksız rekabet ilişkin hükümlere daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir⁶.

2. Ticaret Kanunu

6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nda her ne kadar haksız rekabetin tanımına yer verilmiş olsa da 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda haksız rekabet tanımı verilmesinden imtina edilmiştir. 6102 sayılı TTK'da haksız rekabetin tanımına yer verilmemiş olsa da "Haksız Rekabet" kısmında yer alan "Amaç ve ilke" kenar başlık 54.madde de "...bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır" hükmü ile haksız rekabet hükümlerinin amacına yer verilmiştir. "Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar" başlıklı 55.madde de ise haksız rekabet olarak değerlendirilebilecek olan fiiller sınırlı sayı ilkesine tabi olmamak şartıyla sayılmıştır⁷.

⁴ Ozan Can Özbalcık, a.g.e., s.25.

⁵ Murat Yavaş, "Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri", MÜHF, 2006, s.772.

⁶ Burcu Dilekli, a.g.e., s.7.

⁷ İhsan Baştürk, "Türk TicaretKanununda Bilişim Yoluyla Haksız Rekabetin Hukuki-Cezai Sonuçları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: I, No: 6, 2011, 287.

6762 sayılı eski TTK'da yer alamayan haksız rekabet hallerinin 6102 sayılı yeni TTK'da düzenlenmiş olması koruma alanı genişletmiştir ancak sayılan hallerin sınırlı sayıda olmaması öğretide eleştirilmektedir.

TTK. m.55 ve 62 kapsamında sayılan, haksız rekabet teşkil edebilecek olan fiiller aynı zamanda suç teşkil etmektedir ve bu suçların yaptırımı olarak hapis ve adli para cezası öngörülmektedir. Ceza hukuku ilkeleri arasında yer alan ve en önemli ilkelerden biri olan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi uyarınca, bir fiil kanunda açıkça suç olarak düzenlenmedikçe, fiili işleyen kişi hakkında herhangi bir cezai yaptırım uygulanmayacaktır. Dolayısıyla TTK'da açıkça düzenlenmemiş ancak mahkemenin değerlendirmesi ile haksız rekabet hali sayılabilecek ve neticesinde kişi hakkında cezai yaptırım uygulanabilecek bir halin söz konusu olması cezanın temel prensiplerinden "suçta ve cezada kanunilik" ilkesinin ihlali anlamına gelecektir. Ancak bu durum "cezayı gerektiren fiiller" kenar başlıklı 62.maddede "55 inci maddede yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler" denilmek suretiyle yalnızca yazılı hallerin varlığı halinde kişinin cezai açıdan sorumlu tutulabileceği belirtilerek bu sorunun önüne geçilmiştir.

3. Borçlar Kanunu

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenleme alanı bulan haksız rekabet halleri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da genel olarak düzenlenmiştir. "Haksız rekabet" kenar başlıklı 57.maddede⁸ eski kanunda yer alan "yanlış ilanlar" ibaresi yerine "gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması" denilmek suretiyle haksız rekabet hükmü genişletilmiştir.

Haksız rekabete ilişkin olarak TBK ve TTK'da düzenlemelerin yer alması durumu iki farklı düzenlemenin birbirleriyle çatışma ihtimalini ve bu durumda hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı sorusunu beraberinde getirmektedir. TBK'da yer alan haksız rekabete ilişkin hükümlerin kapsamı TTK'ya oranla daha dar kapsamlıdır⁹.

TTK ve TBK kapsamında yer alan bu hükümleri birbirleriyle çatışmadıkları için hükümlerin uygulanması noktasında bir sorun oluşmayacaktır. Bunun yanında TBK'da yer alan hükümler genel, TTK'da yer alan hükümler ise özel hüküm niteliği taşımaktadır. Haksız rekabet suçları ise TTK kapsamında düzenlendiğinden failin niteliği önem arz etmeksizin TTK kapsamında değerlendirilecektir. TBK'daki hükümlere göre haksız rekabete ilişkin olarak dava açma hakkı zarara uğrayan kişiye aiten, TTK kapsamındaki haksız rekabet fiilleri bakımından dava açma hakkı duruma göre rakiplere, tüketicilere, kuruluşlara vs. aittir¹⁰.

⁸ TBK m.57 "Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir. Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır."

⁹ Serhan Dinç, Türk Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 27.

¹⁰ Metin Topçuoğlu, "Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali Ve Sonuçları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,Cilt. XIX, No:4, 2015, s. 11.

B. HAKSIZ REKABET İLE İLGİLİ ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

1. Paris Sözleşmesi

1883 tarihli Sınai Mülkiyetin Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi, haksız rekabete ilişkin hükümler içeren uluslararası bir sözleşmedir. Paris sözleşmesi ile amaçlanan sözleşme tarafı devletlerin iç hukuk düzenleri dikkate alınmak kaydıyla, farklı devlerdeki sınai mülkiyet uygulamalarındaki çelişkilerin giderilmesi ve uluslararası alanda geçerli olacak esasları belirlemektedir.

Sözleşmenin ilk halinde haksız rekabeti düzenleyen hükümler fikri mülkiyet koruma kapsamının dışında bırakılmıştır¹¹. 1900 yılında sözleşmede yapılan değişiklikler ile haksız rekabet hükümleri sözleşme kapsamına alınmıştır.

Paris Sözleşmesi'nin 10.maddesi ile sözleşmenin tarafı ülkelere, vatandaşlarını haksız rekabete karşı koruma yükümlülüğü getirilmiştir¹². Ticari ve sınai konulara ilişkin ve dürüstlük kurallarına aykırı davranışların haksız rekabet teşkil edeceği belirtilerek, özellikle yasak olması gereken hususların altı çizilmiştir. Bu kapsamda; bir rakibinin mallarını ve ticarethanesini kötüleyen davranışlar ile ticari mal ve faaliyetlere ilişkin tüketicileri yanıltmaya elverişli olan her türlü işlem ve eylem haksız rekabet hali olarak değerlendirileceği ve yasaklanması gerektiği belirtilmiştir.

Paris sözleşmesi ile sözleşme taraflarına yükümlülük yüklenmiştir. Bu yükümlülük ile devletlerin iç hukuk düzenlerinde haksız rekabete ilişkin düzenlemeler getirmesi öngörülmektedir¹³. Bu sözleşme kapsamında vatandaşlaeşitilem ve korumanın asgari şartları sağlama ilkelerini öngörülmüştür.

Paris Sözleşmesi'nin uluslararası bir sözleşme olması sebebiyle, sözleşme içeriğinin yorumlanması ve uygulanması hususunda devletlere takdir hakkı tanınmaktadır. Sözleşme'nin haksız rekabete ilişkin düzenlemeler içeren 10.maddesindeki terimlerin yorumlanması noktasında, sözleşme tarafı devletlerin yorumları açısından farklılıkların söz konusu olabileceği belirtilmiştir.

1967 yılında Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO) kurulmuş ve Türkiye 1975 yılında bu kuruluşun üyesi olmuştur. WIPO haksız rekabete ilişkin bir tanımlama yapmamıştır ancak haksız rekabetin önlenmesinin dürüstlük ilkeleri ile ilgili olduğu vurgulanmıştır. WIPO üyesi ülkelerin, Paris Sözleşmesi'nin 10.maddesi gereğince haksız rekabete ilişkin düzenlemeler getirmesi hususu zorunlu kılınmıştır.

2. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS)

Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS – TradeRelatedAspects of IntellectualPropertyRights) fikri mülkiyet ile ilgili kapsamlı düzenlemeler getirmektedir.

¹¹ Hüseyin Aydın, “Türk Ticaret Kanunu’nda Haksız Rekabet Suçları”, Yayınlanmış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 37.

¹² Hamide Merve Güçlü, “İşçiyi Sadakat Borcuna Aykırı Davranmaya Yönelmenin İş Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Sonuçları”, Yayınlanmış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021, s.26.

¹³ Mehmet Ali Aksoy, “Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti”, Yayınlanmış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 48.

Dünya Ticaret Örgütü’ne ilişkin bir anlaşma olarak karşımıza çıkan TRIPS’e 162 ülke taraf bulunmakla birlikte, Türkiye bu anlaşmaya 1995 yılında taraf olmuştur¹⁴.

Fikri mülkiyet konusunda Paris Sözleşmesi’ne nazaran daha kapsamlı hükümler içeren TRIPS, haksız rekabet hükümleri bakımından ise daha dar kapsamlı düzenlemeler getirmektedir. TRIPS ile haksız rekabete ilişkin olan coğrafi işaretler ve ticari sıralar konusunda düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemelerde sözleşme tarafı olan devletlere, coğrafi işaretler ve ticari sıralara yönelik haksız rekabet fiillerine ilişkin tedbirler alması gerektiği düzenlenmektedir.

TRIPS’in haksız rekabete ilişkin spesifik hükümler içermiyor olması ve haksız rekabete ilişkin konularda Paris Sözleşmesi’ne atıf yapıyor olması uluslararası alanda Paris Sözleşmesi’nin daha kapsamlı olduğunu göstermektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ REKABET SUÇLARI VE ORTAK HÜKÜMLER

I. SUÇUN UNSURLARI

A. MADDİ UNSURLAR

1. Fail

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “faillik” kenar başlıklı 37.maddesi¹⁵ uyarınca kanunda yazılı olan fiili gerçekleştiren kişi fail olarak tanımlanmaktadır. Kural olarak ceza yaptırımını gerektiren suçlar herkes tarafından işlenebilmektedir. Bu durum kanunlarda “her kim”, “kişi”, “bir kimse” ibareleri kullanılmak suretiyle belirtilmektedir. Buna karşılık bazı suçlar yalnızca kanunda belirtilen kişiler tarafından işlenebilmektedir. Bu tür suçlar “özü suç” olarak tanımlanmaktadır ve kanuni tanımda failin kim olduğu, hangi nitelikleri taşıması gerektiği belirtilmektedir. Başka bir deyişle, bu suçlar yalnızca kanunda özellikleri belirtilmiş olan kişiler tarafından işlenebilmektedir.

Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmiş olan haksız rekabet hükümleri, ticari işlere mahsus olarak uygulanmaktadır. TTK’nın “ticari işler” kenar başlıklı 3.maddesi uyarınca “Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir”. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere ticari işten bahsedebilmek adına iki ölçüt öngörülmüştür. İlk ölçüte göre TTK’da düzenlenmiş olan tüm hususlar ve dolayısıyla haksız rekabet fiilleri de ticari işlerdir. Dolayısıyla m.55’te sayılmış olan haksız rekabet fiilleri, kimin tarafından işlendiği dikkate alınmadan her halükârda ticari iş sayılacaktır. İkinci ölçüt ise failin bir ticari işletmeye ilişkin olmasıdır. Buna göre ticari işletmeyle doğrudan veya dolaylı olarak ilgili olan fiil, failin kim olduğundan bağımsız olarak ticari iş sayılacaktır¹⁶.

Görüldüğü üzere, ticari işe ilişkin olarak tüm ölçütler dikkate alındığında dahi haksız rekabet ilişkin suçların yalnızca tacirler tarafından işlenebileceği sonucuna ulaşmak mümkün değildir.

¹⁴ Hamide Merve Güçlü, a.g.e., s.26.

¹⁵ TCK m.37 “Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.”

¹⁶ Hüseyin Aydın, a.g.e., s.57.

Haksız rekabet suçlarından bahsedebilmek için fail ile mağdur arasında bir rekabet ilişkisinin varlığı aranmamaktadır¹⁷. Ticari hayatta çoğu kez mağdur ile fail arasında rekabet ilişkisi olsa da böyle bir ilişkinin var olmadığı durumlarda dahi haksız rekabet suçları işlenebilmektedir. Bunun yanında haksız rekabet suçunu işleyen failin, bu eyleminden dolayı herhangi bir menfaat sağlayıp sağlamadığı da bir önem arz etmemektedir. Zira bu fiilden hiçbir menfaat sağlamayan bir kişi de haksız rekabet suçunun faili olabilmektedir¹⁸.

TTK'nın "küçük ve kısıtlılar" kenar başlıklı 13.maadesine¹⁹ göre, ticari işletmenin küçük veya kısıtlı bir kişiye ait olması durumunda, ticari işletmeyi işleten yasal temsilci tacir olarak değerlendirilmeyecektir. Bu durumda tacir sıfatı, ticari işletmenin sahibi olan küçük veya kısıtlıya ait olacaktır. Ancak burada hukuki ve cezai yaptırımlar konusunda bir ayırım yapılmıştır. Ticari işletmeye sahip olan küçük veya kısıtlının hukuki sorumluluğuna gidilebilecekken, cezai sorumluluk yasal temsilciye ait olacaktır. Cezai sorumluluğun yasal temsilciye ait olması, TTK'da bu hususun açıkça düzenlemesi sonucunda cezaların şahsiliği ilkesinin ihlal edildiğinden bahsedilemeyecektir.

Bir diğer değinilmesi gereken husus ise adi ortaklıkların haksız rekabet suçları karşısındaki durumudur. Tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklıkların yönetim ve temsil yetkisi, ortaklar tarafından kullanılmaktadır. Haksız rekabet hali olarak sayılmış olan bir fiilin gündeme gelmesi durumunda ise yönetim ve temsil yetkisine sahip olan ortak veya ortaklar yahut üçüncü kişinin cezai sorumluluğu söz konusu olacak ve haksız rekabet suçunun faili olarak nitelendirilecektir.

1. Mağdur

TTK'da düzenlenen haksız rekabet suçları, devlet tarafından tesis edilmiş olan ekonomik düzene zarar verdiğinden dolayı genel mağdur Devlettir. Ancak genel mağdurun yanında özel mağdurlar da bulunmaktadır. Yani bu suçlar, çok mağdurlu suçlardır. Haksız rekabet suçlarındaki özel mağdurlardan ilki rakiplerdir. Haksız rekabet suçları bakımından fail ile mağdur arasında her ne kadar rekabet ilişkisinin varlığı zorunlu değilse de bu suçlar genellikle rekabet ilişkisi çerçevesinde işlenmektedir. Bu sebeple haksız rekabet suçlarının işlenmesi durumunda rakipler mağdur olmaktadır.

Bu suçların bir diğer mağduru ise fikri ve sınai hak sahipleridir. Bunun yanında bir de kitlesel mağdurlar olarak geçen tüketiciler bulunmaktadır. Tüketicilerle birlikte tacirler, esnaflar, sanatkârlar ve üreticiler de haksız rekabet suçlarının mağduru olabilmektedir.

2.Suçun Konusu

Türk Ticaret Kanunu'nun 54.maddesinde haksız rekabet hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olarak belirtilmiştir²⁰.

¹⁷ Sabih Arkan, "Ticari İşletme Hukuku, 27. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 62.

¹⁸ Hediye Bahar Sayın, "Haksız Rekabet Hükümlerinin Türk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu Düzenlemesi Açısından Değerlendirilmesi", *Eskişehir Barosu Dergisi*, No:12-13, 2007, s. 69.

¹⁹ TTK m.13 "Küçük ve kısıtlılara ait ticari işletmeyi bunların adına işleten yasal temsilci, tacir sayılmaz. Tacir sıfatı, temsil edilene aittir. Ancak, yasal temsilci ceza hükümlerinin uygulanması yönünden tacir gibi sorumlu olur."

²⁰ İbrahim Bektaş, "Haksız Rekabet Hukukunda Dürüst Ve Bozulmamış Rekabeti Sağlama Amacı (Ttk M. 54) Ve 'İşleyen Rekabet' Ölçütü", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXXIV, No. 3, 2018, s. 278.

"Bütün katılanlar" ibaresi ile ekonomi, tüketici ve kamu kastedilmiştir²¹. Kanun gerekçesinde haksız rekabet hükümleri ile yalnızca rakiplerin korunmadığını, aynı zamanda alıcıların ve tüketicilerin de korunduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla haksız rekabet suçlarının konusunun dürüst rekabetin egemen olduğu ekonomik düzen olduğu belirtilmektedir²². Haksız rekabet suçları ekonomik suç olarak nitelendirilmektedir. Ekonomik suçlarda ise devlet tarafından asıl korunan menfaatler, ticari hayatın akışının bozulmaması ve ülkedeki gelir kaynaklarının yine ülkede tutulmasının sağlanmasıdır. Bu kapsamda değerlendirildiğinde ise haksız rekabete ilişkin düzenlemeler ile korunan hukuki değer, dürüst ve bozulmamış rekabettir.

3. Netice

Haksız rekabet suçları nitelik itibarıyla sırf hareket suçu olarak nitelendirilmektedir. Zira, haksız rekabet teşkil eden fiilin gerçekleştirilmesiyle birlikte suç oluşacak ve neticenin varlığı aranmayacaktır. Suçlara ilişkin yapılan bu sınıflandırma teşebbüs konusunda önem arz etmektedir. Sırf hareket suçlarında hareketin yapılması ile suç tamamlanmış olacak ve teşebbüsten bahsedilemeyecektir. Bu husustan da anlaşılacağı üzere haksız rekabet suçlarında kural olarak teşebbüs mümkün değildir. Teşebbüse ilişkin istisnalar mevcut olmakla birlikte, bu konuya çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde değinilecektir.

B. MANEVİ UNSURLAR

1. Genel Olarak

Manevi unsur fail ile fiil arasında bulunan bağı ifade etmektedir. Suçun manevi unsurları kast, taksir, taksir kombinasyonları ve saik-amaç olarak ifade edilebilir. Kast, bir suçun faili tarafından unsurlarının bilinerek ve isteyerek gerçekleştirilmesidir²³. TCK.m.21 uyarınca suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kastın varlığından bahsedebilmek için suçun kanuni tanımında belirlenmiş olan unsurların fail tarafından önceden biliniyor olması aranmaktadır. TCK.m.22 uyarınca, bir suçun taksirle işlenebilmesi için bu durumun kanunda açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

2. Kast

TTK'da düzenlenmiş olan haksız rekabet suçları bakımından aranan manevi unsur kasttır. Zira ilgili hükümler lafzı dikkate alındığında haksız rekabet suçlarının taksirle işlenebileceğine dair bir ibare bulunmamaktadır.

TTKm.55'te sayılmış olan hallerde kastın yanında saikin de arandığı görülmektedir. Saikin arandığı hallere örnek olarak TTKm.55/1-a hükmünde yer alan fiil²⁴ gösterilebilir. Buna göre bu fiilde kastın yanında "müstesna yeteneğe sahip bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak" saikin varlığı da aranmaktadır.

²¹ Hamdi Pınar, "Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri", *MÜHF*, Cilt:XVIII, Sayı: 2, 2012, s. 69.

²² Şirin Güven, *Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s.42.

²³ Özberk/Doğan/Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12.Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s.252.

²⁴ TTK m.55/1-a "paye, diploma veya ödül almadığı halde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe sahip bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak"

C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

1. Genel Olarak

Suçun unsurlarından biri olan hukuka aykırılık, kanundaki tanıma uygun olan fiilin yani tipik olan fiilin hukuk normlarına uygun olmaması, onlarla çatışması halidir. Fail tarafından gerçekleştirilmiş olan fiilin tipik olması hukuka aykırılık unsurunu tek başına sağlamayacaktır. Tipikliğin yanında fiilin hukuk düzenine aykırı olması ve kanunda sayılan hukuka uygunluk nedenlerinden birinin de olmaması gerekmektedir²⁵.

2. Hukuka Uygunluk Sebepleri

a. Kanun Hükmünü Yerine Getirme

TCK'nın 24. maddesi uyarınca, kanun hükmünü yerine getirmiş olan kişiye fiilden dolayı ceza verilmeyecektir. Burada kastedilen kişinin fiilin görevi nedeniyle icra ediyor olmasıdır. “Kanun hükmü” ibaresinde ise sadece TCK değil yürürlükte bulunan tüm kanunlar anlaşılmalıdır.

Kanun hükmünü yerine getiren kişinin fiili en başından beri kanuna uygun olacağından, bir suçun varlığından söz edilemeyecektir. Bu tanımlamadan göz önüne alındığında öğretilerdeki genel görüş, haksız rekabet suçları bakımından bu hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olamayacağıdır²⁶.

b. Hukuka Uygun Emrin İfasi

TCK.m.24²⁷ uyarınca, yetkili merci tarafından verilmiş olan emri uygulayan kişi, gerçekleştirmiş olduğu fiilden dolayı sorumlu tutulamayacaktır. Ancak söz konusu emrin konusunun bir suç teşkil etmemesi gerekmektedir.

TTK.m.55'te sayılan fiillerden birinin, bir cumhuriyet savcısının talimatı ile polis tarafından yapılmakta olan bir soruşturmada gerçekleştirilmesi halinde, söz konusu fiilin suç oluşturmayaacağına ilişkin örneklerle yer verilse de bu durumun uygulamada bir hukuka uygunluk nedeni olan karşılaşılmayacağını söylemek mümkündür.

c. Meşru Savunma

TCK'nın 25/1 uyarınca, meşru savunma, kişinin kendini veya üçüncü bir kişiyi mevcut bir saldırıdan yahut haksız bir eylemden korumak amaçlı gerçekleştirmiş olduğu orantılı bir savunmadır.

Öğretilerde ağırlıklı görüş, haksız rekabet suçlarında meşru savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak uygulanamaz olduğunu belirtmektedir²⁸. Bu görüşe ilaveten haksız rekabet suçlarında sayılan fiillerin gerçekleştirilmesi herhangi bir saldırıdan kurtulma veya saldırıyı önleme amacına hizmet etmediğinden, bir savunma halinin varlığından söz edilemeyecektir²⁹.

²⁵ Hüseyin Aydın, **a.g.e.**, s. 84.

²⁶ Hüseyin Aydın, **a.g.e.**, s.85.

²⁷ TCK m.24 “(1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. (2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.”

²⁸ Burcu Dilekli, **a.g.e.**, s.44.

²⁹ Murat Gündem, Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Haksız Rekabet Suçları, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Zirve Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.112.

d. Hakkın Kullanılması

Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebeplerinden biridir. Burada bahsedilen “hak” kavramının bir kanundan kaynaklanıyor olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bahsedilen bu hak, kanundan kaynaklanabileceği gibi idari bir eylem veya işlem yahut mahkeme kararından da kaynaklanması söz konusu olabilecektir.

Hakkın kullanılmasının bir hukuka uygunluk sebebi sayılabilmesi için bazı şartların varlığı aranmaktadır. Öncelik bu hak, hukuk düzenince korunan sübjektif bir hakkın var olması, hakkın kullanımının kaynağını teşkil eden hukuk normu sınırları içerisinde kalması, hakkın doğrudan doğruya kullanılıyor olması ve illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

Öğretilerde bu hukuka uygunluk sebebi, haksız suçlar bakımından sınır olarak da olsa kabul edilmektedir³⁰. Örneğin, 556 sayılı kanun bakımından bir işaretin marka olarak tescil edilmesi, tescil ettiren hak sahibine bu markanın kullanılabilmesi için tekel nitelikte bir hak sağlamaktadır. Marka sahibi, sahip olduğu bu hak sayesinde, tescil ettirmiş olduğu markasının kullanılmasını yasaklayabilmektedir. Marka sahibi, tescil ettirdiği markasını, başkalarının markası ile iltibasa sebep olabilecek oranda benzer olsa bile marka kullanımının kaynağı “tesvil” olduğu için markasını kullanmaya devam edebilecektir. Bu durumda hakkın kullanılması söz konusu olacağından yapılan fiilin hukuka aykırılık unsuru taşıdığı söylenmeyecektir. Ancak, marka sahibi hakkını hukuk sınırları içerisinde kullanmalıdır. Aksi durumda sınırların aşılması gündeme gelecek ve hukuka uygunluk sebebinin varlığından bahsedilemeyecektir.

e. İlgilinin Rızası

Haksız rekabet suçlarına ilişkin olarak ilgilinin rızasının varlığı bir hukuka uygunluk sebebidir. Haksız rekabet suçları mal varlığına ilişkin suçlardır. Dolayısıyla bir mal üzerinde zarar gelmesi söz konusu olduğundan kişinin rızasının varlığı halinde hukuka uygunluk sebebinin varlığından bahsedilebilecektir.

Haksız rekabet suçunun mağduru yahut menfaati korunan kişinin, söz konusu suç karşısında, şikâyet süresi içerisinde şikayet etme hakkını kullanmaması yani sessiz kalması durumunda ise burada ilgilinin rızasının varlığından bahsedilemeyecektir.

III. HAKSIZ REKABET SUÇLARININ ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS

Haksız rekabet suçları nitelik itibarıyla sırf hareket suçudur. Sırf hareket suçlarında ise kural olarak teşebbüsten bahsedilmez. Ancak sırf hareket suçlarında icra hareketlerinin bölünebildiği durumlarda teşebbüs gündeme gelecektir³¹. Haksız rekabet suçlarında da kanunda yazılan fiillerin icrasının bölünebildiği durumlarda teşebbüsten bahsedilebilecektir. Örneğin, rakibinin ticari mallarını kötüleyici broşürler basan bir kişinin, söz konusu broşürleri dağıtamadan yakalanması durumunda teşebbüsten bahsedilecektir.

³⁰ Hüseyin Aydın, **a.g.e.**, s.86.

³¹ Hüseyin Aydın, **a.g.e.**, s.94.

Teşebbüsün varlığı halinde ceza, meydana gelen zararın ve tehlikenin ağırlığı göz önüne alınarak belirlenmektedir. Ancak haksız rekabet suçlarında zarar veya tehlikenin ağırlığının tespiti güçtür. Zira haksız rekabet suçları nitelik itibariyle sırf hareket suçudur ve bunun bir sonucu olarak zarar doğmadan suçun tamamlanabilecek niteliktedir³². Bu durumda dikkate alınması gereken tehlikenin ağırlığıdır.

B. İŞTİRAK

TTK'da haksız rekabet suçları ile ilgili iştirak konusuna ilişkin düzenlemelere yer verilmemiştir. Bu nedenle iştirak konusunda TCK'da yer alan genel iştirak hükümleri uygulama alanı bulacaktır. TCK'daki genel iştirak hükümleri dikkate alındığında azmettirenin varlığı halinde azmettiren, suçun cezası ile cezalandırılacak, yardım eden ise TCK.m.39 kapsamında değerlendirilecektir.

C. İÇTİMA

Haksız rekabet suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. Bir kişiye karşı farklı zamanlarda sayılan haksız rekabet fiillerinden biri işlenebileceği gibi bunun yanında haksız rekabet suçlarından birinin, birden fazla kişiye karşı işlenmesi söz konusu olabilir. Bu halde birden fazla mağdurun varlığından söz edilecek ve TCK.m.43'ün³³ uygulanması gündeme gelecektir.

Ekonomik suç niteliğinde olan haksız rekabet suçları, TTK'da sayılmış olan fiillerden birinin icrası halinde gündeme gelir. Bu fiillerden bazıları, diğer kanunlarda düzenlenmiş olan fiillerle benzerlik göstermekte ve bu fiilleri icrası ile birden fazla kanun hükmünün ihlali söz konusu olabilmektedir. Örneğin, kişinin başkasına ait markayı kullanması TTK anlamında haksız rekabet suçu sayılacağı gibi 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında da bir aykırılık teşkil edecektir.

TCK.m.44 uyarınca, failin tek bir fiili ile birden fazla kanun hükmünü ihlal ettiği durumunda, faile en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezaya hükmedilecektir. TCK.m.44 göz önüne alındığında, içtima bakımından düzenleme getiren TTK.m.62'deki "*fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suçu oluşturmadığı takdirde*" ibaresi öğretideki bazı görüşlere göre gereksizdir. Zira TCK'daki içtima hükümleri her hâlükârda fail hakkında uygulanacak ve en ağır cezayı gerektiren suç uyarınca ceza verilecektir.

Bununla birlikte öğretideki bazı görüşler ise, TTK'nın ilgili hükümlerinin ikincil norm niteliğinde olduğunu ve daha ağır başka bir suçun söz konusu olmadığı hallerde bu normların uygulanacağını belirtmektedir.

³² Hüseyin Aydın, **a.g.e.**, s.95.

³³ TCK Madde 43 "(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. (Ek cümle: 29/6/2005 – 5377/6 md.) Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır. (2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır. (3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz."

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ REKABET SUÇLARINDA TİPE UYGUN FİİLLER I. TÜRK TİCARET KANUNU'NDA DÜZENLENEN HAKSIZ REKABET SUÇU TİPLERİ

A. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI REKLAM VE SATIŞ YÖNTEMLERİ

1. Kötüleme

TTK m.55/1-a'nın birinci bendi³⁴ uyarınca, haksız rekabet suçunun oluşmasına sebebiyet veren temel eylem kötülemedir. Kötüleme fiili neticesinde haksız rekabet suçunun oluştuğundan bahsedilebilmesi için failin kendi lehine bir menfaat sağması gerekmektedir. Kötüleme fiili ile haksız rekabet suçu iki şekilde gerçekleştirilebilir: gereksiz yere incitici açıklamada bulunmak ve yanlış veya yanıltıcı açıklamada bulunmak. Her iki eylem açısından da kötüleme fiilinde gerçeklik payının varlığı aranmamaktadır. Aksi takdirde haksız rekabet suçunun varlığından söz edilemeyecektir³⁵. Yanıltıcı açıklamalarda bulunma fiilinde ise fiilin, yanıltıcı beyanın muhatabı olan müşteri kitlesi üzerindeki etkisinin, söz konusu kitleyi yanıltacak düzeyde olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu tespit yapılırken ortalama müşteri kitlesi dikkate alınmalıdır. Bu husus gereksiz yere incitici açıklamada bulunma fiili bakımından da geçerlidir.

Kötüleme fiilinin haksız rekabet suçunu oluşturabilmesi için, kötüleme fiilinin yöneldiği mağdurun kimliğinin açıkça belirtilmesi gerekmemektedir. Söz konusu eylemin gerçekleştirilmesiyle mağdurun kim olduğunun anlaşılması halinde de haksız rekabet suçunun varlığından bahsedilebilecektir³⁶.

Kötüleme fiili ile haksız rekabet suçunun oluşabilmesi için, fiilin, mal, fiyatlandırma, ticari işlere yönelik olarak yapılabilir. Kötüleme fiili, ilgili hükümde açıkça belirtilmese dahi, direkt rakibi hedef alınarak yapılabilir³⁷. Hükümde kullanılan "gereksiz yere incitici" ibaresi ile kullanılan ifadelerin gerçeklikten uzak hale gelmesi ve eleştirinin niteliği ile uyuşmaması kastedilmiştir.

Yapılan açıklamaların gerçeklik barındırması durumunda dahi gerçeklik sınırı zorlanıyor ise yine gereksiz incitici açıklamadan bahsedilebilir³⁸. Dolayısıyla gereksiz incitici açıklamalar gerçeklik taşıyabilirken yanıltıcı beyan gerçeklik taşımamaktadır. Bu bent kapsamında düzenlenen fiilin haksız rekabet teşkil edebilmesi için yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici beyanın kasten yapılması ve açıklamaların veya reklamların başkaları tarafından da öğrenilmesi aranmaktadır.

Kötüleme suretiyle haksız rekabet haline örnek olarak; rakibini kötüleme amacıyla haksız yere kamu kurum ve kuruluşlarına şikâyet dilekçesi vermek³⁹, verilen bir röportajda rakibinin ürünlerinin kalitesiz olduğunu beyan etmek gösterilebilir.

³⁴ TTK.m.55/1-a "*1. Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek,*"

³⁵ Burcu Dilekli, **a.g.e.**, s.55.

³⁶ Yargıtay HGK 20.04.1994 T., 1993/11-965 E., 1994/252 K.

³⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 15.02.1999 T. 1998/9296 E. 1999/856 K..

³⁸ Hüseyin Aydın, **a.g.e.**, s.124.

³⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 27.10.1983 T. 1983/3987 E. 1983/4611 K.

2. Gerçek Dışı veya Yanıltıcı Açıklama

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun m.55/1-a hükmünde düzenlenen 2 numaralı alt bendine⁴⁰ göre haksız rekabet teşkil eden fiil kısaca, gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamada bulunmaktır. TTK'da düzenlenen bu fiil, eTTK'da da bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir.

Gerçek dışı yahut yanıltıcı açıklamada bulunma fiilinde ortalama müşteri kitlesi dikkate alınmalı ve her olay ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulmalıdır⁴¹.

Gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamada bulunma fiili, çok hareketli bir suç olup, TTK m.55/1-a'da sayılan fiillerden birinin işlenmesi ile suç tamamlanacaktır⁴². Bu suçun işlenmesiyle fail, kendisine veya üçüncü bir kişi lehine avantaj sağlayabilir. Failin avantaj sağlaması ile kastedilen rekabette öne geçmesidir⁴³.

Gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamada bulunma fiilinin kötüleme fiilinden farkı, söz konusu açıklamanın doğruluğu konusunda tespit edilen objektif bir bilginin olmasıdır. Doğru olup olmadığı konusunda kesin bir kanaat oluşturulamayan açıklamaların varlığı halinde haksız rekabet suçunun oluştuğundan bahsedilemeyecektir⁴⁴. Bu kapsamda objektif olmayan ve kişisel değerlendirme niteliğindeki açıklamalar haksız rekabet suçu teşkil etmeyecektir⁴⁵.

Hükümün gerekçesinde bent kapsamında sayılan fiillerin genişletebileceği belirtilmişse de bu genişletme ceza hukuku bakımından mümkün değildir. Zira ceza hukukunun temel ilkelerinden suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince kanunda açıkça belirtilmemiş bir fiilden dolayı kişinin cezai anlamda sorumluluğundan bahsedilemeyecektir⁴⁶.

Gerçek dışı yahut yanıltıcı açıklama fiilinde, tüketici kitlenin iradesi etkilenmeye çalışılmaktadır⁴⁷. Bu suç ağırlıklı olarak reklam yolu ile işlenmektedir. Ancak, reklamda kullanılmış olan abartılı ifadeler bu suçun oluşmasına sebebiyet vermeyecektir. Bunun yanında fiilin direkt olarak rakibe yöneltilmesi zorunluluğu da bulunmamaktadır⁴⁸.

⁴⁰ TTK.m.55/1-a “2. Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek,”

⁴¹ Remzi Tamer Pekdinçer, **Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar Ve Satış Yöntemleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 103.

⁴² İtişgen, “Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Gerçek Dışı veya Yanıltıcı Açıklamada Bulunma Suçu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt: CXXII, 2016, s. 345.

⁴³ Burcu Dilekli, **a.g.e.**, s.59.

⁴⁴ Hamdi Pınar, **a.g.e.**, s. 132.

⁴⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 17.01.2018 tarih, 2016/6282 E. 2018/394 K. “... davacı K... Porselen A.Ş. Yetkililerince yapılan ‘Dünyada bizden daha kaliteli, daha vasıftı porselen üreten fabrika, hatta bir ülke yoktur’ ifadesinin yanlış olmakla birlikte bu ifadenin reklam amacıyla söylendiği, tüketiciler tarafından ciddiye alınması beklenilmeyecek bir ifade olduğu, haksız rekabet teşkil etmeyeceği...” (Çevrimiçi), www.kararara.com, 25 Mayıs 2022.

⁴⁶ Burcu Dilekli, **a.g.e.**, s.60.

⁴⁷ Hamdi Pınar, **a.g.e.**, s. 133.

⁴⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 20.02.1998 tarih, 1997/9233 E. 1998/1026 K. sayılı kararı “...Karar düzeltme istemi üzerine yeniden yapılan inceleme ve değerlendirme sonunda: davalılarca çıkarılan Sabah gazetesinin başlığındaki ‘Türkiye’nin en çok satan gazetesi’ şeklindeki sunum metninin, yine aynı yerde üzeri ‘nazar boncuklu 1’ rakamını havi logo’nun gerçeği yansıtmadığı, böylece TTK 57/3 maddesinde yazılı olduğu biçimde yanlış ve yanıltıcı bilgilerle davacı rakip gazeteye nazaran kendini üstün duruma getirerek, haksız rekabette bulunduğu dosyadaki delillerden ve delilleri irdelerek bu yolda neticeye varan bilirkişi raporlarından anlaşılmış olmakla...” ile “Türkiye’nin en çok satan gazetesi” ve “nazar boncuklu 1” ibarelerini kullanan bir gazetenin, kullandığı bu ibareler ile gerçeği yansıtmaması ve yanıltıcı olması itibarıyla haksız rekabet teşkil ettiğine hükmedilmiştir. (Çevrimiçi), www.kararara.com, 25 Mayıs 2022.

3. Hakkı Olmayan Unvanları, Meslek, Derece veya Sembollerini

Kullanma

TTK m.55/1-a kapsamında sayılan üçüncü fiil⁴⁹ ise kısaca hakkı olmayan unvanları, meslek, derece veya sembollerini kullanmaktır. Hüküm gerekçesinde söz konusu fiile örnek olarak “ödüllü çevirmen”, “Paris’ten diplomalı terzi” gibi ifadeler yer verilmiştir. Söz konusu hüküm eTTK’daki haliyle aynen korunmuştur⁵⁰.

TTK m.55/1-a’da düzenlenen bu fiil, yukarıda izah ettiğimiz gerçek dışı veya yanıltıcı beyanda bulunma fiilinin özel hallerinden biridir. Fail, üstün yeteneklere sahip olduğunu göstermek veya özel yeteneklere sahip olduğunu kanısını yaratmak için derece, ödül almadığı halde bunları almış gibi davranarak, rakiplerinin önüne geçmeye çalışmaktadır⁵¹.

Bir unvanın haksız bir biçimde kullanılmasıyla ilgili olarak başka kanunlarda da düzenlemeler söz konusudur. Mali müşavirlik unvanının herhangi bir diploma olmaksızın haksız yere kullanılması yasaklanmış ve odalara söz konusu fiili Cumhuriyet Savcılığı’na bildirme yükümlülüğü getirilmiştir⁵². Dolayısıyla haksız rekabet suçunun aynı anda başka bir suç daha teşkil etmesi halinde içtimaya ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

4. Karıştırılmaya Yönelik Önlemler Alma

TTK m.55/1-a kapsamında düzenlenen dördüncü fiil⁵³ ise karıştırılmaya yönelik önlemler almaktır. Karıştırılma ifadesinden tüketici kitle üzerinde bir tesir bırakarak, yanlış anlaşılmaya sebep olma anlaşılmaktadır⁵⁴.

Karıştırılma fiili, iltibas veya iktibas yolu ile gerçekleştirilebilir. İktibas, ürünün aynen kullanması halinde söz konusu olacaktır. Ürünün aynen değil ancak karıştırılmaya sebep olacak şekilde benzerinin kullanılması halinde ise iltibastan bahsedilecektir. İltibas halinin olup olmadığı değerlendirilirken ise ortalama tüketici tercihleri dikkate alınabilecektir⁵⁵.

⁴⁹ TTK m.55/1-a “3. Paye, diploma veya ödül almadığı hâlde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembollerini kullanmak”

⁵⁰ Burcu Dilekli, **a.g.e.**, s.61.

⁵¹ Remzi Tamer Pekdinçer, **a.g.e.**, s.113.

⁵² 3568 Sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik Ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu m.3 “Kanunen kullanmaya yetkisi olmayanlar tarafından (...) (1) , serbest muhasebeci mali müşavir; yeminli mali müşavir unvanlarının veya bu unvan veya kavramlara karışacak veya onlara benzer her türlü unvan, ibare veya remizlerin kullanılması yasaktır. Odalar, yukarıdaki fıkraya aykırı davranışları öğrendiklerinde Cumhuriyet Savcılığına bildirmek mecburiyetindedirler. Cumhuriyet Savcılığınca tahkikatın sonucu, odaya ve ilgililere bildirilir.”

⁵³ TTK m.55/1-a “4. Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak”

⁵⁴ Sabih Arkan, “Haksız Rekabet- Gelişmeler- Sorunlar”, **BATİDER**, Cilt XXII, No:4. s. 318.

⁵⁵ Serhan Dinç, **a.g.e.**, s.56.

Karıştırılmaya yönelik önlemler alma suretiyle haksız rekabet suçunun işlenebilmesi için karıştırılma fiilinin gerçekleştirilmesi şartı aranmamaktadır. Suçun oluşması bakımından failin madde kapsamında bahsedilen fiillerden birini işlenmesi yeterlidir⁵⁶.

5. Karşılaştırmalı Reklam

TTK m.55/1-a kapsamında düzenlenen beşinci fiil⁵⁷ ise karşılaştırmalı reklam yapma fiilidir. Söz konusu hüküm eTTK'da düzenlenmemiş olup, hukukumuzda 6201 sayılı TTK ile girmiştir.

Karşılaştırmalı reklamlarda, aldatıcılık unsurunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme yapılırken, yanıltıcı yahut aldatıcı bir bilginin söz konusu olup olmadığı ve bu bilginin tüketici iradesini sakatlayabilecek nitelikte olup olmadığı hususları dikkate alınacaktır⁵⁸. Yapılan reklam, içerik olarak gerçeği yansıtmaması durumunda bile tüketici iradesinde aldatıcı bir tesir bırakıyor ise yine aldatıcı reklamın varlığından söz edilebilir⁵⁹.

Karşılaştırmalı reklam yapma suretiyle haksız rekabet suçunun işlenebilmesi için aldatıcı nitelikte, açıkça veya zımnen başkasının mallarıyla ilgili bir fiilin yapılması gerekmektedir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda dolaylı bir şekilde yapılan karşılaştırmalı reklamın haksız rekabet teşkil etmeyeceğini zira bu durumda aldatıcılık unsurunu içermediğini belirtmiştir⁶⁰.

Yapılan reklamın içerik olarak gerçekleri yansıtmaması durumunda da haksız rekabet suçunun işlenmesi mümkündür. Diğer markanın tanınmışlığından faydalanarak karşılaştırmalı reklam yapılması halinde bu durum gündeme gelecektir. Zira burada

reklamı yapan fail, kötü niyetli olarak rakibinin karşısında avantaj sağlamayı ve onun önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta ise karşılaştırmalı reklamın konusu olan ürünlerin aynı cins ve neviden olma zorunluluğudur.

6. Göstermelik ya da Seçilmiş Mal/Fiyat Kullanımı

TTK m.55/1-a'da düzenlenen altıncı fiil⁶¹ ise kısaca göstermelik yahut seçilmiş mal veya fiyat kullanımıdır. Söz konusu bu düzenleme eski TTK'da yer almamaktaydı.

Seçilmiş veya göstermelik mal/fiyat kullanımında fail, satış yaptığı malları tedarik fiyatından daha düşük bir fiyata satışa sunarak tüketicilerin algısında karışıklık yaratır. Bu karışıklık ile tüketici kendi algısındaki fiyatlandırmadan veya üründen başka bir ürün ya da fiyatlandırma ile karşılaşır⁶². Bu durumda gerçeğe uygun olmayan fiyatla veya ürün ile aldatma hali söz konusudur⁶³.

7. Müşteriyi Ek Edimlerle Sunumun Gerçek Değeri Hakkında Yanıltma

TTK m.55/1-a'da düzenlenen yedinci fiil⁶⁴ ise tüketiciye ek edimler sunmak suretiyle sunulan ürünün gerçek fiyatı hakkında yanıltmadır. Bu fiil ile tüketiciye prim, armağan gibi bazı avantajlar sunulmak suretiyle, malın kalitesi veya tazeliği gibi konularda fazla düşünme fırsatı tanınmadan satın almaya yönlendirilmektedir⁶⁵. Bu haksız suç haline örnek olarak ise piyasa değeri 200 TL olan bir ürünün yanına 50 TL değerinde bir ürün daha ekleyip, eklenen ürünün ücretsiz olduğunun ve bu iki ürünün toplamda 200 TL olduğunun beyan edilmesi gösterilmektedir⁶⁶. Bu haksız fiil suçunda, tüketiciye sağlanmış olan ek katkının varlığı tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda bu katkı ile tüketicinin aldığı ürünün gerçek değeri konusunda aldatılması unsurunun da varlığı aranmaktadır⁶⁷.

⁵⁶ Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 13.02.2020 tarih, 2020/1038 E. 2020/1452 K. "...İddianamede sanığın iş yerinde müşteri şirketin markasının taklit edildiği ürünlere rastlanmadığı belirtilmiştir. Buna rağmen marka hakkının ihlali suçundan dolayı sanık hakkında kamu davası açılmıştır. Suça konu olan yoğurt ambalajları orijinaldir. Bu ambalajların içerisine Mandracılık tarafından yoğurt mayalandığı ve sanığın iş yerinde satışa sunulduğu anlaşılmaktadır. Marka hakkının ihlali suçunun oluşabilmesi için tescilli markalar iktibas veya iltibas edilerek mal veya hizmet üretilmesi gerekir. Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 10.07.2000 tarih, 2000/9507 esas, 2000/10382 karar sayılı kararında belirtildiği gibi orijinal yoğurt ambalajlarının içerisine başka bir üreticinin yoğurtlarının mayalanması marka hakkının ihlali suçunu değil olsa olsahaksız rekabet suçunu oluşturur. Şikâyet dilekçesinde haksız rekabet dolayısıyla sanığın şikâyet edildiğine ilişkin herhangi bir açıklama yoktur. Eylem marka hakkının ihlali suçunu oluşturmadığından ve şikâyet konusu edilmeyen haksız rekabet suçuna da dönüşmeyeceğinden, sanığın atılı suçtan beraatine ilişkin aşağıdaki biçimde karar verilmiştir." şeklindeki gerekçeyle bozma kararına direnerek önceki hüküm gibi sanığın beraatine karar vermiştir. ... Hükümün konusunun iddianamede anlatılan eylemden ibaret olması karşısında sanığın katılana ait yoğurt markasının kullanılmış ambalajlarına marka hakkı sahibinin izni ve rızası dışında yoğurt doldurarak satışa sunma şeklinde gerçekleşen eylemin TTK'nin 57/5.maddesinde belirlenen haksız rekabet suçunu oluşturduğu ve aynı yasanın 64/1-5. maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken yerinde görülmemen gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması..." gerekçesiyle, ile eTTK kapsamında iltibas meydana getirmeye çalışma olarak düzenlenen suçtan dolayı faile ceza verilmesi gerektiği belirtilmiştir." (Çevrimiçi) www.karara.com, 2 Haziran 2022.

⁵⁷ TTK m.55/1-a "5. Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek"

⁵⁸ Mehmet Ali Aksoy, a.g.e., s. 100.

⁵⁹ Hamdi Pınar, a.g.e., s. 149.

⁶⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 30.10.2009 tarih, 2008/1262 E. 2009/1173 K.

⁶¹ TTK m.55/1-a "6. Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltmak; şu kadar ki, satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması halinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur"

⁶² Serhan Dinç, a.g.e., s. 79.

⁶³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 28.02.2018 tarih, 2016/7703 E. 2018/1505 K. "...Kanun koyucu söz konusu düzenlemeyle, bir tacirin, sırf daha fazla müşteri çekebilmek amacıyla kendisinin müşterilere daha ucuza satış yaptığına inandırmak için, göstermelik bazı ürünlerde tedarik fiyatının altında satış yapmak ve reklamlarında da buna vurgu yapmak suretiyle, kendisinin yeteneği konusunda müşterileri yanıltarak rakiplerinin önüne geçmeye çalışmasını dürüstliğe aykırı ve haksız rekabetçi bir davranış olarak nitelendirmiştir." (Çevrimiçi) www.kazanci.com 25 Mayıs 2022.

⁶⁴ TTK m.55/1-a "7. Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak"

⁶⁵ Burcu Dilekli, a.g.e., s.69.

⁶⁶ Burcu Dilekli, a.g.e., s.70.

⁶⁷ Ufuk Tekin, "Müşteriyi Ek Edimlerle Sunumun Gerçek Değeri Hakkında Yanıltmak Suretiyle Haksız Rekabet", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: XXXV, No:1, 2019, s. 178.

8. Saldırgan Satış Yöntemleri Kullanma

TTK m.55/1-a'da düzenlenen sekizinci fiil⁶⁸ ise kısaca saldırgan satış yöntemleri kullanmaktır. Bu haksız rekabet hali yeni TTK ile gelmiştir.

Bu haksız rekabet halinde satıcılar, ürün veya hizmetlerini satabilmek adına tüketicilere yönelik olarak bazı satış yöntemleri ve taktiklerini kullanmaktadır. Bu yöntemler ile tüketici psikolojik olarak zor bir duruma sokularak karar verme iradesi baskı altına alınmaktadır. Bu baskı sebebiyle tüketici, yeterli bir araştırma yapma fırsatı bulamadan ürünü almaya karar verebilir. Bu durumların varlığı halinde saldırgan satış yönteminin varlığından bahsedilir. Bu haksız rekabet haline örnek olarak, tüketiciyi bir ürün veya hizmet satmak için belirli bir yere davet ederek ikramlarda bulunmak ve tüketicide minnet duygusu yaratmak suretiyle ürünü veya hizmeti satın almasını sağlamak gösterilebilir⁶⁹.

9. Gizlemek Suretiyle Yanıltmak

TTK m.55/1-a'da düzenlenen dokuzuncu fiil⁷⁰ ise kısaca gizlemek suretiyle tüketicilerin aldatılmasıdır. Bu fiil, TTK m.55/1-a'nın ikinci bendinde düzenlenen fiil ile benzerlik göstermesine rağmen ayrıldığı noktalar da mevcuttur. Gizlemek suretiyle yanıltmak fiilinde, tüketici iradesi gizlenmiş olan şey sebebiyle aldatılmaktadır⁷¹.

Gizlemek suretiyle haksız rekabet halinden bahsedilebilmesi için gerçeğe aykırılık ve aldatma unsurlarının varlığı aranmaktadır.

Bu haksız rekabet haline örnek olarak, satışa sunulan paketin yalnızca yarısının dolu olması hali gösterilebilir. Bu örnekte tüketici paketin boyuna göre ürünü satın almaktadır ve tüketicinin sonradan durumu öğrenmesi haksız rekabetin varlığını etkilemeyecektir. Zira burada önemli olan, satın alma sürecine kadar tüketicinin gizleme suretiyle ürün konusunda yanıltılması ve bu ürünün almaya yönlendirilmesidir.

Bu bent ile ilgili olarak, tüketici aynı zamanda Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da düzenlenen ayıplı mal ve hizmet durumunda seçimlik hakkını da kullanabilir.

10. Taksitli Satış ve Benzeri İşlemlerde Maliyetin Tamamını Belirtmeme

TTK m.55/1-a'da düzenlenen onuncu fiil⁷² isetaksitli satış ve benzeri işlemlerde maliyetin tamamını belirtmemedir. Bu düzenleme ile doğrudan tüketici kitlesinin korunması hedeflenmiştir.

Bu düzenleme ile tüketicilerin tarafı olduğu taksitli satış sözleşmeleri ve benzeri

işlemlere ilişkin olarak verilmiş olan ilan veya reklamlarda, ürünün fiyatı, yapılacak olan taksit şartlarına ilişkin bilgilerin net bir biçimde belirtilmesi amaçlanmıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.253'te taksitli satışlara ilişkin düzenleme mevcuttur. Bu düzenleme ile taksitli satış sözleşmesinde hangi unsurların bulunması gerektiği açıklanmıştır. Bununla birlikte, TBK'ya aykırı olan taksitli satış sözleşmelerinin geçersiz olduğu ve TTK anlamında haksız rekabet hali sayılacağı belirtilmektedir⁷³.

11. Tüketici Kredi İlanlarında Açık Beyanda Bulunmama

TTK m.55/1-a'da düzenlenen on birinci fiil⁷⁴ ise tüketici kredi ilanlarında açık beyanda bulunmamadır. Bu düzenlemeyle birlikte TTK m.55/1-a'nın onuncu ve on ikinci bentlerine yönelik olarak ortak bir gerekçe getirilmiştir. Bu üç bentte de tüketici kitlenin korunması amaçlanmıştır.

Bu hüküm uyarınca, kredi sözleşmelerine ve taksitle satış sözleşmelerine ilişkin olan konu, ödeme şartları, fiyat vb. bütün unsurların tüketiciler tarafından kolaylıkla anlaşılabilir biçimde açık ve anlaşılır olması ve bunun yanında aldatıcı bilgi içermemesi veya gizlememesi gerekmektedir. Bu özellikleri taşımayan kredi sözleşmeleri ve taksitle satış sözleşmeleri bu bağlamda haksız rekabet teşkil edecektir⁷⁵.

12. Eksik ya da Yanlış Bilgiler İçeren Sözleşme Formülleri Kullanma

TTK m.55/1-a'da düzenlenen on ikinci fiil⁷⁶ ise eksik yahut yanlış bilgi içeren sözleşme formülleri kullanmaktır. Bu hüküm ile onuncu ve on birinci bentlerdeki gibi tüketicinin korunması amaçlanmaktadır. Hükümün konusu ise kredi ve taksitli satış sözleşmeleridir. Tüketici kredi ilanlarında açık beyanda bulunmama fiiline ilişkin açıklamalarımız bu bent kapsamında da geçerlidir. Anlaşılmayan, aldatıcı yahut eksik bilgiler içeren ifadeler bu kapsamda haksız rekabet teşkil edecektir.

⁶⁸ TTK m.55/1-a "8. Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak"

⁶⁹ Burcu Dilekli, **a.g.e.**, s.71.

⁷⁰ TTK m.55/1-a "9. Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriye yanıltmak"

⁷¹ Ayşelpek Sarıöz, **a.g.e.**, s. 57.

⁷² TTK m.55/1-a "10. Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek, peşin veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek maliyeti Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek"

⁷³ Burcu Dilekli, **a.g.e.**, s.74.

⁷⁴ TTK m.55/1-a "11. "Tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak"

⁷⁵ Burcu Dilekli, **a.g.e.**, s.74.

⁷⁶ TTK m.55/1-a "12. İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyatı, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin cayma veya fesih hakkına veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak."

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ REKABET SUÇLARINDA MUHAKEME VE YAPTIRIM

I. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA

TTK m.55’te düzenlenen haksız rekabet suçlarına ilişkin soruşturma ve kovuşturma süreci Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki genel kurallara göre yürütülecektir. Haksız rekabet suçları şikâyetle bağlı suçlardır. Bu sebeple soruşturma aşamasına geçilebilmesi için, suçtan zarar görenin veya mağdurun şikâyeti gerekmektedir.

Haksız rekabet suçlarına ilişkin olarak kovuşturma sürecinin hangi mahkemece yürütüleceği bakımından özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ağır ceza mahkemesi ve sulh ceza hakimliğinin görevi dışındaki işlere bakmakla görevli olan mahkeme asliye ceza mahkemeleri olduğundan, haksız rekabet suçlarına ilişkin kovuşturma süreci de asliye ceza mahkemelerince yürütülecektir.

II. ŞİKAYET

TTK’nın “cezaı gerektiren fiiller” kenar başlıklı 62.maddesi uyarınca şikâyet hakkına sahip olanlar, TTK m.56’ya⁷⁷ göre hukuk davası açma hakkı bulunankişilerdir. Düzenleme uyarınca şikâyetle bulunabilecek olan kişilerin bu haklarını kullanabilmeleri için hukuk davası açmaları gerekmektedir. Madde metninde 56.maddeye atıf yapmak suretiyle sadece şikâyet etmek hakkı bulunan kişiler düzenlenmiştir⁷⁸. eTTK kapsamında ekonomik anlamda zarar görmüş olan tüketici kitlesinin şikâyet etmek hakkı düzenlenmemekteydi. Ancak yeni TTK ile şikâyet edebilecek kişilerin kapsamı genişletilmiş ve ekonomik zarar gören tüketicilere de bu hak tanınmıştır⁷⁹.

III. UZLAŞTIRMA

Tüm haksız rekabet suçları bakımından uzlaştırma yoluna gidilebilmesi mümkündür. Zira CMK’nın “uzlaştırma” kenar başlıklı 253.maddesinin birinci fıkrasının a bendi uyarınca, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet şartına bağlı olan suçlar bakımından uzlaştırma hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla şikâyetle tabi olan haksız rekabet suçları bakımından da uzlaştırma yoluna gidilebilecektir. Mağdurun veya suçtan zarar gören kişinin sayıca birden fazla olması durumunda ise uzlaştırma yoluna gidilebilmesi, bütün tarafların kabulüne bağlıdır. Kamu tüzel kişilerinin, haksız rekabet suçları bakımından, suçtan zarar gören konumunda olması durumunda ise uzlaştırmaya

⁷⁷ TTK m.56“(1) Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse;

(2) Ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşteriler de birinci fıkradaki davaları açabilirler; ancak araçların ve malların imhasını isteyemezler.

(3) Ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar da birinci fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davaları açabilirler.

(4) Bir kimse aleyhine birinci fıkranın (b) ve (c) bentleri gereğince verilmiş olan hüküm, haksız rekabete konu malları, doğrudan veya dolaylı bir şekilde ondan ticari amaçla elde etmiş olan kişiler hakkında da icra olunur.”

⁷⁸ Hüseyin Aydın, a.g.e., s.104.

⁷⁹ Burcu Dilekli, a.g.e., s.97.

ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

Bunun yanında uzlaştırmaya tabi suçlar bakımından bu yola başvurulmadan iddianame düzenlenmesi, CMK m.174/1-c hükmü uyarınca bir iddianamenin iadesi sebebidir.

IV. YAPTIRIM

A. GENEL OLARAK

TTK’da haksız rekabet suçları için hapis ve adli para cezası öngörülmüştür. Bunun yanında tüzel kişiler bakımında da tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

Hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta; fiilin yoğunluk derecesi, niteliği, oluşan zararı ve zarar gelme tehlikesini de dikkate alarak, hapis cezasına, adli para cezasına veya bu cezaların her ikisine birden hükmedebilecektir⁸⁰, bu konuda geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

B. HAPİS CEZASI VE ADLİ PARA CEZASI

Haksız rekabet suçları bakımından TTK’da öngörülen hapis cezasının üst sınırı iki yıldır. Ancak söz konusu cezaya ilişkin bir alt sınır belirtilmemiştir. Bu sebeple TCK kapsamında bu sınır en az bir ay olacaktır.

TCK’nın genel hükümleri çerçevesinde hâkimin yargılama konusu haksız rekabet suçuna ilişkin vermiş olduğu hapis cezasının süresinin bir yıl veya daha az süreli olması halinde bu ceza TCK m.50 kapsamında seçenek yaptırımlara çevrilebilecektir. Bunun yanında haksız rekabet suçları bakımından hem adli para ceza hem de hapis cezası öngörülmüş olduğundan, hapis cezasına hükmedilmesi halinde bu ceza adli para cezasına çevrilemeyecektir.

Faile verilmiş olan hapis cezasının süresi iki yılında altında ise bu durumda hâkim, TTK m.62 uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilecektir. Ayrıca TCK m.51’de sayılan cezanın ertelenmesi şartlarının varlığı halinde hâkim verilen cezayı erteleyebilecektir.

Tekerrür durumunun varlığı halinde ise hâkimin takdir yetkisini söz kullanması söz konusu olmayacak ve hapis cezasına hükmedecektir. Bunun yanında TCK m.58/3 uyarınca, tekerrür halinde sonraki tarihli suç bakımından seçimlik ceza öngörülmüş ise hâkim artık hapis cezasına hükmetmek zorundadır.

C. TÜZEL KİŞİLERE TATBİK EDİLECEK GÜVENLİK TEDBİRLERİ

Türk Ceza Kanunu’nun “Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri” kenar başlıklı 60.maddesi uyarınca, tüzel kişiler hakkında ancak faaliyet izninin iptal edilmesi ve müsadere tedbirlerine hükmedilebilir. Müsadere tedbirine başvurulması halinde orantılılık ilkesi göz önünde tutulmalıdır. TTK’nın 63.maddesinde ise haksız rekabet suçları bakımından tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir.

⁸⁰ Hüseyin Aydın, a.g.e., s. 108.

SONUÇ

Toplumların bilimsel, ekonomik vb. açılardan gelişebilmesi ve ilerleyebilmesi ticari düzenin iyi ve sağlıklı işletilebilmesi ile yakından ilişkilidir. Ticari hayatın düzgün işletilebilmesi de ticari hayatta rol alan gerçek ve tüzel kişileri bu faaliyetlerini dürüstlük kuralına uygun bir biçimde yürütmelerine bağlıdır.

Haksız rekabete ilişkin hükümler, 6102 sayılı TTK'nın 54.maddesi ile 63.maddesi arasında düzenlenmektedir. TTK'da haksız rekabete ilişkin hukuki ve cezai yaptırımlar iç içe düzenlenmektedir. TTK m.55 ve m.62'de haksız rekabet hali teşkil edebilecek fiiller düzenlenmektedir.

TTK m.54 kapsamında düzenlenen durumların gerçekleşmesi halinde kişinin hukuki sorumluluğundan bahsedilecektir. TTK m.55 ve m.62'de sayılmış olan durumların gerçekleşmesi halinde de kişinin hukuki sorumluluğu gündeme gelecek, m.55'te kullanılan "özellikle" ifadesi dikkate alındığında maddede düzenlenmemiş olan fiiller bakımından da haksız rekabetten bahsedilebilecektir. Ancak bahsedilen bu durum sadece hukuki sorumluluk bakımından geçerli olacaktır. Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi uyarınca yalnızca m.62'de düzenlenen fiiller bakımında kişinin cezai sorumluluğuna gidilebilecektir.

TTK m.62/1-a hükmünde m.55'e atıf yapılarak ancak maddede düzenlenen haksız rekabet fiillerinin suç teşkil edeceği belirtilmiş ve bu fiillerinde ancak kasten işlenebileceğine yer verilmiştir. Bu durum öğretide oldukça eleştirilmiştir. Bunun yanında, "kasten" ifadesinin kullanılmasına gerek bulunmamaktadır. Zira, TCK'nın genel hükümleri uyarınca bir suçun taksirle işlenebilmesi ancak kanunun açık düzenlemesine bağlıdır. Haksız rekabet teşkil eden fiillerin taksirle işlenebileceğine dair kanunda açık bir düzenleme bulunmamasından dolayı bu fiiller ancak kasten işlenebilecektir.

Haksız rekabet suçu teşkil eden fiiller genel olarak ekonomik suç olarak nitelendirilmektedir. Bu sebeple bu suçlar bakımından uzlaştırma hükümleri uygulanmalıdır. Uzlaştırma hükümleri ancak gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri bakımından uygulanabilecektir. Kamu tüzel kişileri bakımından uzlaştırma hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

Haksız rekabet suçları, genel olarak serbest ekonomik piyasanın sağlıklı bir şekilde ilerlemesine zarar vermektedir. Bu durum göz önüne alındığında mevcut cezai yaptırımların yetersiz olduğu aşikardır. Yüksek cirolara sahip şirketler, haksız rekabet suçlarına maruz kaldıklarında oldukça büyük zararlar görmektedir. Dolayısıyla cezai yaptırımların caydırıcı olmadığı ortadadır. Haksız rekabet suçlarına ilişkin olarak öngörülen yaptırımların ceza politikası gereği caydırıcı olması gerekmektedir. Bu durum serbest piyasa ekonomisine de katkı sağlayacak ve ticari hayatın gelişmesine yardımcı olacaktır.

KAYNAKÇA

Aksoy, Mehmet Ali: "Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti", Yayınlanmış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.

Arkan, Sabih: "Haksız Rekabet- Gelişmeler- Sorunlar", **BATİDER**, Cilt XXII, No:4, s.5-20. (**Haksız Rekabet**)

Arkan, Sabih: **Ticarî İşletme Hukuku**, 27. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021. (**Ticari İşletme**)

Aydın, Hüseyin: **Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçları**, İstanbul, Yetkin Yayınları, 2008.

Bahar Sayın, Hediye: "Haksız Rekabet Hükümlerinin Türk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu Düzenlemesi Açısından Değerlendirilmesi", **Eskişehir Barosu Dergisi**, No:12-13, 2007, s.250-260.

Baştürk, İhsan: "Türk Ticaret Kanununda Bilişim Yoluyla Haksız Rekabetin Hukuki-Cezai Sonuçları", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt: I, No:6, 2011, 279-320.

Bektaş, İbrahim: "Haksız Rekabet Hukukunda Dürüst Ve Bozulmamış Rekabeti Sağlama Amacı (Ttk M. 54) Ve 'İşleyen Rekabet' Ölçütü", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. XXXIV, No. 3, 2018, s. 277-310.

Dilekli, Burcu: "Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Haksız Rekabet Suçları", Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020.

Dinç, Serhan: **Türk Ticaret Kanununa Göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Güçlü, Hamide Merve: "İşçiyi Sadakat Borcuna Aykırı Davranmaya Yönelmenin İş Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Sonuçları", Yayınlanmış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021.

Gündem, Murat: **Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Haksız Rekabet Suçları**, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Zirve Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.112.

Güven, Şirin: **Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.

İtişgen, Rezzan: “TürkTicaret Kanununda DüzenlenenGerçekDışıveya Yanıltıcı Açıklamada Bulunma Suçu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt: CXXII, 2016, s. 337-368.

Özbalçık, Ozan Can: **TTK Md. 62/I-b, c, d Kapsamında Haksız Rekabet Suçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Özberk, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12.Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s.252.

Pekdinçer, Remzi Tamer: **Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar VeSatış Yöntemleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.

Pınar, Hamdi: “Reklam ve Satış Yöntemlerine ilişkin Haksız Rekabet Halleri”, **MÜHF**, Cilt:XVIII, Sayı: 2, 2012, s. 129-156.

Sarıöz, Ayşe İpek: **Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012.

Tekin, Ufuk: “Müşteriyi Ek Edimlerle Sunumun GerçekDeğeri Hakkında Yanıltmak Suretiyle Haksız Rekabet”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C: XXXV, No:1, 2019, s.171-185.

Topçuoğlu, Metin: “Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali Ve Sonuçları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**,Cilt. XIX, No:4, 2015, s. 3-69.

Yavaş, Murat: “Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri”, **MÜHF**, 2006, s.771-796.

www.kararara.com

www.kazanci.com

ALDATMA HALİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİDEN TAZMİNAT İSTENİP İSTENMEYECEĞİ SORUNU

Av. Zeynep ERTEN SARI

Aldatılan eşin, diğer eş haricinde zina yapan üçüncü kişiden de bir talepte bulunup bulunamayacağı konusu tartışılmıştır¹. Doktrinde bazı yazarlar, zina fiiline ortak olan üçüncü kişinin, zina yaptığı kişinin kiminle evli olduğunu biliyorsa, sadakat yükümlülüğüne aykırı harekete katılması nedeniyle, diğer bir deyişle zinayı kasti olarak yaptığından kötü niyetli sayılması gerektiği² ve buradan hareketle, BK m.49 vd. düzenlemeleri uyarınca haksız fiile dayanarak genel hükümler kapsamında bu üçüncü kişiden manevi tazminat istenebileceğini öne sürmektedir³. Karşıt görüşü savunan yazarlar ise, üçüncü kişinin, sadakat yükümlülüğünü ihlal etmesinin olanaklı olmadığını ileri sürmektedir⁴. Çünkü sadakat yükümlülüğü, evlenmenin bir sonucudur ve evlenmenin sadece eşler arasında hüküm doğurmasından kaynaklanan bir sonuçtur. Bu nedenle, sadece eşler, sadakat yükümlülüğüne aykırı hareket edebilir ve zina eylemine iştirak etmiş üçüncü kişinin eylemi, MK m.185/3’de düzenlenen “eşlerin birbirine sadık kalmak” yükümlülüğüne aykırılık olarak kabul edilemez⁵.

Sadakat yükümlülüğünü yerine getirme ve eşi aldatmama, yalnızca evlenme ile birbirlerine vaatte bulunmuş eşlerin bir yükümlülüğüdür. Günümüz toplumlarında evlenme akdi ile eşler birbirlerine bu vaadi vermektedirler. Bu yükümlülüğün gerek yasal gerekse ahlaki bir nitelik taşıdığı görülmektedir. Katıldığımız görüş uyarınca, yasal çerçevede tarafların, başkalarından bu yükümlülüğe uymalarını istemeleri gibi bir hakkı bulunmamaktadır. Bu noktada açılacak bir tespit veya eda davasının mümkün olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla, eşler haricindeki üçüncü şahıs, katıldığı bir zina fiilinden ötürü sorumlu tutulamayacaktır. Üçüncü kişinin fiili ahlaka aykırı bulunsu da, bu eylemi açık bir şekilde hukuka aykırı olarak kabul edilebilecek bir kural olmadığından, bu durumu aldatılan tarafın kişilik haklarınınihlalişeklinde kabul etmek olanaklı olmayacaktır. BK m.49/2’de bulunan, “Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür” kuralının, sadakatli olma durumunun nispi bir niteliğinin bulunması ve evlilik akdinin bu hakkı yalnızca taraflara vermesi sebebi ile uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Bu açıdan, aldatılan tarafın kişilik haklarının ihlal edilmesinin asıl sorumlusu, onu aldatan eşidir. Aşağıda

¹ Badur/Turan Başara, s. 124-131; Çetiner, s.515.

² Hüseyin Hatemi, Burcu Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 135; s. 124-128; Reyhan Demircioğlu, “Aldatılan Eş Tarafından Üçüncü Kişiye Yöneltilen Manevî Tazminat Taleplerinde Hukuka Aykırılık Unsuru”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** , 65 (3) , 2016, s.699-704.

³ Badur/Turan Başara, s. 124-131; Çetiner, s.515.

⁴ Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt : II**, 16. Bası,Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 264; Rona Serozan, “Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlüğüne Aykırılıktan Ötürü Tazminat Talebine Yer Olabilir Mi?” **İKÜHFD**, C. XV, S.1, 2016, s. 456.

⁵ Hatemi, s. 137-138; Günay, s. 112; Aras, s. 170; Badur/Turan Başara, s. 113; Antalya (Manevi Zarar), s. 138.

belirtileceği gibi Yargıtay’ın çok yeni kararlarındaki kabulü, üçüncü kişinin, aldatılan tarafına gördüğü manevi zararlardan sorumlu tutulamaması olmuştur. Fakat, zina olayına katılan üçüncü şahsın eylemi, doğrudan aldatılan tarafın şeref ve haysiyetine zarar vermeye yönelen bir eylem ise, bu halde, aldatılan tarafta meydana gelen elem ve ıstıraptan, kötü niyeti ileri sürülen ve bu niyeti ispat edilen üçüncü kişinin de BK m.49 vd. uyarınca sorumlu tutulabileceği görüşüne katılmaktayız. Kanaatimizce, üçüncü şahsın iradesi ve niyeti, zina ettiği evli şahsın kiminle evli olduğunu bilmesinin ötesinde, aldatılan eşi; sosyal çevresinde küçük düşürmek, onu sosyal çevresinden uzaklaştırmak ya da intikam almak gibi, o eşin manevi değerlerini kasıtlı bir şekilde zarara uğratılmaya çalışmak olmalıdır⁶.

Yargıtay’ın 2015 yılından önce verdiği kararlarda evli kişi ile zina yapan üçüncü kişinin fiilinin aldatılan eşin manevi değerlerine yönelik haksız bir eylem özelliğini taşıdığını ifade ederek, üçüncü kişinin manevi olarak bu eyleminde sorumlu olacağına karar verirken⁷, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 2015 yılında bu içtihadından vazgeçerek, zina durumunda üçüncü kişiye yönelik olarak açılmış manevi tazminat davasının reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir⁸.

Bununla birlikte Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2017 yılında verdiği kararlarda⁹ üçüncü kişinin eyleminin BK m.49 kapsamında ahlaka aykırı olması gerekçesi ile haksız eylem oluşturduğu ve bu durumun da aldatılan eşin manevi değerlerinde yönelik saldırı olduğu kabulü ile üçüncü kişiye yönelik açılan manevi tazminat davasının kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁰.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun yukarıda da söz edilen 06.07.2018 tarihli ve E. 2018/5, K. 2018/7 sayılı kararında¹¹, sadakat yükümlülüğünün yalnızca eşler arasında bulunduğu ve bu yükümlülüğün üçüncü kişi tarafından ihlal edilemeyeceği, bu nedenle üçüncü kişinin davranışının eşin kişilik haklarına bir saldırı olmayacağı, öte yandan zina fiilinin TCK’da suç olarak düzenlenmediği ve bu sebeple hukuka aykırı bir fiilin bulunmadığı, üçüncü kişinin fiilinin müteselsil sorumluluğa girebilmesi için bir haksız fiilin bulunması gerektiği fakat üçüncü kişinin aldatma eylemine iştirak etmesinin haksız fiil olarak nitelendirilemeyeceğini belirtilerek, üçüncü kişiden manevi tazminat istenemeyeceği belirtilmiştir. Ancak kanaatimizce Yargıtay İBK sorunu çözümlemişse de, her bir somut olaya dayalı şekilde mahkemelerin değerlendirme yapması gerekmektedir. Örneğin zina halinde yakalanan eş haricinde üçüncü kişinin, aldatılan eşin yaşadığı apartmana rahatsızlık vermesi ve bu durumun dedikodulara sebep olması veya zina fiilinin basında ya da sosyal medyada sansasyonel şekilde yer alması hallerinde aldatılan eşin kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu kabul edilmelidir.

⁶ Mirhanoğulları, s.83.

⁷ Ersöz, s.232; YHGK, T. 24.03.2010, E. 2010/4-129, K. 2010/173; Y. 4. HD, T. 09.12.2014, E. 2014/9209, K. 2014/16818, Y. 4. HD, T. 06.05.2013, E. 2012/8809, K. 2013/8039, Kaynak: <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, e.t.: 05.06.2021.

⁸ Y.4.HD, T. 11.1.2016, E. 2015/570, K. 2016/171; Y.4.HD, T. 06.03.2017, E. 2016/9551, K. 2017/1358, Kaynak: <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, e.t.: 05.06.2021.

⁹ YHGK, T. 22.03.2017, E. 2017/4-1334, K. 2017/545; YHGK, T. 29.03.2017, E. 2017/4-1482, K. 2017/556, Kaynak: <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, e.t.: 05.06.2021.

¹⁰ Ersöz, s.235; Turan Başara, s. 219.

¹¹ RG. S. 30619, T. 08.12.2018.

YÜKSEK YARGI KARARLARI IŞIĞINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Sinem Gül SARAK - Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi

ÖZET

İfade özgürlüğü, Yunanlıların felsefeye yönelmesiyle birlikte doğmuş 15. ve 16. yüzyıllarda Hümanizmin ortaya çıkışıyla gelişmiştir. Rönesans’ın doğmasıyla yeni bir akım meydana geldi. İnsanların özgürlüklerini, kendilerini geliştirmeleri ve ilerlemeleri yönünde teşvik eden bu akım sayesinde insanlar yeniliğe açık bir bakış açısına sahip olmuştur. Düşüncelerin ve kanaatlerin değişip gelişmesiyle toplumlarda görüş ayrılıkları doğmuş ve bunlar ilerleyen süreçlerde birbirinden taban tabana farklı fikirlerin köklenmesine neden olmuştur. Hükümetlerin bu fikir ayrılıklarını düzenlemek ve kargaşa ortamını önlemek için değişiklikler ve düzenlemeler yapması, toplumun huzur ve barış ortamını sağlaması şart olmuştur. Bu doğrultuda yeni sözleşmeler ve yasalar meydana gelmiştir. Tüm bu gerekçeler neticesinde yasaların ifade özgürlüğüne yer vermesi gerekli kılınmıştır.

Yüksek yargı kararları bilindiği üzere T.C. Anayasa Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay olmak üzere sınırlı mahkemelerdir ve kararları kesindir. İfade özgürlüğü kapsamında belirtilen yargı kollarına, tüm kanun yolları denendikten sonra, yurttaşlar başvurulabilir. Yüksek yargı kararları ışığında ifade özgürlüğü Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapıldıktan sonra diğer yargı organlarına -Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi- başvurarak, kişi kanun yoluna danışabilir. İfade özgürlüğünün en önemli sonucu ülkedeki özgürlük algısıdır. Toplum istediği konuşmaları, davranışları ve eylemleri örf ve âdet çerçevesinde, hukuka uygun bir biçimde yapmalıdır. Kanunun yasaklamadığı veya kısıtlamadığı takdirde her eylem mümkündür. Fakat yasakladığı durumlarda Türkiye Cumhuriyeti’nde halihazırda kurulmuş olan, yukarıda belirtilen yargı organlarına başvurabilir veya yurttaşlar susabilir. Bu durumlarda Anayasa Mahkemesinin kararını hukuka uygun bulmayan kişiler temel hak ve hürriyetler bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine AİHS’ne aykırı olup olmamasını kanıtlamak için başvuru yapar. Bu doğrultuda bireysel olarak hükme varılır aynı zamanda genel bir yargıya sahip olunur.

Anahtar Kelimeler

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Fikir Hürriyeti, Özgürlük, Hukuk Devleti

ABSTRACT

Freedom of expression was born with the Greek turn to philosophy 15. and 16. it has developed with the emergence of Humanism in centuries. With the birth of the Renaissance, people have had a more innovative perspective thanks to the current that encourages people to develop and progress themselves with their freedom. With the change and development of thoughts and beliefs, differences of opinion have been born in societies, and these have led to the establishment of different ideas in the following processes. In order for governments to regulate these differences of opinion and prevent an environment of turmoil, it has been necessary for states to make a new change, and society to ensure an environment of peace and tranquility. Thus, new contracts and laws were born. For this reason, it has been made necessary for the laws to give place to freedom of expression.

As the high judicial decisions are known, T.C. The Constitutional Court, the Court of Dispute, the European Court of Human Rights, the Supreme Court, the Council of State are limited courts and their decisions are final. After all legal remedies have been tried to these courts within the scope of freedom of expression, citizens can apply to the specified judicial branches. Freedom of expression In the light of high judicial decisions, after an individual application has been made to the Constitutional Court, a person may apply to other judicial bodies by applying to the way of the law. The most important result of freedom of expression is the perception of freedom in the country. Society should make the conversations, behaviors and actions it wants within the framework of custom and custom, in accordance with the law. Any action is possible if the law does not prohibit it. But in cases where it is prohibited, citizens can apply to the above-mentioned judicial bodies that have already been established in our country, or they can shut up. In these cases, people who do not find the decision of the Constitutional Court in accordance with the law apply to the European Court of Human Rights to prove whether it is contrary to the ECHR in the context of fundamental rights and freedoms and have both individual and general judgment.

KEY WORDS

European Court of Human Rights , Constitutional court, Freedom of opinion, Freedom, State of Law

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GELİŞİMİ

İfade özgürlüğü tüm dünyada geçmişten günümüze süre gelen özgürlük kavramının temel yapı taşıdır. Geçmişten günümüze toplumlar ifade özgürlüğünün kesin sınırları olmaması nedeniyle toplum sözleşmesini ve yasaları oluşturmada güçlük çekmişlerdir. Bu doğrultuda toplumlar zaman içerisinde kargaşa ortamına sürüklenmişlerdir. Dolayısıyla toplumlarda iç kriz, çatışma, tartışma gibi olumsuz sonuçlar meydana gelmiştir.

J.J. Rousseau'ya göre toplumları oluşturan etmenler ortak bir çıkar ve güvenlik sorunu olmuştur. *İnsan özgür doğar oysa her yerde zincire vurulmuş olarak yaşar.* Birey, toplum içerisinde var olmaya başladığı andan itibaren toplum sözleşmesinin ve hukuk devletlerinin yasalarıyla kısıtlanmaktadır.

Böylece insanların bir sözleşmenin etrafında toplanarak ona uyması ve karşılıklı görüş birliği yapması sonucu çıkmıştır. Bu sözleşmeler, toplumların ve insanların değişip gelişerek medeniyetlerin ilerlemesine bu doğrultuda geniş insan haklarının ve özgürlüklerin ortaya çıkmasında etken faktördür. Sözleşmeler ve yasaların ortaya çıkmasıyla insan hakları genelden özele doğru yasa adı altında toplanmıştır.

Özgürlüklerin başında, düşünce ve kanaat hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti, kişi hürriyeti ve güvenliği, haberleşme hürriyeti, yerleşme ve seyahat hürriyeti, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, bilim ve sanat hürriyeti, basın hürriyeti gibi özgürlükler Anayasamızda maddelere ayrılarak düzenlenmiştir.

Bu maddeler T.C. Anayasasında Kişinin Hakları ve Ödevleri başlığı adı altında 2. Bölümde düzenlenmiştir. Sadece T.C. Anayasası ile kalınmayıp İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 1 sene sonra 27.05.1949 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Düşünce ve Kanaat Hürriyeti

Düşünce ve kanaat hürriyeti T.C. Anayasa'nın 25. Maddesinde açıklanmıştır. Bu maddeye göre:

“Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.

Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.”

Atfedilen maddede herkesin kendine özgü bir düşüncesinin olduğu ve bu düşüncenin ne sebeple olursa olsun diğer bireylerle paylaşılmasının zorundalık durumu meydana getirmediği belirtilmiştir. 25. Madde esasında düşünce hürriyeti hakkı vatandaşlara sağlanmaktadır. Ek olarak kimsenin düşüncesini açıklama zorunluluğu olmadığı da önemli bir noktadır bu doğrultuda kimse düşüncesi sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz. “Zira düşünce ve kanaat kişinin zihninde cereyan eden psişik bir vakıadır. Dış dünyaya yansımayan, yani “hareket” oluşturmeyen bir şeyin cezalandırılması da mümkün değildir.”¹

Belirtilen durumda yurttaşlara ifade özgürlüğünün ne kadar gerekli olduğunu ve ülkenin temel yasası olan T.C. Anayasası'nda yer verilmesi de kamu düzeninin sağlanması

¹ GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 26. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2021 Haziran syf.150.

adına oldukça mühim bir gerekliliktir.

Anayasanın insanların temel hak ve hürriyetlerini açıklayarak ve pek çok hususa yönelik ihtimalleri ele alarak maddelere yer vermesi demokratik bir toplumun sürdürülebilirliği için oldukça önemli bir nokta olarak görülmektedir.

Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti

T.C. Anayasası'nın 26.Maddesi olan Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti:

“Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.”

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

İlk fıkra Türkiye Cumhuriyeti'nin Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyet'ini açıklamaktadır. Yurttaşların fikir özgürlüğünü ise açıkça tanımlamıştır

İlk fıkranın son hükmü ise halihazırda bir izin sistemi olduğundan bahsetmektedir. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti herhangi bir medya kuruluşunun izin sistemine bağlanabilmesine dem vurmaktadır.

Kanunda sınırlanmadığı takdirde insanlar her türlü eylem ve fiilleri yapmakta özgürdür. Madde de 2. Fıkra sınırlandırılan yerler sayıldığı için toplumun buna göre hareket etmesi anayasa kapsamında ön görülmüştür.

Basın Hürriyeti

Basın hürriyeti özellikle Türkiye'de Dezenformasyon Yasasının da çıkmasıyla öne çıkan madde olarak değerlendirilmektedir. Adı geçen yasayla birlikte basın özgürlüğü ve dolayısıyla ifade özgürlüğü kısıtlanmış ve gerekli şartlara tabii tutulmuştur. Madde 28- “Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz. Basın hürriyetinin sınırlanmasında 25 ve 26. Madde hükümleri uygulanır.” Yani ön denetime tabii tutulmayacağına değinilmiştir.

Basın hürriyeti devlete gerekli tedbirleri alma ödevini yüklemiştir. Basın hürriyetinin suç saydığı durumlar maddede şu şekilde belirtilmiştir:

1- Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden, suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik eden nitelikte olanlar,

2- Devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı, yazarlar bastıranlar ve aynı amaçla basanlar, başkasına verenler

Bu suçlara ait kanunda belirtilen şartlara sorumlu olurlar.

Tedbir olarak dağıtım kararı mahkemece verilen hâkim kanunda belirtilen yetkili merciinin emriyle önlenebilir. Dağıtımı önleyen yetkili merci en geç 24 saat içinde hâkime bildirir. Yetkili hâkim kararı 48 saat içinde onaylamadığı takdirde dağıtımı önleme hükümsüz sayılır.

Sürelî ve süresiz yayınlar kanunda belirtilen şartlara uyulmaması durumunda kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle toplatılabilir.

“Türkiye’de yayımlanan sürelî yayınlar, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin temel ilkelerine, milli güvenliğe ve genel ahlaka aykırı yayımlardan mahkûm olma halinde, mahkeme kararıyla geçici olarak kapatılabilir. Kapatılan sürelî yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayın yasaktır; bunlar hâkim kararıyla toplatılır.”

YÜKSEK YARGI KARARLARI

Yargı kararları açısından öğretide en önemli 2 sözleşme veya temel yasa vardır. Birincisi AİHS diğeri ise ülkemiz bazında T.C. Anayasasıdır.

10 Aralık 1948 de ilan edilen AİHS ile bu sözleşmeyi 2. Dünya Savaşı'nın bitmesiyle birlikte insanların kaos ortamından çıkıp artık özgün düşüncelerini farklı insanlarla paylaşma ve yayma durumu ön plana çıkmıştır. Milliyetçilik kavramı da bu zamanlarda ülkeler bazında çoğalmıştır. Bu nedenle de insanların fikirleri katlanarak artmıştır. Bu gelişmeleri takip eden süreçte insanların düşüncelerini özgürce ifade etmesi gerektiğini savunan devletler gerek AİHS kabul ederek gerek yasalarına ifade özgürlüğünü ekleyerek gerekse temel hak ve özgürlüklere ilişkin adımlar atmışlardır.

AİHS'yi kabul eden ülkeler nezdinde uygulanmaya başlanmıştır. İfade özgürlüğüne yer veren bu sözleşmede incelenmesi gereken 10. Madde şu şekildedir:

1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.

Madde 10/1 inceleyecek olursak herkesin zaman mekân fark etmeksizin düşüncesini yayma ve fikir belirtme özgürlüğü korunmaktadır. Fakat özgürlüklerin geniş olmasına rağmen ilk fıkranın son cümlesinde değinilen “Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.” Bu cümle kapsamında değerlendirecek olursak bahsedilen Türkiye’de olduğu gibi RTÜK ismiyle oluşturulmuş radyo televizyon sinema gibi kitle iletişim araçlarının izin usulüne bağlı olan bir kuruluş vardır. RTÜK kısaca anlatmak gerekirse; RTÜK, “Mülga 3984 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 1994 yılında yürürlüğe girmesiyle,

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu kurulmuştur.”² Türkiye’nin tüm radyo ve televizyonlarda yayınlarını denetleyen bir kamu kuruluşudur. TBMM Genel Kurulunca seçilen bir kamu tüzel kişiliğidir. 1994’ten bu yana değişip gelişerek devam etmektedir.

Anayasa mahkemesinin içtihatlarına bakacak olursak nefret söylemi dışında bir ceza yargılanması yapılmamaktadır. Nefret söyleminde belirli bir gruba nefret, kin, kışkırtma gibi söylemlerde ceza yargılaması yapılmaktadır.

Bireysel başvurularda kişinin kendi bilinirliğini belirtmesi kamu yararına bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlayamadığı kanıtlanamayan şikâyetlerde başvuruyu kabul edilemez bulduğu görülmektedir. Bireysel başvurularda dikkat edilmesi gerekenler kanıtlanamamış ihlaldir.

Bunun yanı sıra tek bir sözleşmeye bağlı kalınmayıp ülkemizde iç hukuk açısından da gerekli desteklemelerle belirtilmiştir. Bu desteklemeler Anayasa’nın 25. ve 26. Maddelerinde açıkça belirtilmiştir.

Madde 25- Düşünce ve kanaat hürriyeti:

“Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.

Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.”

Bu madde Türkiye Cumhuriyeti açısından ifade hürriyetinin mihenk taşıdır. İnsanların din, dil, ırk, vicdan, düşünce gibi veyahut her ne sebep olursa olsun duygularını ve düşüncelerini özgürce söyleyebilme hakları vardır. Anayasa bir ülkede tüm vatandaşların uyması gereken devletin oluşumunu ve gelişimini düzenleyen bilhassa ayakta tutmaya yarayan, vatandaşların Temel Hak ve Hürriyetlerini, Genel Esasını, Kişinin Hakları ve Ödevlerini, Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevlerini, Siyasi Haklar ve Ödevlerini düzenleyen aynı zamanda ülkenin normlar hiyerarşisinin tepesinde bulunan en kapsamlı yasasıdır. Bu yasalar vatandaşların en kolay şekliyle ulaşabildiği, her Türk vatandaşının bilmesi gereken hak ve ödevlerini aleni şekilde ortaya koymaktadır.

İfade hürriyetinin ihlal edildiği durumlarda öncelikle kanunun yasakladığı durumlara bakılır eğer herhangi bir yasak belirtilmemişse bu durumda ihlal edilen özgürlük, başvuru kurumca denetlenir ve karara bağlanır. Ardından tüm iç hukuk yolları denir. İç hukukta olumsuz sonuç çıkmasıyla ve kişi hakkının gasp edildiğini düşünüyorsa AİHM’ye başvurarak tüm kanun yollarını deneyebilmektedir.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

AİHS, sözleşmeyi imzalayan devletler, ihlal edilen temel hak ve hürriyetleri, sözleşmedeki devletlerin vatandaşlarının bu devlete karşı tüm iç hukuk yollarını tükettikten sonra AİHM’ye iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren 4 ay içinde Strasbourg’ta bulunan AİHM’ye başvurmalıdırlar. Mahkemenin yargılama dili İngilizce ve Fransızcadır. Fakat başvuru mektubu konsey üyesindeki devletin resmi dili ile de başvurulabilir. AİHM’ye bireysel başvurular sözleşmede Madde 34’te belirtilmiştir:

“Bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeci Taraflardan biri

tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme’ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeci Taraflar bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasını hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler.”

Mahkeme başvuruları önce “kabul edilebilirlik” incelemesi yaparak bir ön karar verir. Yapılan başvuruda herhangi bir eksiklik tespit edilmesi durumunda kabul edilemez olduğuna karar verir. Bu eksikler (m.35) Başvuru isimsiz ise, başvuru daha önce incelenmiş veya sunulmuş bir başka başvuruya esas olarak yeni olgular içermiyorsa Mahkeme başvuruları ele almaz bulur.

Başvurunun konusu Sözleşmedeki maddelerle uyuşmuyorsa, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması, Başvurucunun önemli bir zarar görmemiş olması halleri ise kabul edilmezlik kapsamında değerlendirilmektedir.

Bu kararlar kesindir ve tekrardan başvuru yolu yoktur. Başvuru koşullarını taşıyorsa kabul edilebilir olduğuna karar verilir ve mahkeme “esas” kararı vermeden önce bir dostane çözüm önerebilir.

“Dostane çözüm yoluyla bir sonuca ulaşılmamışsa, mahkeme başvuruyu “esas” bakımından inceler; tarafların yazılı görüşlerini alır, gerekli görürse duruşma yapar, tanık dinler, keşif yapar.”³ AİHM müeyyidesi tazminat ödemekten ibarettir. AİHM kararları kesin ve bağlayıcıdır. Mahkemeden sonra başvurulacak bir üst kurum yoktur. AİHM kararlarının uygulanıp uygulanmadığı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından denetlenir. AİHM, şikâyet edilen devletin Sözleşmeyi ihlal ettiği kanısına varırsa başvurunun kabulüne karar verir. Somut olayların detaylı bir biçimde açıklanması başvurular için önemli bir nokta olmaktadır.

DEMOKRATİK TOPLUMLARDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Demokratik toplumlar hukukun üstünlüğüne, ifade özgürlüklerine, bireylerin temel hak ve hürriyetlerine, yargı bağımsızlığına hukuk devletine önem veren ve her şeyin üstünde tutan toplumlardır. Türkiye Cumhuriyeti ve dünyadaki diğer tüm ülkeler de her ne kadar kendilerine demokratik olduklarını söylese de aslında hiçbirisi tam anlamıyla demokratik değildir. Çünkü dünya tarihine bakıldığında demokrasinin ve demokratik toplum yapısının ortak bir tanımı sağlanamamıştır.

Demokrasi; sandık güvenliğini düşünmeyen, ifadelerinden dolayı yargılanma korkusu olmayan, sosyal medya kullanımının kısıtlanmadığı, fikirlerin özgürce toplumda yeşerdiği, bireylerin iktidardan korkmak yerine eleştirilerinin hoşgörüsüyle karşılandığı, kişinin kendi hür iradesiyle iktidarı seçmesi ve bu iktidarı seçerken de iktidarın seçim güvenliği çerçevesinde tüm millete güven aşılayarak tarafsız ve bağımsız bir seçim gerçekleştiriyor olmasıdır. Bu bağlamda düşünüldüğünde Türkiye Cumhuriyeti eleştiriye oldukça açık bir noktadır.

Bilinen bir demokrasi tipi olan Sözde Demokrasiler de giderek yaygınlaşmaktadır. Sözde demokrasilerde iktidar en güçlü konumda halk ise zayıf durumdadır. İktidarın güçlü olduğu durumlarda yapılan baskılar nedeniyle insanların fiilleri hep daha kısıtlanmış

² <https://www.rtuk.gov.tr/hakkimizda/1749>

³ GÖZLER, Kemal, Genel Hukuk Bilgisi, 20. Baskı, Bursa, Temmuz 2020, syf.64.

olmaktadır. Var olan iktidar kendini her zaman güçlü ve yıkılmaz göstermekte ve kendi çatısına halk tarafından yapılan eleştirileri cezalandırmaktan ileri gidemeyen iktidarlar olmuşturlar. *“İnsan özgür doğar, oysa her yerde zincire vurulmuştur”*⁴ der J. J. Rousseau. İnsanların bir şekilde sınırlandırıldığı eylemlerin hareketlerinin aslında özgür bir alanda yapılmadığı kanaat getirmektedir. Oysaki kanunda aksi olmadıkça eylemlerin yapılmalarında bir sakınca olmamaktadır. Bu cümlelerin T.C. Anayasa’daki karşılığı aynen şu maddeyi oluşturmaktadır:

“Madde 13- Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Bakıldığında temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırması birtakım şartlara bağlanmıştır. Bunlar madde 13’ten yola çıkarak şöyledir:

1- Sınırlama, yasama organı tarafından kanunla yapılır. Böylece yürütme organının müdahalesi önlenmiş olur. Genel kurallara eklenir.

2- Sınırlama, T.C. Anayasasında belirtilen belli sebeplere dayanmalıdır. Konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, toplantı ve gösteri yürüyüş hakkı gibi...

3- Sınırlama, ölçülülük ilkesine uymalıdır. Elverişlilik ilkesi (amaç), gereklilik ilkesi (en yumuşak araç), orantılılık ilkesi olarak belirtilen bu 3 ilkenin de içinde bulunduğu ölçülülük ilkesine uymalıdır.

4- Sınırlama T.C. Anayasası’nın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.

5- Sınırlama demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmalıdır.

6- Sınırlama, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunmamalıdır.

7- Sınırlama, laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olmamalıdır.⁵

Ancak ve ancak bu sınırlamalarla tabiidir.

Temel hak ve hürriyetlerin iç hukuk ve dış hukukta farklı şekil şartlarına tabii olmak üzere birbirinden farklı temel hak ve hürriyetleri koruma yolları vardır. İncelenen konu Yüksek Yargı Kararları Işığında İfade Özgürlüğü olduğundan dolayı temel hak ve hürriyetlerinin korunması başlığı yerine İfade Özgürlüğü’nün korunması başlığı altında incelemek daha doğru olacaktır.

Bir diğer T.C. Anayasa maddesine bakacak olursak Madde 40 olan Temel hak ve hürriyetlerin

Korunması da oldukça önemlidir. Bu maddeyle korumaya alınmıştır.

“Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.”

Belirtilen maddede ifade edildiği üzere T.C. Anayasasında gerekli tedbirler alınmış özgürlükler koruma altına alınarak maddelerde belirtilmiş ve yeterli sayıda yer verilmiştir. Kanunlara ve temel yasa olan T.C. Anayasasına bakıldığında geniş temel hak ve özgürlükler verilmekte ve bunlar açık bir şekilde sınırlara veya şartlara tabii tutulmaktadır. Yasaların koruyuculuğu su götürmez bir gerçektir. Bu kadar güçlü yasa maddeleriyle desteklenen

temel hak ve hürriyetler olan ifade özgürlüğünün 2. aşaması olan “Yargı”da iş bitmektedir. Herhangi bir ülkede olan hakimlerin, bağımsız ve tarafsız mahkemelerce, davaların değerlendirilmesi ve karara bağlanmasıyla ön plana çıkan yargı bağımsızlığından sonra insanlara İfade Özgürlüğü ile oluşan bir devlet çıkmaktadır.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ SON KARARI HANDYSIDE KARARI (Başvuru No: 5493/72)

Başvurucu Richard Handyside, 1968’de “Stage 1” isimli yayıncılık firmasının sahibidir. Bu yayınevinde dava konusu olan Küçük Kırmızı Ders Kitabı’nın ilk baskısını ve gözden geçirilmiş baskısını yayınlamıştır. Başvurucunun firması daha önce büyük devrimler yapmış kişilerin kitaplarını da çıkartmıştır. Başvurucu Soran Hansen ve Jesper Jensen’in yazdığı Ders Kitabı’nın İngiltere’de yayın hakkını almıştır. Çeşitli Avrupa ülkelerine ve hatta Avrupa dışındaki birçok ülkelere dağıtılmak üzere gönderilmiştir.

Kitap 30 Pens’ten satışa sunulmuş İngilizce ilk baskısı 208 sayfadır. Davanın konusu olan kitabın bir bölümünde “Seks” ile ilgili bir bölüm yazılmış ve 26 sayfadan oluşmuştur. Bu Bölümün içeriği ise: Orgazm, Mastürbasyon, Sevişme ve Cinsel İlişki, Gebeliği Önleyiciler, Adet Görme, Çocuk Mütecavizleri, Cinsel Rüya, Pornografi, İktidarsızlık, Eşcinsellik, Normal olan ve Olmayan şeyler, Daha Fazla Öğrenme, Zührevi Hastalıklar, Kürta, Cinsel Konularda Yardım ve Tavsiyeler gibi konulara ayrılmış ve kitap 12 ve daha yukarı yaşlardaki çocuklara satışa sunmak için çıkarılmıştır.

Başvurucu, kitabı bir grup öğrenci ve öğretmenlere danışmış 1 Nisan 1971’de Birleşik Krallık’ta piyasaya sürülmesini öngörmüştür. Baskı bittikten sonra kitabı genel ve yerel gazetelere, bilinen eğitim ve tıp dergilerine göndermiş, ilan vermiştir. Bu süre zarfında Daily Mirror ve daha başka gazetelerde kitabın içeriğini anlatan yazılar çıkmıştır.

Kitap hakkında birkaç şikâyet alan savcılık, Londra Polisinden inceleme yapılmasını istemiştir. Savcı, 1959/1964 tarihli Müstehcen Yayınlar Yasasının 3. Maddesine göre yayınevine mahkemeden arama izni talep etmiştir. Aynı gün arama yapılmış ve kitaba geçici olarak el konulmuştur. Mahkemedeki dava ve celp gönderme işlemleri bir zaman sürmüş ve sonunda basit yargılama usulüne göre bir sulh hâkimi tarafından görülmesine rıza gösterilmiştir.⁶ Yapılan temyiz mahkemesinden sonra tekrar para cezasını ödemekle yükümlü kılınmıştır. Bunun üzerine sonucu beğenmeyen ve tüm iç hukuk yollarını deneyen Handyside üst mahkemeye başvurma hakkını kullanmıştır.

13 Aralık 1972 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna başvurdu. Handyside yaptığı başvuruda Sözleşmenin 9. Maddesindeki düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğüne, 10. Maddesindeki ifade özgürlüğüne, Birinci Protokolün 1. Maddesindeki mülkiyeti barışçıl yoldan kullanma hakkına aykırı olduğunu iddia ederek mahkemeye başvurmuştur. Ayrıca 7, 13, ve 14. Maddeleriyle de kabul edilmez olduğunu beyan etmiştir.

4.1 DAVANININ KARARI

Komisyon sadece Birinci Protokolün 1. Maddesini ve 10. Maddesiyle ilgili olan bölümü kabul etmiş, Sözleşme’nin 1,7,9,13 ve 14. Maddelerini kabul edilemez olduğunu açıklamıştır.

⁴ J.J.Rousseau, Toplum Sözleşmesi, 29.bs. (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları)

⁵ GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri,26. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, Haziran 2021 syf.124

⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 7 Aralık 1976 E.5493/72, Handyside Kararı, İstanbul üniversitesi.

Mahkemede müdahalenin hukuken öngörölmüş olup olmadığına, müdahalenin meşru bir amaca sahip olup olmadığına ve demokratik toplumda gerekliliği sorununa yönelmiştir.

Handyside kararı, ifade özgürlüğü kapsamında yıllar geçmesine rağmen ününü korumakla birlikte ifade özgürlüğü bakımından gerekçelendirilişi hukukumuz açısından önem taşımakta ve çoğu davaya yön vermektedir. *“İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur.”*

Kararda ifade özgürlüğünün gelişmesi için ve toplumun ilerlemesi adına söylenmiş cümleler şimdi iç hukukumuzda bir içtihat olarak kullanılmakta ve bize yol gösterici bir karar olmaktadır. Bu davanın konusunun baştan çıkarma ve ayartma eğilimi yönünde olduğu mahkemece dikkate değer husus adı altında anılmıştır. Kitabın konusu öğretici nitelikte olduğu ve gençlerin ahlakını korumak olduğu Sözleşmenin 10(2). Fıkrasın göre kabul edilmiştir.

“...Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden, haber ve düşünceler için de uygulanır.” Buradan kasıt her ne sebep olursa olsun insanlara yanlış gelecek düşünce de aslında özgürlük alanına girmektedir. Bu karardan da anlaşılacağı üzere insanları ayırıştırarak karar almaktansa, tüm insanları evrensel bir bakış açısıyla kucaklayıp düşünce ve ifade edişin özgürlüğün temel unsuru olduğuna dikkat edilmesi gerekmektedir. Özgürlükle birlikte çevreye uygun birtakım ahlaki düzenlemeler de insanı etkisi altına alabilir. Fakat özgürlüğün olmadığı ortamda ahlaksızlıkta baş gösterir.

“İnsanın isteminden her türlü özgürlüğü almak, davranışlarından her çeşit ahlak düşüncesini kaldırmak demektir.”⁷

4.2 MAHKEME

- 1’e karşı 13 oyla, Sözleşmenin 10. Maddesinin ihlal edilmediğine,
- Oybirliğiyle, Birinci Protokolün 1. Maddesinin ve Sözleşmenin 14. ve 18. Maddelerinin ihlal edilmediğine Karar Vermiştir.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İ.A.- TÜRKİYE DAVASI (Başvuru no: 42571 / 98)

Yüksek yargı kararları ışığında ifade özgürlüğüne ilişkin AİHM’ de birçok karar mevcuttur, fakat bu kararları incelemek ihlal edilen ve ihlal edilmeyen kararları da içinde bulundurmalıdır. Adı geçen İ.A.- TÜRKİYE DAVASI da vatandaşlara aykırı gelecek bir durumun AİHS ihlal etmeyişi ülkemiz için ve geniş bir perspektiften bakmayı amaçlayanlar için bilgilendirici bir dava örneği oluşturmaktadır. Bu açıdan bakıldığında hem AİHM’nin kararlarını hem de Anayasa Mahkemesi’nin kararlarına bakıp farklı bir bakış açısı oluşturulabilir.

⁷ Rousseau, Toplum Sözleşmesi, 29.bs.

İ.A. TÜRKİYE DAVASI adıyla anılan bu dava ülkemizde çoğunluğun benimsediği din olan İslam dini ile ilgili AİHM kararının ülkenin çoğunluğunun ideolojisine göre alınan karara her ne kadar yanlış gelse de AİHM, Sözleşmenin 10. Maddesi’nin ihlal edilmediği gerekçesiyle 3’e karşı 4 oyla karar vermiştir.

1993 yılında Abdullah Rıza Ergüven’in “Yasak Tümceler” isimli kitabı Berfin yayınevi tarafından yayımlanmıştır. Başvuran Berfin yayınevinin sahibi ve yöneticisidir. Başvurucu bu kitabın İslam dinine ve değerlerine hakaret ettiği gerekçesiyle İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesine başvurmuştur. Yapılan incelemeler ve değerlendirmeleri taraflı bulan başvuru, temyize başvurmuş ve Yargıtay 6 Ekim 1997 tarihli ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin eski 25. Maddesi uyarınca başvurmuştur.

AİHS kitabın felsefi ve dini inanç görüşlerini içeren bir yazara ait olduğunu ve ulusal yargı bakımından dine hakaret etme ve onu hor görme şeklinde değerlendirdiğini belirtmiştir.

İfade özgürlüğüne ihlal oluşturduğuna yönelik herhangi bir açıklaması olmamıştır.

Bu doğrultuda inceleme yapıldığında toplumun demokratik bir yapıya sahip olup olmadığı konusunda soru işaretleri meydana gelmiştir. Bu kapsamda ifade özgürlüğünün de görev ve sorumluluklarını yerine getirmekte olduğunu kararda vurgulamıştır. Özellikle AİHS’nin 10. Maddesine bakılarak ve yerleşik içtihatlarla bakılarak (Handyside İngiltere kararı (7 Aralık 1976, seri: A no: 24)) kararında öne çıkan bazı temel noktalar vardır:

İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. 10. maddenin 2. paragrafı uyarınca, bu kabul gören, zararsız veya kayıtsızlık içeren “bilgiler” ve “fikirler” için değil, aynı zamanda kırıcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir.

Burada bahsedilen fikirler her ne olursa olsun düşüncelerin geniş özgürlükler adı altında oluşacağı ve bundan dolayı herhangi bir ihlale mahal vermediğidir.

Dini inançlara ve ahlaki görüşlere karşı sergilenen saldırılar söz konusu olduğunda başkalarının haklarının korunması bakımından Avrupa ülkeleri arasında tek bir anlayışın olmayışı, ifade özgürlüğüne ilişkin düzenlemenin yapılmasında Sözleşmeciler Devletlerin takdir yetkisini genişletmektedir.

Karardan da anlaşılacağı üzere her insanın her görüş hakkında fikir belirtme özgürlüğü engellenemez ve suç olarak sayılamaz. Bu kapsamda değerlendirildiğinde ifade özgürlüğüne yanlı bakılmamakta fayda vardır. Kişinin düşüncesine uymasa da yahut yanlış gelse de bu düşünceler ifade özgürlüğü adı altında değerlendirilmelidir. Bundan dolayı AİHM verdiği kararlar da genelde özgürlükçü bir toplum olarak öne sürülen ve hatta bu özgürlükte Amerika ve Avrupa’nın karşılıklı çekişmelerini de yaşayan bir toplumda Sözleşme bazında verilen karar orantılıdır.

DEZENFORMASYON YASASININ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE YANSIMASI

Kanun 18 Ekim SALI 2022 günü Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik

Yapılmasına Dair Kanun başlıklı Resmî Gazete 'de yayınlanmıştır.

Kanunun ilk maddeleri basın mensupları için düzenlenmiş olan basın kartı uygulaması hakkında bilgi verme ve 2.maddesinde sayılan kime ve kim tarafından verildiği belirtilmiştir.

5. maddede belirtilen yayım durdurma müeyyidesi haber sitelerinin karara uyulmadığı takdirde Cumhuriyet Başsavcılığı 2 hafta süreyle bilginin düzeltilmesini ister. 2 hafta içinde yerine getirilmediği takdirde Asliye Ceza Mahkemesine başvurulur. Kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere gerçeğe aykırı veya eksikhaber yapan haber sitesine bir bildirim yapıp olayın soruşturma kısmı atlanıp direkt Asliye Ceza Mahkemesine internet ve yayım durdurma kararları gibi taleplerde bulunulacağı açık bir şekilde belirtilmiştir.

Kanunda aranan kasıt kamu barışına, kamu sağlığına bir infial yaratacak şekilde gerçeğe aykırı haber sunmaktır.

TCK. 217: *Halkı kanunlara uymamaya alenen tahrik eden kişi, tahrikin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*

Madde hiçbir şekil şartı aranmaksızın söyleniyor oluşu bir kanun boşluğu yaratmaktadır.

TCK 217/A Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Maddede bakılması gereken en önemli kriter “gerçeğe aykırı bir bilgi” kısmıdır. Kanun koyucunun bu kriteri açıklamadan yoruma dayalı bırakması aklımıza bazı soruları getirmektedir. Toplum bir bilginin gerçeğe aykırılığını hangi yolla öğrenecektir? Doğru bilgiye nereden varacaktır? Kanunda bu sorulara cevap verilemediği gibi açıkça da belirtilmediğinden oluşan kanun boşluğu bu açıdan da karşımıza çıkmaktadır. Ülkemizde doğru ve gerçek bilginin sadece TRT yoluyla halkı bilgilendirildiğini bildiğimizden dolayı asıl soru burada akıllara gelmektedir. Bir kamu iktisadi kuruluşu olan TRT'nin doğru bilgi aktardığından nasıl emin olabiliriz.

Şöyle ki; örnek verecek olursak 6 Şubat'ta gerçekleşen deprem sebebiyle Hatay'da ölü sayısının X haber sitesinde 2.766 olduğu, Y haber sitesinde 20.000 olduğu ile ilgili haberler karşımıza çıkmıştır. Buna karşın Hatay'da yaşayan ve depremde sonra sağ kalan bir kişinin yaptığı araştırmaya göre de 25 binden daha fazla insanın vefat ettiği ile ilgili bir araştırma da kamuoyunu bilgilendirmek için yayımlanmıştır. Bu sebepten hem yayılan bilgi kirliliğinin önüne geçmek hem de kanunda değindiği üzere doğru bilgi yaymak meşru araç vasıtaları belirtilmediği takdirde mümkün görünmemektedir.

Değiştirilen bu madde üstelik sadece gazetecileri kapsamamakta, sosyal medyada atılan tweet, retweet, resim gibi pek çok sosyal medya platformu aracılığıyla paylaşılan gönderiler de suç kapsamına girmektedir. Bu durumdan istinaden ifade özgürlüğü kapsamında Dezenformasyon Yasası'nın değerlendirilmesini yapmak pek tabii zor olmaktadır. Kanun'un da yeni çıkmasıyla birlikte alınan kararların emsal teşkil edeceği de yaşadığımız günlerde ortaya çıkacaktır.

Dezenformasyon Yasası'nın 29. Maddesine göre, yalan haber yayma suçuna 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası getirilmiş “halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma” suçu tanımlanmıştır.

Bu maddenin en önemli 5 şartı şu şekildedir;

- 1-Yayılan haber gerçek değilse,
- 2-Ülkenin güvenliğini ve kamu sağlığını ilgilendiriyorsa,
- 3-Halk arasında korku, panik ve endişe yaratma kastı varsa,
- 4-Kamu barışını bozmaya yönelikse,
- 5- Aleni bir şekilde yapıldıysa

Yapılan yalan haber yayma suçu,yukarıda belirtilen bu beş şartı sağlıyorsa kişi 1 ila 3 yıl arasında ceza alır denmektedir. Dezenformasyon Yasası'nı diğer ülkeler bazında değerlendirecek olursak bu kadar güncel, herkesin kendini ifade edebilmek için sosyal medyayı da kullandığı dünyada, bu kanunun çıkartılması diğer ülkeler nezdinde ifade özgürlüğüne yapılan eylemin şekil şartı aranmadığından dolayı oldukça güçtür.

Dezenformasyon Yasası ele alınarak incelendiğinde sosyal medyaya kıyasen Türkiye Cumhuriyeti'nin yer yer vatandaşlarına yaptığı dezenformasyon etkileri de günümüzde sıkça görülmektedir.

Emniyet Genel Müdürlüğü'nün kişilerin hız sınırına uymasını sağlamak için polis aracı görünümlü ve uzaktan bakıldığı takdirde gayet benzeyen ışıklı 3D maketler yol kenarında sürekli yerleşmiş biçimde bulunmaktadır. Ek olarak karayollarında “radarla hız kontrolü yapılmaktadır” yazan tabelalarda çoğu zaman hız tespiti yapılmadığı halde sadece araç sürücülerin hızlarını kesmek için yayılan bilgi gerçek olmayıp alenen endişe, korku ve panik yaratmaktadır.⁸ Bu uygulamaya bakılacak olursak bir ülkenin güvenilecek bir kurumu olan Emniyet Genel Müdürlüğü dezenformasyon zayılatı yapıyorken halkın sadece paylaştığı bir gönderi yüzünden neredeyse hapis cezasına çarptırılması konusu akıllarda birtakım sorular yaratmaktadır.Bahsedilen husus tam olarak doğru örneği teşkil etmese de kanaatimce halkın sadece paylaştığı bir gönderi yüzünden neredeyse hapis cezasına çarptırılmasıkonusu kanaatimce uygulanması güç bir uygulamadır.

*Özellikle salgın, doğal afet, seçim dönemleri veya toplumu yakından ilgilendiren önemli konularda dezenformasyonun daha fazla artış gösterdiği görülmektedir.*⁹ Toplumun, karşı karşıya kaldığı kriz durumlarında söz konusu ülkenin ve iktidarın kriz yönetiminde yaşadığı eksiklikler, belirtilen toplumda yer alan ve toplumu kaosa sürüklemeye yatkın bireyler tarafından yapılan dezenformasyonu arttırdığı gözlemlenmektedir. Bu doğrultuda bireyler halihazırda ifade özgürlüğüne sahip bulunuyorlar ise dezenformasyonun önüne geçmek aksi durumdan daha kontrol edilebilir olmaktadır.

⁸ TURAN,Cem. Açıklığın Yanılsaması: Dezenformasyon Çağımızın Kitle İmha Silahı mı? İstanbul Üniversitesi, Enformatik Bölümü, İstanbul

⁹ OYMAK, Hasan,” Kamuoyunda Dezenformasyon Yasası Olarak Bilinen, 7418 Sayılı “Basın Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” un Getirdikleri”, Dergi Park, Sayı: 13, 2022 s.2

KAYNAKÇA

1. GÖREN, Zafer. Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:12 Sayı: 24 Güz 2013/2 s. 31-60
2. HANDYSIDE KARARI, 5493/72, 1976, <https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=handyside.pdf>
3. GÖZLER, Kemal. Genel Hukuk Bilgisi, 20.Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2020
4. GÖZLER, Kemal. Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 26.Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2021
5. PLATON. Devlet, 46.Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2021.
6. MACHIAVELLI, Niccolo. Hükümdar, 23.Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2022
7. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Toplum Sözleşmesi, 29.Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2021
8. TOPAL, Özlem. Yüksek Yargı Kararları Işığında Laiklik Algısındaki Sosyolojik Değişim, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010
9. TURAN, Cem. Açıklığın Yanılsaması: Dezenformasyon Çağımızın Kitle İmha Silahı mı?, İstanbul Üniversitesi, Enformatik Bölümü, İstanbul
10. ULUSOY, Sümeyye. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü.
11. OYMAK, “Hasan. Kamuoyunda Dezenformasyon Yasası Olarak Bilinen, 7418 Sayılı “Basın Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” un Getirdikleri”, Dergi Park, Cilt: 13, 2022, s.11
12. ÖZBEY, Özcan. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62 (1) 2013, syf. 93-146
13. KORKMAZ, Ömer. Düşümce Özgürlüğü ve Sınırları,
14. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5187.pdf>

AİHM KARARLARI IŞIĞINDA İKİ ÖZGÜRLÜK ARASINDA DENGİ KURMAK: DİNE YÖNELİK SÖYLEMLER İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN NERESİNDE?

MEHMET EREN TEMİZ

Özet

Demokratik ve çoğulcu bir toplum için çok önemli olan ifade özgürlüğü ile din özgürlüğü arasında bazı çatışmalar yaşanabilir. Bir yanda bireylerin dini değerleri ve dini duyguları, diğer yanda ise bireylerin düşündüklerini özgürce söyleyebilme hakları bulunmaktadır. Bu özgürlüklerin incelendiği AİHM kararlarında farklı tespit ve değerlendirmelere yer verilmiştir. Dini duyguların din özgürlüğünün kapsamında olduğunu söyleyen karardan sonra içtihat değiştiren Mahkeme, daha sonraki kararlarında buna dair net tespitler yapmamış ve sorunun çözümüne dair farklı kriterler önermiştir. Bu makalede iki özgürlüğün çatışmalarını içeren Mahkeme kararları incelenecek, din karşıtı söylemler ile ifade özgürlüğü arasındaki ilişki ele alınacak ve çözüm yollarına ilişkin doktrindeki önerilere yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: İfade özgürlüğü, din özgürlüğü, hakaret, dini duygular.

Abstract

There may be some conflicts between freedom of expression and freedom of religion, which are very important instruments for a democratic and pluralistic society. On the one hand, individuals have religious values and religious feelings, on the other hand, individuals have the right to freely say what they think. Different determinations have been included in the ECHR decisions examining these freedoms. The Court, which changed its case law after its decision stating that religious feelings are within the scope of freedom of religion, did not make clear determinations in its subsequent decisions and suggested different criteria for the solution of the problem. In this article, Court decisions involving the conflicts between freedoms will be examined, the relationship between anti-religious statements and freedom of expression will be discussed and suggestions in the doctrine will be given.

Keywords: Freedom of expression, freedom of religion, blasphemy, religious feelings.

“Sonsuz özgürlük içinde davranmak ve aynı zamanda da sorumluluğun özgürlüğün bedeli olduğunu bilmek, kurtuluşun ta kendisidir.”
Elbert Hubbard

Giriş

Bireylerin günlük yaşamda kendini özgürce dışa vurmasını sağlayan ifade özgürlüğü anayasal metinler ve uluslararası sözleşmelerle korunmaktadır. Bir yandan da insanlık tarihinde hep var olduğu düşünülen dinler, dini değerler ve inananlarca saygı duyulan kişilerin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüyle bağlantısı bulunmaktadır. Makalenin birinci bölümünde önce bu iki özgürlük açıklanacak ve genel bir bakış açısı sunulacak, ikinci bölümde dine yönelik saldırgan, incitici, şok edici ifadelerin türleri ve bunların birbirinden ayrıldığı noktalar işlenecektir. Üçüncü bölümde çalışmanın esas başlığıyla doğrudan ilgili olan din özgürlüğü ve ifade özgürlüğünün çatıştığı AİHM kararları incelenecektir. Ardından, dördüncü bölümde doktrindeki önerilerden bahsedilecek ve sonuç kısmında da bu iki özgürlüğe dengeli bir biçimde yaklaşılması gerektiğine dair kişisel görüşlere yer verilecektir. Belirtilmelidir ki, tüm çalışma boyunca din kavramı çoğunlukla dini değerler/semboller ve inananlarca saygı duyulan kişileri kapsayan bir üst kategori olarak düşünülmüştür. İnceleme nefret söylemine varmayan AİHM kararları esas alınarak yapılmış ve konu kapsamındaki doktrin eserlerinden de yararlanılmıştır. Ulusal kanunlar ve mahkeme kararlarına yer verilmemiştir.

I. Düşünce, Vicdan ve Din özgürlüğü ile İfade Özgürlüğüne Genel Bir Bakış

A. Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü*

İnsanlık tarihinde hep var olduğu söylenen¹ ve herkes için geçerli bir tanımının yapılmasının da oldukça zor olduğu din, yalnızca inanmayı değil aynı zamanda buyruklarını yerine getirme sorumluluğunu da mensuplarına yükleyen bir kavramdır. İlahi olduğu düşünülen dinler, yalnızca bireyin kendi benliğiyle sınırlı kalmamakta aynı zamanda onun sosyal hayatını, başkalarına olan tutum, davranış, eylemlerini ve hatta devletle olan ilişkisini de düzenleme görevini üstlenerek sosyolojik bir kavram olarak da incelenmektedir².

Böylesine geniş bir açıdan bireyi, ardından toplumu ve dolayısıyla devleti ilgilendiren bir konunun kurallarla düzenlenmesi hukuk disiplini için gereklidir. Pek çok ulusal düzenleme ve uluslararası sözleşmelerle koruma altına alınan din özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 9. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

* İlgili kavram makalenin geri kalan kısmında “din özgürlüğü” olarak anılacaktır.

¹ AĞIRBAŞLI, Şennur, “AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2012, s. 84.

² DİLBİRLİĞİ, Muhterem, “İNSAN HAKKI OLARAK, DİN ve VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SOSYOLOJİK ve FELSEFİ GELİŞİMİ: TARİHİ SÜREÇTE DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN ORTAYA ÇIKAN MODELLER”, Adalet Dergisi, Sayı: 66, Tarih 2021, s. 669.

“1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir.”

İlgili maddeye bakıldığında kavramlar her ne kadar din veya inanç olarak öngörülmüş olsa da bu maddenin kapsamına inanmama hakkının da girdiği söylenmektedir. AİHM, Kokkinakis v. Yunanistan kararında hem bu durumu hem de çoğunluklu bir toplumda din özgürlüğünün taşıdığı önemi şu şekilde açıklamaktadır: “Din ve vicdan özgürlüğü demokratik bir toplumun temel taşlarından biridir. Dini boyutuyla, sadece inananların kimliği ve yaşam anlayışlarının en temel unsurlarından birisi değil; aynı zamanda ateist, agnostik, kuşkucu ve ilgisizler için de değerli bir kazanımdır. Demokratik bir toplumun vazgeçilmez bir ögesi olan ve yüzyıllarca süren mücadeleler sonucunda kazanılmış olan çoğunluklu buna bağlıdır.”³ Ayrıca düşünce ve vicdan gibi kavramlara da yer verilmesiyle maddenin koruma alanına yalnızca dini inançlar değil felsefi fikir veya varoluşsal başka türden düşünce ve kanaatler de girmektedir⁴.

Vermiş olduğu kararlarda din kavramını tanımlamanın kendi görevi olduğunu düşünmeyen AİHM, inceleme yaparken ortak bir Avrupa standardı bulunmaması sebebiyle dini inançlara yönelik tanımlamalarında davalı devletin tutumuna yönelik bir karar vermektedir⁵.

Din özgürlüğüne yönelik müdahaleleri anlayabilmek için öncelikle bu özgürlüğün doğasını anlamak gerekir. Tanımları doğrudan sözleşme metinlerinde geçmeyen fakat bazen Mahkeme içtihadında kendine yer bulan *forum internum* ve *forum externum* bu açıdan bilinmesi gerekli kavramlardandır⁶. İçsel alan da denilen *forum internum*, din özgürlüğünün bireylerin kendi iç dünyasında kalan kısmını ifade etmektedir. İçsel alanın bireylerin manevi dünyasında vuku bulmasından hareketle bu alana herhangi bir sınırlamanın ya da müdahalenin yapılamayacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla din özgürlüğünün içsel alanının mutlak haklardan biri olduğu söylenebilir⁷. Dışsal alan olarak adlandırılan *forum externum* ise Sözleşme’nin 9. maddesinin ilk fıkrasındaki ikinci cümleden çıkarılmaktadır. Buna göre kişinin tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiştir. Özgürlüğün dışsal alanı, içsel alanın tersine mutlak değildir ve sınırlandırılabilir⁸. Sözleşme’nin ikinci fıkrasındaki sınırlama sebepleri de esasen dışsal alana ilişkindir.

³ Kokkinakis v. Yunanistan, 14307/88, 25/05/1993, p. 33. Karar metninin Türkçe çevirisi için: Osman Doğru, Atilla Nalbant, İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013, Cilt 2, s. 143.

⁴ AĞIRBAŞLI, s. 85.

⁵ DEMİRİSOY AŞIKOĞLU, Eda, “AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE DİNSEL RİTÜEL VE UYGULAMALARIN SINIRLANDIRILMASI”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:13, Sayı:2, Yıl: 2018, s. 452.

⁶ DERİN TÜRKOĞLU, Bengü Merve, “İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İÇ BOYUTU”, TİHEK Akademik Dergisi, Sayı: 8, Tarih: 2022, s. 123.

⁷ DERİN TÜRKOĞLU, s. 123-24.

⁸ AŞIKOĞLU DEMİRİSOY, s. 455.

B. İfade Özgürlüğü

Dünya üzerinde neredeyse herkesçe kabul edildiği üzere kişinin kendini ifade etme yeteneği iletişimden doğan faaliyetlere bağlıdır. İletişim içinse ifadelerin bulunması ve bunların bireyin düşündüğü biçimde herhangi bir sınırlama olmaksızın dile getirilmesi gerekmektedir. Tüm bunların gerçekleşmesini sağlayan aracın adıyla ifade özgürlüğüdür⁹. En geniş anlamda ifade özgürlüğü; bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun ifade eden tarafından herhangi bir baskı hissedilmeden barışçıl yollarla açığa vurulması demektir.

İfade özgürlüğü anayasal demokrasilerin temel öğelerinden biridir¹¹. Ayrıca, ülkelerin medeniyet seviyeleriyle ifade özgürlüğüne verilen değerin yakından ilişkisi olduğu söylenebilir. Dolayısıyla ifade özgürlüğüne daha çok değer veren toplumların daha medeni, daha az değer verentoplumlarınsa daha az medeni olduğu görülecektir¹². Son olarak, ifade özgürlüğünün liberal kurama göre kişinin kendini gerçekleştirme amacına ulaşmak için kullandığı bir araç olduğu söylenebilir¹³. Çünkü kişiler kendini gerçekleştirmek adına özgür bir iletişim yolunu yani kendisine sağlanmış ifade özgürlüğünü kullanmayı tercih edeceklerdir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi ifade özgürlüğünü düzenlemektedir. İlgili madde metni şu şekildedir:

"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir."

İlgili madde, insanların toplum içinde iletişim kurabilmelerini korumaktadır. İletişimin sadece dile bağlı eylemleri değil, daha geniş bir biçimde düşünülerek resim ve müzikli davranışlar, grev yapmak, pankart asmak, üniforma giymek gibi bir dizi sembolik eylemi de kapsadığı belirtilmektedir¹⁴. AİHM'e göre ifade özgürlüğünün kapsamına yalnızca düşünce ve bilgilerin özü değil aynı zamanda bunların aktarıldığı biçim de girmektedir¹⁵.

İfade özgürlüğü, kapsamı yalnızca kendisini düzenleyen 10. maddeyle sınırlı olmayıp düşüncelerin bir araya gelerek açıklanması eylemiyle bağlantılı olan toplantı ve dernek kurma özgürlüğüyle de yakından ilişkili olan bir haktır¹⁶. Ayrıca ilgili hak kullanıldığı alan

farketmeksizindogru olduğuna inanılanı seçmek bakımından kanaat özgürlüğü, dini bir inanışa bağlanmak bakımından vicdan özgürlüğü, tek başına ya da topluca düşüncesine uygun davranıp eylemde bulunmak bakımından da ibadet özgürlüğü olarak değerlendirilebilir¹⁷. Dolayısıyla ifade özgürlüğü genel hüküm, sayılan bu diğer özgürlüklerinse özel hüküm niteliğinde olduğu söylenebilir¹⁸.

Baskıcı rejimlerle kıyaslandığında demokratik ülkelerde ifade özgürlüğü daha çok korunmaktadır. Bununla birlikte özgürlüğün kapsamı çok geniş olduğu için modern toplumlarda bile her ifadenin özgür olduğu söylenemez. Dolayısıyla ifadelerin korunması yalnızca gelişmemiş ya da gelişmekte olan ülkelere ilgilenebilir gereken bir durum olarak düşünülmemelidir¹⁹. Ayrıca etkilerinin ve kapsamının yalnızca 10.maddeyle sınırlı kalmamasından ve AİHM kararlarında sıklıkla zikredilen çoğulcu toplum yapısı için son derece önemli olmasından²⁰ hareketle ifade özgürlüğünün tüm diğer özgürlükler ve çoğulcu toplum yapısını sağlayabilmek adına *sine qua non* şart olduğu söylenebilir. Nitekim, AİHM ifade özgürlüğünün önemini belirtmek için sıklıkla atıf yaptığı 07.12.1976 tarihli Handyside v. Birleşik Krallık kararında şöyle söylemektedir:

*"İfade özgürlüğü toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber' ve 'düşünceler' için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz."*²¹

Elbette, ifade özgürlüğü mutlak bir hak değildir. 10. maddeyle her ne kadar her türlü ifade koruma altına alınmış, söylemlerin değerli ya da değersiz, topluma yararlı ya da zararsız olup olmadığı hakkında bir ayırmda bulunulmamışsa da²² maddenin ikinci fıkrasında sınırlama sebeplerine açıkça yer verilmiştir. Dolayısıyla içerik bakımından sınırlama getirilmeyen hakkın, diğer koşullar da bulunmak kaydıyla, ilgili fıkra hükmünde geçen sebepler öne sürülerek sınırlandırılması mümkündür:

"2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli"

⁹ TUMAY, Murat, "DEMOKRATİK TOPLUMDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI, İÇERİĞİ VE SINIRLARININ BELİRLENMESİ SORUNU", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, Yıl: 2019, s. 120.

¹⁰ ERDOĞAN, Mustafa, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", *Liberal Düşünce Topluluğu E-dergi*, Sayı: 24, Yıl: 2001, s. 8. "<http://www.liberal.org.tr/sayfa/demokratik-toplumda-ifade-ozgurlugu-ozgurlukcu-bir-perspektif-mustafa-erdogan,224.php>", (Son Erişim: 25.07.2023).

¹¹ ERDOĞAN, s. 8.

¹² YAYLA, Atilla, "İfade Hürriyeti Nedir ve Niçin Gereklidir?", *Liberal Düşünce Dergisi*, Sayı: 50, Yıl: 2009, s. 165.

¹³ ALTIPARMAK, Kerem, "Kutsal Değerler Üzerine Tezler v. İfade Özgürlüğü: Toplu Bir Cevap" İfade Özgürlüğü: İlkeler ve Türkiye, Ed: Tanıl Bora, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007 s. 13.

¹⁴ RAZ, Joseph, "Free Expression and Personal Identification", *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt 11, Sayı 3, (1991), s. 303.

¹⁵ ALTIPARMAK, s. 12.

¹⁶ KARAN, Ulaş, İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 2, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, 2018, s. 3.

¹⁷ TEZİÇ, Erdoğan, "TÜRKİYE'DE SİYASAL DÜŞÜNCE VE ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:7, Yıl: 1990, s. 33.

¹⁸ Karan, "İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 2", s. 3.

¹⁹ ÖZBEY, Özcan, "AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İŞİĞİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KISITLAMALARI", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:106, Yıl:2013, s. 43.

²⁰ İNCEOĞLU, Sibel, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk", Çoğulcu Demokrasi Çoğulculukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı, ed. Ece Göztepe, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Yıl:2010, s. 83.

²¹ Handyside v. Birleşik Krallık, 5493/72, 07.12.1976, p. 49. Karar metninin Türkçe çevirisi için: DOĞRU, Osman, NALBANT, Atilla, İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013, Cilt: 2, s. 245.

²² KARAN, s. 6.

olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

Strasbourg organları ifade özgürlüğünün kısıtlandığı durumlarda ilgili başvuruyu 10. maddenin ikinci fıkrası ışığında üç aşamalı test (three-part test) uygulamasıyla incelemektedir. Devletin ifade özgürlüğünü kısıtladığı durumlarda Mahkeme; kanunilik, meşru amaca uygunluk ve demokratik toplumda gereklilik kriterlerine göre başvuruyu değerlendirir. Eğer bu üç koşuldan herhangi biri yerine getirilmemişse söz konusu müdahalenin haksız olduğuna ve dolayısıyla ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmedilir²³.

II. Dine Yönelik Söylemler

Dini değerler, şahıs ve semboller, din mensuplarınca yapılan ibadet ve davranışlar gibi birden fazla kavramı bünyesinde barındıran din kurumuna karşı hayranlıktan nefrete kadar uzanabilen geniş bir ölçeğin bulunduğu söylenebilir. Bir yanda hem inananlar hem de toplumun farklı kesimleri tarafından olumlu ve kapsayıcı ifadeler, bir yandan da açıkçası saldırgan, nefret odaklı ve tehditkar olarak nitelendirilebilen ifadeler bulunmaktadır. Bu iki ucun arasındaki geniş yelpazenin farklı katmanlarındaysa nötr bir tutumla ortaya çıkarılmış eserler, akademik görüşler, doktrinsel çalışmalar bulunmaktadır. Bahsedilen aşırı olumlu, aşırı olumsuz ya da nötr görüşlerin tespiti zahmetsiz olmakla birlikte bu iki uçtan herhangi birini tam olarak kapsamına girmeyen ve özgürlük ile kötüye kullanım arasında belirsizlikler yaratan gri bölgelerin var olduğu söylenebilir. Dine hakaret ve dine sövmenin gri alanda yer alan kavramlar olduğu belirtilmektedir²⁴. Dolayısıyla bu kavramların açıklanması yararlı olacaktır.

Zarar vermek anlamına gelen *blapto* ve konuşma anlamına gelen *pHEME* kelimelerinin birleşmesiyle oluşan *blasphemy* kavramı esasen hakaret ya da aşağılama anlamına gelmektedir. Batı literatüründe ise bu kelime daha özel bir anlam olarak dine ve dini değerlere karşı hakareti ifade eder²⁵. Merriam-Webster online sözlüğünde bu kelimenin iki anlamından biri Tanrı’ya hakaret etme veya saygısızlık gösterme eylemi iken diğer anlamı kutsal veya dokunulmaz olduğu kabul edilen şeye karşı saygısızlıktır²⁶. Dünyada halen birçok ülkede dinleri korumak adına blasphemy kanunları bulunmaktadır²⁷. Dine hakaret suçuna verilen ceza genellikle hapis veya para cezası olmakla birlikte, günümüzde bu eylem sonucunda Avrupa devletlerinde nadiren kovuşturulma yapılmaktadır²⁸.

²³ BİÇGİN, Eda, “İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN DAVALARDA ÜÇ AŞAMALI TEST KAPSAMINDA BAĞLAM DEĞERLENDİRMESİ”, İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÜZERİNE MAKALELER ULUSLARARASI KAPANIŞ SEMPOZYUMUNA KATKI KİTABI, Yıl: 2017, s. 91-92.

²⁴ GUERRA, Luis López, “Dine sövme ve hakaret fiilleri: Dini duyguların incitilmesi mi, özgürlüğe saldırı mı?” İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler, Yıl: 2016, s. 285-295.

²⁵ KETHÜDA, Enes, “İHAM KARARLARI IŞIĞINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İLE DİNİ HİSLERİN KORUNMASI HAKKININ ÇATIŞMASI SORUNU”, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt:8, Sayı: 15, Yıl: 2019, s. 134-35.

²⁶ Kelimenin eş anlamları, cümle içinde kullanımı ve diğer bilgiler için: “<https://www.merriam-webster.com/dictionary/blasphemy>”, (Son Erişim: 26.07.2023).

²⁷ Üye devletlerin yalnızca küçük bir kısmının bu suçu kanunlarında yer vermektedir. Bu ülkeler: Avusturya, Danimarka, Finlandiya, Yunanistan, İtalya, Lihtenştayn, Hollanda, San Marino. Daha fazla bilgi için: European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Report on the Relationship Between Freedom of Expression and Freedom of Religion: The Issue of Regulation and Prosecution of Blasphemy, Religious Onslaught and Incitement to Religious Hatred, 2008, p. 24, s. 8.

²⁸ European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), p. 25-26.

Bu suça tarihsel olarak bakmak gerekirse; dinin toplumsal hayatın merkezinde yer aldığı skolastik dönemlerde kiliseye ve baskın dine karşı bir tehdit olan dine hakaret, daha sonraki dönemlerde dini otoritenin bir hükümdarla birleşmesiyle beraber bu sefer de kamu düzenine ve hükümdara karşı bir tehdit içermeye başlamıştır²⁹. Hatta bu tehdide karşı öngörülmuş yaptırımının bazı ülkelerin geçmişteki ceza kanunlarında çok ağır olduğu bilinmektedir. Örneğin, İskoçya’da dine hakaret 18. yüzyıla kadar ölümle cezalandırılabilir bir suç olmuştur³⁰.

Dine sövme kavramı incelenecek olursa burada ifadelerin genellikle bir dinin tanrısına ya da simgelerine karşı olduğu, dine hakaret kavramındaysa dini inançlara, din mensuplarına karşı kişi ya da kurum olarak bir sözlü saldırının var olduğu söylenebilir³¹. Aralarında böyle bir fark olmasına rağmen bu iki ifade neredeyse aynı anlama gelmekte, beraber ya da birbiri yerine kullanılmaktadır.

Dinsel nefret söylemi ise gri alanda yer aldığı söylenen dine hakaret ve dine sövme kavramlarından tamamen farklıdır. Genel olarak nefret söylemi ekstrem görüşler olarak görülmektedir. Günümüzde ifadenin içeriğini faşizm, ırkçılık, ayrımcılık, savaş propagandası veya nefret oluştuyorsa bunun ifade özgürlüğünün norm alanına girmediği genel olarak kabul edilmektedir. Mahkemenin tutumu bu tür ifadelerin söz konusu olduğu başvurularda ikiye ayrılmaktadır: Kimi durumlarda başvurunun sözleşmenin 17. maddesi çerçevesinde hakkını kötüye kullandığı belirtilerek başvuru kabul edilemez bulunur ve esasa hiç girilmez. Kimi durumlarda ise 10. maddeden inceleme yapılarak bir değerlendirmeye varılır³². Dine yönelik ifadelerden en ekstremi olan dinsel nefret söylemi de nefret söyleminin bir alt kümesidir³³ ve dine hakaret, dine sövme gibi belirsizlikten uzak bir kavram olduğu için Mahkeme tarafından korunmaz.

III. Din Özgürlüğü versus İfade Özgürlüğü

Geçmişte dinin bir kurum olarak korunması eğilimi mevcutken, günümüzde bundan çoğunlukla vazgeçilmiş ve dini koruma yerinedin mensuplarının dini duygularını koruma eğilimi artmıştır³⁴. 10. maddenin ikinci fıkrasındaki hükme göre ifade özgürlüğü genel olarak ulusal güvenliğin veya kamu güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın veya genel ahlakın korunması, başkalarının şöhret ve haklarının korunması gibi sebeplerle sınırlandırılabilir. Görüldüğü gibi madde metninde spesifik olarak duygular ya da dini duygular gibi bir ifade geçmemektedir. Peki, iki özgürlük arasında böyle bir çatışmanın olduğu durumlarda sınırlandırma hangi sebebe göre yapılmaktadır?

Din özgürlüğünün din kurumunu ya da dini duyguları koruyup korumadığını anlamak için önce bu özgürlüklere dair yasal düzenlemeleri sonrasında da Mahkemenin

²⁹ DİNÇER, Hülya, “Bir Suç Olarak Dine Hakaret, İfade Özgürlüğü ve ‘Dini His’lere Tanınan Koruma”, PROF. DR. KÖKSAL BAYRAKTAR’A ARMAĞAN, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Yıl: 2010, s. 1103.

³⁰ Britannica Encyclopedia of World Religions, ed. Wendy Doniger, Chicago, Yıl: 2006, s. 133.

³¹ GUERRA, s. 287.

³² KARAN, s. 7.

³³ European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), p. 34, s. 9.

³⁴ KETHÜDA, s. 132.

kararlarını incelemek gerekmektedir. Sınırlama sebepleri arasında sayılmayan bir kavramın sınırlama sebepleri arasında sayılan bir başka kavram olarak değerlendirilmesi ya da bu kavramın kapsamına girdiğinin düşünülmesi sonucunda ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin bu yönden meşru olduğunu söyleyen kararlar bulunmaktadır. Örneğin dini duyguların korunması sebebiyle sınırlandırılmasa da kamu düzeninin korunması ya da başkalarının haklarının korunması³⁵ veyahut genel ahlakgibi sebeplerle ifade özgürlüğü sınırlandırılabilir³⁶.

Dini duyguların korunması denildiğinde akla ilk gelebilecek hüküm Sözleşme'nin 9. maddesinde düzenlenmiş olan din özgürlüğüdür. Bu hakkın içsel ve dışsal olmak üzere iki boyuta sahip olduğu birinci başlıkta belirtilmişti. İlk bakışta, dini duyguların korunmasının din özgürlüğünün içsel boyutuna dahil olduğu düşünülebilir. Bununla birlikte bu boyut duyguları değil bireylerin dinleri özgürce tercih etmesini ya da etmemesini, bundan dolayı kınanmamasını, baskıya uğramamasını içermektedir³⁷. Dini duyguların korunmasının din özgürlüğünün dışsal alanına dahil edilebileceği tezi karşısında bu kez de dine yönelik sert, ağır eleştiri ya da aşağılamanın nefret içermedikçe ibadeti düzenleyen dışsal alanı fiziksel olarak engelleyemeyeceği söylenebilir. Bir başka deyişle, ibadet, öğretim, uygulama ve ayin gibi faaliyetler yapılmasını ağır bir biçimde etkileyen söylemler söz konusu olmadıkça bu söylemler dini duyguların korunması ve dolayısıyla din özgürlüğünün korunması amacıyla sınırlandırılmaz³⁸.

Mahkeme kararlarına bakıldığında AİHM'in bu konudaki bütün kararlarında aynı metodolojiyi izlediği söylenememektedir. Verilen hükümlere bakıldığında dini duygularının incindiği iddiasıyla yapılan başvurularda Mahkemenin devletin ifade özgürlüğünü ihlal etmediği yönünde sonuca vardığı görülmüştür³⁹. Choudhury v. Birleşik Krallık kararı⁴⁰, devletin inançlarına yönelik saldırgan ifadelerden dolayı inananları koruması yükümlüğünü konu edinen ilk örnektir⁴¹. Müslüman olan başvuru, Londra'daki yerel mahkemeden Satanic Verses (Şeytan Ayetleri) kitabının yazarı Salman Rushdie ve bu kitabın yayımcısı hakkında ceza soruşturulması açılmasını istemiştir. Yerel mahkeme ise ilgili dine hakaret suçunun yalnızca Hristiyanlık dinini kapsadığı ve dolayısıyla İslamiyet'i koruyamayacağı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir. Daha sonra AİHM'in önüne gelen başvuruda, Komisyon, kişilerin dini duygularına yönelik sert ifadelerin korunmasının 9. madde kapsamında olmadığını belirtmiş, bu duyguların ihlal edildiği yönündeki iddiaları reddetmiş ve başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. AİHM'in bu davada objektif olmadığına dair görüşler bulunmakla birlikte⁴², Mahkeme bu konuda içtihat değiştirmiş

ve sonraki kararlarında doğrudan dini duygular yönünden belirlemeler yapmak yerine 9. maddenin inanç sahiplerini koruduğu şeklinde tespitler yapmıştır⁴³. Buna benzer bir diğer karar da Ben El Mahi ve diğerleri v. Danimarka'dır. Fas'ta yaşayan bir Fas vatandaşı ve Fas'ta kurulup orada faaliyet gösteren iki dernekten oluşan başvuru, Danimarka'daki bir gazetenin yayınladığı birden fazla karikatürün İslam dini ve peygamberini aşağıladığı gerekçesiyle ilgililer hakkında soruşturma açılmasını talep etmiştir. Bölge savcısının buna dair bir soruşturma açmayacağını belirtmesinin ardından başvuru din özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'e gitmiştir. Bu davada, başvuru Mahkeme'nin kendi yetki bölgesinde bulunmaması sebebiyle kabul edilmezlik kararı verilmiştir⁴⁴. Ayrıca, din özgürlüğünün dini duyguları da kapsayıp koruduğuna ilişkin herhangi bir tespit yapılmaması dikkat çekmektedir⁴⁵.

Mahkeme bu kararda olaya dair geniş bir görüş açısı sunmak ve tespitler yapmak yerine yalnızca yargı yetkisine dair açıklamalar yapmıştır. Bununla birlikte, İslam peygamberinin karikatürlerinin yapılmasının ifade özgürlüğü değil Müslümanların inanç özgürlüğüne yönelik bir saldırı olduğunu düşünenler de bulunmaktadır. İslam dininin eleştirilebileceği söylenmekle beraber, resminin yapılmasının bile neredeyse bütün mensuplarınca uygun bulunmadığı bir dindeki peygamberin karikatürize edilmesinin açıkça rencide edici olduğunu ve bunun kamusal tartışmaya herhangi bir katkı sağlamadığı belirtilmektedir⁴⁶.

Dini duyguların din özgürlüğüne dahil olduğu iddiasıyla yapılan başvurularda bunu kabul etmeyen AİHM, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurularda dini duyguların ifade özgürlüğünü sınırlandırmada bir sebep olabileceğini söylemiştir⁴⁷. Buna dair tespitin çok net olmadığı ilk karar 1982 yılındaki Gay News Ltd. ve Lemon v. Birleşik Krallık'tır. Eşcinsellere yönelik bir derginin yayıncısı ile sorumlu editörü olan başvuru yayınladıkları bir şiirin örf ve adet hukukuna göre küfür niteliğindeki içeriği sebebiyle suçlu bulunmuşlardır. Başvuru iç hukuk yollarını tükettikten sonra bu yaptırımın ifade özgürlüklerini kısıtladığı iddiasıyla AİHM'e gitmişlerdir. Mahkeme, vatandaşların dini duygularının kutsal sayılan konulara yönelik uygunsuz saldırılara karşı korunabileceğinin kabul edilmesi halinde blasphemy kanunlarının varlığına dair herhangi bir şüphe duymayabileceklerini belirtmiştir. Sonuç olarak, başvuru Mahkeme'nin ifade özgürlüklerinin kısıtlandığı iddiası temelsiz bulunmuştur⁴⁸. Dikkat edilecek olursa hangi hakkın içeriğinin dini duyguların korunmasını da kapsadığına dair belirgin bir tespit yapılmamıştır⁴⁹.

AİHM'in dini duyguların 9. maddenin kapsamında olduğunu en net açıkladığı

³⁵ KAYA, Yusuf Enes, "İnsan Hakları Hukuku Açısından Dine Hakaret Olgusu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 74, Sayı: 2, Yıl: 2016, s. 568.

³⁶ DİNÇER, s. 1108.

³⁷ KETHÜDA, s. 136.

³⁸ ŞİRİN, Tolga, "İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ, DİNİN VEYA DİNİ DUYGULARIN KORUNMASI AMACIYLA SINIRLANABİLİR Mİ?", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 10, Yıl: 2016, s. 546-47.

³⁹ ŞİRİN, s. 536.

⁴⁰ Choudhury v. Birleşik Krallık, [Komisyon Kararı], 17439/90, 05.03.1991.

⁴¹ DEMİR, Hande Seher, "AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI İŞİĞİNDE TÜRKİYE'DE DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Avrupa Birliği Hukuku Bilim Dalı (Yüksek Lisans Tezi), Yıl: 2011, s. 77.

⁴² ORAN, Nurdan, "İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE DİN", KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ SİYASET BİLİMİ VE KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI SİYASET BİLİM DALI (Yüksek Lisans Tezi), 2018, s. 86.

⁴³ DEMİR, s. 77.

⁴⁴ Ben El Mahi ve diğerleri v. Danimarka, [Komisyon Kararı], 5853/06, 11.12.2006.

⁴⁵ ŞİRİN, s. 537.

⁴⁶ EREN, Abdurrahman, "İNSAN HAKLARI HUKUKU BAKIMINDAN İSLAM PEYGAMBERİNİN KARİKATÜRÜNÜN ÇİZİLMESİ", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:21, Sayı: 2, Yıl: 2015, s. 365.

⁴⁷ ŞİRİN, s. 537.

⁴⁸ Gay News Ltd. ve Lemon v. Birleşik Krallık, 78710/79, (1982). Kararın İngilizce metni için: "https://learninglink.oup.com/static/5c0e79ef50eddf00160f35ad/casebook_197.htm", (Son Erişim: 29.07.2023).

⁴⁹ ŞİRİN, s. 537.

karar Otto Preminger Enstitüsü v. Avusturya olmuştur⁵⁰. Bu, dini duyguların korunması kavramı ile ifade özgürlüğünün çatışma yaşadığı ilk karardır⁵¹. Çoğunluğu Katolik olan Tyrol bölgesinde bulunan bir enstitü, Katolik dinine yönelik aşağılayıcı ifade, betimleme ve imalar içerdiği iddia edilen ve 17 yaşından küçükler yasak olan bir film gösterimi⁵² yapacaktır. Roma Katolik Kilisesi Innsburck Piskoposluğu’nun başvurusunun ardından, filmgösterime girmeden el konulmuş, enstitü müdürü hakkında da dini değerleri aşağılamaya teşebbüs suçundan cezai takibat başlatılmıştır. Daha sonra AİHM’in önüne gelen başvuruda, Mahkeme, “Dini çoğunluğun veya azınlığın mensubu olmalarına bakılmaksızın, dinlerini açıklama özgürlüğünü kullanmayı seçenler, her türlü eleştiriden muaf olmayı düşünemezler. Dini inançlarının başkaları tarafından reddedilmesine ve hatta kendi inançlarına düşman olan doktrinlerin başkaları tarafından yayılmasına müsamaha göstermeli ve bunu kabul etmelidirler.” diyerek din özgürlüğünü kullananlara seslenmiş; “Bununla birlikte, dini inançlara karşı çıkma veya reddetme biçimi, bazı hakları özellikle 9. madde kapsamında güvence altına alınan hakların korunması sorumluluğunu taraf devlete yükleyebilir. Gerçekten de aşırı durumlarda, dini inançlara karşı çıkma veya reddetme eylemleri inanç sahiplerinin bu inançları benimseme ve ifade etme özgürlüklerini engelleyecek etkide olabilir. 9. maddede güvence altına alınmış olan inananların dini duygularına saygı hakkına müdahale edilmesi demokratik toplumun bir özelliği olan hoşgörü ruhunun kötü niyetli bir ihlali olarak değerlendirilebilir.”⁵³ diyerek de ifade özgürlüğünü kullananlara seslenmiştir. Davada, devletin ifade özgürlüğünü ihlal etmediği yönünde karar verilmiştir. Siyasi ve politik alanlardaki tutumun aksine ahlaki ve dini konularda ifade özgürlüğüne getirilecek istisnaların dar yorumlanması gerektiği çok dikkate alınmamıştır⁵⁴. Dikkat edilecek olursa daha önceki Choudhury v. Birleşik Krallık kararında Komisyonun dini duygulara yaklaşımı ile bu davada Mahkemenin dini duygulara yaklaşımı birbiri ile çelişmektedir. Din karşıtı görüşlerin 9. maddenin garantisi altında bulunan başkalarının dini duygularına saygılı olacak şekilde dışa vurulması gerektiği ilk defa bu kadar açık belirtilmiştir.

Mahkeme kararını gerekçelendirirken, devletin ifade özgürlüğüne yaptığı müdahalenin başkalarının haklarının korunması ve spesifik olarak dini duyguların korunmasını amaçladığı için meşru amaca uygunluk şartının sağlandığını kabul etmiştir. Gerçekten de devletlerin dine yönelik söylemler bakımından ifade özgürlüğünü kısıtlarken gösterdikleri meşru amaçlar arasında en sık başkalarının haklarının korunması kavramına rastlanır⁵⁵. Dinlere karşı hakaret içerikli sözlerden dolayı, taraf devletler o

dinin mensuplarının tahrik olabileceklerini ve protestolar, eylemler yapabileceklerini iddia edebilirler. Böyle bir durumda da kamu güvenliği sebebiyle ifade özgürlüklerinin sınırlandırılması yoluna gidilebilmektedir⁵⁶. Bununla birlikte, din karşıtı ifadelerin değil bu ifadelere tepki gösteren büyük toplulukların kamu düzenini bozduğu, sert eleştiri yapanların dini radikallerce hedef gösterildiği, ifadelerinden dolayı yaptırıma uğrayan kişilerin yıllar sonra bile tehdit ve linçlerle karşılaştığı dile getirilmektedir⁵⁷. Son olarak genel ahlak sebebiyle de ifadelerin sınırlandırılması meşru görülebilmektedir. AİHM’in din ile ahlak arasında bir çeşit benzerlik ilişkisi kurduğu, din ve dini duyguları kapsayan genel ahlak kavramı sebebiyle ifade özgürlüğü kısıtlamalarının da Mahkemece kabul edilebileceği aktarılmaktadır⁵⁸. Değerlendirmede üçüncü kriter olan müdahalenin öngörülebilir bir yasa ile düzenlenip düzenlenmediği yani kanunilik ilkesi de dikkate alınmıştır. Mahkeme, demokratik toplumda gereklilik konusunda ise din ve ahlak gibi konularda ortak bir Avrupa konsensüsü bulunmamasından hareketle din karşıtı ifadelerle dair yasaklar konusunda ulusal mahkemelerin geniş bir takdir marjı⁵⁹ olduğunu söylemiştir⁶⁰. Başka bir deyişle, AİHM’e göre dini ve ahlaki konularda ülkeleri ile doğrudan ve sürekli temasta bulunmaları sebebiyle ulusal yargıçlar uluslararası yargıçlara göre daha iyi bir konumdadır⁶¹.

Konsensüs sağlanan konularda takdir marjının dar olması temel haklar ve özgürlükler lehineyken, konsensüs bulunmayan konularda takdir marjının geniş olması taraf devletler lehinedir. Bunun ise temel haklar ve özgürlüklerin korunması açısından çok olumlu gözükmediği belirtilmektedir. Bu noktada, konsensüs bulunmayan konularda taraf devletlere geniş takdir marjı sağlanması adından sonra sözleşmenin temelinde yer alan çoğulculuk ve açık fikirlilik anlayışlarının ikinci bir süzgeç olarak kullanılabileceği önerilmektedir⁶².

Otto Preminger Enstitüsü davasında Mahkemenin izlediği tutuma pek çok eleştiri yöneltmiştir. İlk olarak, tüm Avrupa’da ortak bir fikir anlayışının olmamasından hareketle devletlere daha geniş bir takdir marjı tanınmasının bazı riskleri olduğu düşünülmektedir. İlk olarak, dinlere dair karşıt görüşler söz konusu olduğunda inananlarda oluşan hassasiyet devletin de gücü ile birleşince ifade özgürlüğünü neredeyse yok edebilmektedir⁶³. Ayrıca, dine daha az bağlı toplumlarda alaycı, aşağılayıcı sözler dine hakaret olarak görülmeyebilirken dine daha çok bağlı toplumlarda bunlar hakaret olarak görülüp ifade özgürlüğünün taraf devletler tarafından kısıtlanması meşru görülebilir. Temelinde evrensellik iddiası bulunan bir sözleşmedeki hakka sağlanan güvencenin bölgeden bölgeye, toplumdan topluma değişebilir olduğudüşüncesi eleştiri konusu olmuştur⁶⁴. Üstelik dine

⁵⁰ Otto Preminger Enstitüsü v. Avusturya, 13470/87, 20.09.1994.

⁵¹ KETHÜDA, s. 146.

⁵² “Günaha Son Çağrı” adlı filmde Tanrı, Şeytan’ın önünde eğilen güçsüz ve halsiz bir ihtiyar, Hz. İsa düşük zekalı biri, Hz. Meryem ise şehvete düşkün biri olarak gösterilmektedir. Üçü birlikte, ahlaksızlığı nedeniyle insanlığı cezalandırmak isterler. İnsanlığın tamamen yok olma ihtimalini istemedikleri için kurtulma imkanı da olan bir durum ararlar. Bunun için Şeytana danışırlar. Şeytan da kadın ile erkeğin cinsel yoldan birbirlerine bulaştırdığı bir hastalık olan “frengi”nin ortaya çıkmasını sağlayarak onlara yardım eder. Filmde Tanrı, İsa ve Meryem hep birlikte Şeytanı alkışlar.

⁵³ Otto Preminger Enstitüsü v. Avusturya, 13470/87, 20.09.1994, p. 47.

⁵⁴ LESTER, Anthony, “İncitme hakkı”, İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler, Yıl: 2016, s. 276.

⁵⁵ GUERRA, s. 288.

⁵⁶ KAYA, s. 558.

⁵⁷ KAYA, s. 552.

⁵⁸ DİNÇER, s. 1109.

⁵⁹ AİHS ve ek protokollerde bir dayanağı bulunmayan “takdir marjı doktrini”, sözleşmedeki yükümlülüklerinin yerine getirilebilmesi için taraf devletlere tanınan bir değerlendirme keyfiyeti, hareket alanıdır. Daha fazla bilgi için: ŞİRİN, Tolga, “TAKDİR MARJI DOKTRİNİ VE TÜRKİYE ANAYASA MAHKEMESİ AÇISINDAN ANLAMI”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 4, Yıl: 2013, s. 358-99.

⁶⁰ DİNÇER, s. 1111,1112.

⁶¹ Handyside v. Birleşik Krallık, 5493/72, 07.12.1976, p. 48.

⁶² KETHÜDA, s. 143,144.

⁶³ ORAN, s. 116.

⁶⁴ DİNÇER, s. 1110.

hakaret konusunda aynı dinin farklı kolları arasında bile farklılıklar olabilir ve bir mezhebin doğru kabul ettiğini diğer mezhep hakaret ya da inkar olarak görebilirken⁶⁵ ya da farklı dinler arasında birbirlerinin temel esaslarına dair farklılıklar çok belirgin⁶⁶ ülkeler arasında farklılıkların olması kaçınılmazdır. Böylesine değişken bir olgudan kaynaklanan durumları evrensellik, çoğulculuk, hoşgörü gibi kavramlar ışığında tek bir makamın denetlemesi farklı bölgeler ya da toplumlara adaletin aynı şekilde ulaşabilmesi açısından daha hakkaniyetli olacaktır.

Mahkemenin verdiği kararlarda sürekli zikretmiş olduğu çoğulculuk kavramına burada çok yer vermemesi de diğer bir eleştiri konusu olmuştur. Kararında, Tyrol halkının çok büyük bir kısmının Katolik inancına sahip olduğunu söyleyen Mahkeme, siyasi konulardaki tutumunun aksine dini ve ahlaki konularda çoğunlukçu bir bakış açısına sahiptir⁶⁷.

Diğer bir hususise devletlere tanınan takdir marjının genişlemesi Mahkemenin ölçülülük denetiminin de daralmasına yol açmaktadır. Karara konu olan filmin izlenmesi için yaş sınırı koyulmasına ve film gösteriminin paralı olup yalnızca altı kez yapılacak olmasına rağmen filmemüdahale edilmiş ve AİHM tarafından da başvuruda ifade özgürlüğü ihlalinin bulunmadığına karar verilmiştir. Bu durum ölçülülük denetiminin yeterli derece yapılmadığı konusunda belirsizlik yaratmaktadır⁶⁸. Sonuç olarak, Mahkemenin denge kurmakta başarısız olduğu ve böyle bir film gösteriminin toplumun büyük çoğunluğunda infial yaratacağına dair çok az kanıtın olduğu değerlendirmeleri yapılmıştır⁶⁹.

En fazla karşıt görüş alan nokta ise dini duyguların korunmasının ifade özgürlüğünü kısıtlamada bir sebep olabileceğini söyleyen yaklaşımdır. Öncelikle, Sözleşme'nin 9. maddesinde açıkça belirtilmeyen dini duyguların korunması sadece bu duygulara karşı dini bir grubun itibarını zedeleyecek şekilde saldırıldığında veya bireylerin inançlarını özgürce ifade etmelerini engelleyecek hoşgörüsüz bir tehlike ortamının var olması ihtimalinde geçerli olacaktır⁷⁰.

Mahkemenin dini duyguları din özgürlüğü kapsamında gören bakış açısı toplumsal hayatın neredeyse tümüne dair buyruklar içeren dinsel konularda kamusal alanlarda neyin ifade edilip neyin ifade edilmeyeceğine de dinlerin onay vermesi gibi bir sonuca yol açabilir. Bu yaklaşım modern ve seküler toplumlarda bireylerin sıkça çatışmalar yaşamasına sebebiyet verebilir. Ayrıca inançlara yönelik eleştiri ya da radikal söylemlerin her zaman

bir inananın dini duygusunu zedeleyebileceği ve bunun sürekli ileri sürülebilecek bir müdahale sebebi olabileceği söylenmektedir⁷¹. Madde 9'un vatandaşların dini duygularının korunmasını ne ölçüde garanti altına aldığı da bir başka merak konusudur. Otto Preminger Enstitüsü kararında karşıt görüşte olan üç yargıç, din özgürlüğünün dini duyguları koruduğunu açıkça reddetmiştir⁷².

Daha etik ve ahlaki açıdan yaklaşan bir fikre göre ise yapılması gereken şeyler ile başkalarının bunu yapmamıza dair haklarının olduğu birbirinden tamamen farklı kavramlardır. Partnere sadık olmak, yalan söylememek, arkadaşların doğum günlerini hatırlamak iyi ya da yapılması gereken şeylerdir. Fakat bunlar yapılmadığı takdirde insanların kolektif bir güçle bunu karşı taraftakilere yaptırma hakları söz konusu olmayacaktır. Bütün bunların yapılması bireyleri daha centilmen, daha kibar veya daha iyi insanlara dönüştürebilir ancak bunların yapılıp yapılmaması da devleti değil sadece bireyleri ilgilendirir. Devletler, yapınca daha iyi olan şeylerin yapılmaması durumunda bunu sebep göstererek vatandaşlarını cezalandırmamalıdır. Eğer bunu seçmek insanların özgür iradesiyse ve bütün insanlar eşitse böyle bir çatışma söz konusu olduğunda devletin aradan çekilmesi ve taraf olmaması gerekir⁷³. Dolayısıyla, dini duyguların incindiği iddiasıyla din özgürlüğü hakkını ileri sürmek “ceza kanunları, devlet, suçlar...” gibi kavramların yer almadığı başka bir platformda ya da düzende var olmalıdır.

Tüm bu muhalif görüşler AİHM tarafından dikkatle takip edilmiş olacaktır ki Mahkeme yaklaşık iki yıl sonraki kararında dini duygulara yönelik net değerlendirmeler yapmaktan kaçınmıştır. Wingrove v. Birleşik Krallık kararındaki olaylara göre; bir rahibinin Hz. İsa ile ilgili erotik rüyalarını içeren “Ecstasy Visions” adlı bir video esere İngiliz Film Sınıflandırma Kurulu tarafından sertifika verilmemiştir. Kurul ret gerekçesini “Böyle bir filmin kamuoyunda paylaşılması dindar Hristiyanları öfkeli edebilir ve onların duygularının incinmesine yol açabilir.” diyerek belirtmiştir. Filmin yönetmeni de yerel mahkemeye başvurmuş fakat iddiası filmin gösterimine izin verilmesiyle dine hakaret suçunun işleneceği gerekçe gösterilerek kabul edilmemiştir. Ardından AİHM’in önüne gelen davada, başvuruçunun ifade özgürlüğünün 10. maddenin ikinci fıkrasında yer alan başkalarının hakları sebebiyle sınırlandırılması uygun bulunmuştur⁷⁴.

Otto Preminger Enstitüsü kararında dini duyguların korunmasının 9. madde garantisi altında olduğunu söyleyen Mahkemenin, yeni kararında dini duyguların korunmasının 9. maddenin ruhuyla aynı amacı taşıdığını belirtmesi dikkat çekicidir⁷⁵. Mahkeme adeta bilerek içtihadını değiştirmiş ve din özgürlüğünün dini duyguları da kapsadığına dair önceki tespitlerinden kaçınmıştır⁷⁶.

Mahkemenin Otto Preminger Enstitüsü kararındaki eleştirilen bazı olguların bu kararda tekrar etmesibu konuda karşıt fikirlere sebebiyet vermiştir. Başvuruçunun filmin yaş sınırına sahip olması, yalnızca seks mağazalarında ve kılıf içinde satılacağı, filmin çok

⁶⁵ KAYA, s. 556.

⁶⁶ Gerçekten de iki farklı dinin temel görüşleri birbiri ile taban tabana zıt olabilir. Örneğin Hz. İsa'nın Tanrının oğlu olmadığını söylemek İslamiyet için belki de en önemli kabullerden biri iken tam tersi de Hristiyanlık açısından geçerlidir. Hz. İsa'nın Tanrının oğlu olduğunu söyleyen bir Hristiyan'ın görüşü Müslüman biri için dine hakaret olarak görülebilir. Daha detaylı değerlendirmeler için: Yusuf Enes Kaya, “İnsan Hakları Hukuku Açısından Dine Hakaret Olgusu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 74, Sayı 2, (2016), s. 549-571.

⁶⁷ İNCEOĞLU, s. 114.

⁶⁸ DİNÇER, s. 1114.

⁶⁹ LETSAS, George, “Is there a right not to be offended in one's religious beliefs?”, Law, State and Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas, editörler Lorenzo Zucca and Camil Ungureanu, Cambridge University Press, Online Baskı, 2020, s. 9.

⁷⁰ MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, “Freedom of Expression versus Freedom of Religion in the European Court of Human Rights”, Yıl: 2007, s. 267.

⁷¹ ÖZAR, Süleyman, “İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜ KISITLAMADA MEŞRU BİR AMAÇ OLARAK DİNİ DUYGULARIN KORUNMASI: “E.S. v. AVUSTURYA” DAVASI”, Adalet Dergisi, Cilt:0, Sayı: 65, Yıl: 2020, s. 385.

⁷² MARTÍNEZ-TORRÓN, s. 239.

⁷³ LETSAS, s. 16.

⁷⁴ Wingrove-Birleşik Krallık, 17419/90, 25.11.1996.

⁷⁵ KETHÜDA, s. 137,138.

⁷⁶ ŞİRİN, s. 538.

sınırlı bir izleyici kitlesine sahip olduğu ve dolayısıyla bir Hristiyan'ın bu videoyu görme ihtimalinin çok düşük olduğu iddiaları görmezden gelinmiştir⁷⁷.

Türkiye'nin davalı devlet olarak yer aldığı İ.A. v. Türkiye davasında ise mahkeme artık yaklaşımını ifade özgürlüğünü lehine artırmaya başlamıştır. Başvurucu bir yayınevinin sahibi ve yöneticisidir. 1993'te Abdullah Rıza Ergüven'in "Yasak Tümceler" adlı bir romanı başvurunun yayınevi tarafından yayımlanmıştır. İlgili yazarın kitabında felsefe, din ve başka konular hakkında kişisel görüşlere yer verilmiştir. Bu kitabın iki bin adet baskısı olmuştur. 1994'te İstanbul Cumhuriyet Savcılığı basılan kitapta "Allah'a, dine, peygambere ve kutsal kitaba" hakaret bulunduğu gerekçesiyle ilgili yayınevi sahibi hakkında iddianame düzenlemiştir. Sonraki süreçte Asliye Hukuk Mahkemesi başvuru hakkında iki yıl hapis ve para cezasına hükmetmiş fakat hapis cezasını para cezasına çevirmiştir. Yargıtay'a da giden başvurunun iddiası reddedilmiş ve dava AİHM önüne gelmiştir. İlgili kararda Mahkeme; çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik kavramlarının demokratik toplumun unsurları olduğunu ve inananların her türlü eleştiriden uzak olabileceğini düşünmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre; ilgili başvuruda yalnızca dine değil, kutsal sayılan pek çok değere hakaret bulunmaktadır. Halkın büyük bir çoğunluğunun Müslüman olduğu Türkiye'de söz konusu dine yönelik ağır eleştiriler ifade özgürlüğünün sorumluluklarına yerine getirmemektedir. Müdahale, toplumsal yapıdan kaynaklanan saldırıların önlenmesi adına yapılmıştır. Tedbirler yeterli ölçüdedir ve taraf devlet de takdir yetkisini aşmamıştır. Ayrıca, kitap hakkında toplatılma kararı verilmediği, verilen hapis cezasının para cezasına çevrildiği de belirtilmiştir. Bu noktada sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edilmediğineüç karşı dört oyla karar verilmiştir⁷⁸.

Mahkeme bu kararında ifade özgürlüğünün içeriğini sınırlamak konusunda yeni bir yaklaşım göstermiştir. İfade özgürlüğünü kullanmanın sorumluluklarını hatırlattıktan sonra dini inançlara yönelik saldırgan ifadelerin haksız bir boyuta ulaştığı takdirde bunların ifade özgürlüğünün korumasından yararlanamayacağını belirtmiştir. Bir başka deyişle, "haksız yere saldırgan" kavramının önerilmesiyle yapılan eleştirilerin bir amaç taşıması gerektiği, böyle bir amaca sahip olmayan eleştirilerin ifade özgürlüğü olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir⁷⁹.

Mahkemenin, İ.A. v. Türkiye kararını verirken ilgili kitaptaki görüşlerin tahkir edici olduğuna dair çok kısa bir açıklamayla tatmin olduğuna dair eleştiriler bulunmaktadır. Mahkemenin olgusal kanıtların analizini hukuki gerekçelendirmede dikkate almadığı belirtilmektedir⁸⁰. Ayrıca bu yaklaşımın Mahkemenin diğer kararlarında da görüldüğü söylenmektedir. Öyle ki AİHM önüne gelen davalarda ifade özgürlüğü ile din özgürlüğü çatışmalarına dair rutin bir tekrar yapmakta, ilkelerin uygulandığı olayların hukuki tahlilini kısa, belirsiz ve hatta bazen dikkatsizce yapmaktadır. Üç yargıcın bu karara muhalif kalmasında Mahkemenin sürdürdüğü bu eğilim de etkili olmuştur⁸¹. Yargıçlar; Handyside v. Birleşik Krallık kararına atıfta bulunarak muhalif, rahatsız edici ve çarpıcı söylemlerin de ifade özgürlüğünden yararlanması gerektiğini belirtmiş, bunların öylesine dile getirilen

büyülü sözler haline gelmemesi, ciddiye alınması ve diğer kararlara ilham olması gerektiğini ifade etmişlerdir⁸². Son olarak karara muhalif kalan yargıçların eklediği diğer bir husus ise her ne kadar verilen ceza orantılı olsa da basın alanında hafif yaptırımların bile eserlerini yayınlarken editörler üzerinde "chilling effect" yani caydırıcı bir etki oluşturabilmesidir. Bunun sonucunda da kişi kendi eserinde oto-sansürlere gitmekte ve dolayısıyla bu durum demokrasi ve ifade özgürlüğü adına tehlikeler yaratabilmektedir⁸³.

Daha sonraki tarihlerde ise devletlerin ifade özgürlüğünü ihlal ettikleri sonucuna varılmış AİHM kararlarının arttığı görülmektedir. Birbirine çok yakın zamanlarda karara bağlanmış iki başvuru konuları itibarıyla de benzerlik göstermektedir. Giniewski v. Fransa davasında gazeteci, sosyolog ve tarihçi olan Paul Giniewski bir gazetede II. John Paul'un bir eseri üzerine makale yazmıştır. Makalede, Katolik Kilisesi'nin Yahudi karşıtlığını artırdığını iddia etmiş ve kutsal kitabın tutumunun antisemitizmin yayılmasında bir sebep olduğunu ileri sürmüştür. Bunun üzerine bir dernek makalenin Hristiyan cemaati için hakaret ve karalama içerdiği gerekçeleriyle şikayette bulunmuş, yerel mahkeme de başkalarının hakları ve şöhreti sebebinin gerekçe göstererek ifade özgürlüğüne müdahalede bulunmuştur. Başvurucunun davayı AİHM'e götürmesi sonucunda ilgili davada ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Makalede her ne kadar ilgili eser ve Papa eleştirilse de bu ifadelerin bütün Hristiyanlığı kapsadığı iddiası geçerli sayılmamıştır. Mahkeme, başvurunun Holokost ile ilgili argümanlar geliştirdiğini öne sürmüş ve bunun kamusal tartışmaya katkı sağlayacağını belirtmiştir. Ayrıca ifadelerin gereksiz yere saldırgan olmadığının da altı çizilmiştir. Sonuç olarak, taraf devletin başvurunun ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar verilmiştir⁸⁴.

Buna benzer bir diğer karar olan Aydın Tatlav v. Türkiye davasında Gazeteci olan başvuran, "İslamiyet Gerçeği" isimli 5 ciltlik bir kitabın yazarıdır. Kuran'ı akademik olarak yorumlayıp eleştirdiği eserinin 5. cildinin ardından hakkında Eski Türk Ceza Kanunu'nda bulunan "dinlerden birini tahkir etmek amacıyla yayın yapmak" suçundan dolayı ihbarda bulunulmuştur. Başvurucu, kitabının akademik bir eser olduğunu ve esasen dinin kullanıldığı siyaseti eleştirdiğini ifade etse de Ankara 2. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından başvuru hakkında 12 ay hapis ve adli para cezasına hükmedilmiş, hapis cezası para cezasına çevrilmiştir. Daha sonra Yargıtay önüne gelen davada dine hakaret içerikli sözlerin olduğu onanmış ve başvuru AİHM'e gitmiştir. Başvurucu, sözleşmenin 10. maddesi ile teminat altına alınan ifade özgürlüğüne haksız müdahalede bulunulduğunu iddia etmiştir. AİHM önüne gelen davada dine yönelik ağır eleştirilerin olduğunu kabul etmiştir. Söz konusu eserde sosyal adaletsizliklerin Tanrı'nın bir isteğiymiş gibi belirtildiği ifadeler bulunmaktadır. Bununla birlikte, inançsız birinin dine bakış açısını içeren eleştirel bir eserin söz konusu olmasından ve inananların kişiliğini doğrudan hedef alarak onları aşağılayan bir tutum sergilememesinden hareketle başvurunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmedilmiştir⁸⁵.

⁷⁷ İNCEOĞLU, s. 118.

⁷⁸ İ.A. v. Türkiye, 42571/98, 13.09.2005.

⁷⁹ DİNÇER, s. 1121.

⁸⁰ MARTÍNEZ-TORRÓN, s. 243.

⁸¹ MARTÍNEZ-TORRÓN, s. 244.

⁸² İ.A. v. Türkiye kararına karşı oy, p. 1.

⁸³ İ.A. v. Türkiye kararına karşı oy, p. 6.

⁸⁴ Giniewski v. Fransa, 64016/00, 31.01.2006.

⁸⁵ Aydın Tatlav v. Türkiye, 50692/99, 02.05.2006.

Mahkemenin hakaret içerdiği iddia edilen ifadelerin sınırlandırılması konusunda devletleri denetlerken takındığı görev amaçsız ifadelerin mi yoksa kamusal tartışmalara katkı sağlayan ifadelerin mi olduğunu incelemektir. İlgili iki kararın benzerliği bu noktada birleşmektedir. *Giniewski v. Fransa* kararındaki eserin insanlığa karşı işlenmiş en ağır suçlardan biri hakkında tartışmalar ve değerlendirmeler içerdiği; *Aydın Tatlav v. Türkiye* kararındaki eserin de inançsız birinin din hakkındaki kişisel ve sosyopolitik görüşlerini içerdiği belirtilmiştir⁸⁶. Sonuç olarak kararlardaki ifadelerin amaçsızca değil, toplumun faydasına sunulmuş değerlendirmeler olduğu söylenmiştir.

Kamusal tartışmaya katkı konusunda bazı endişeler de bulunmaktadır. Örneğin dini duygular ile ifade özgürlüğünün karşılaştığı davalar söz konusu olduğunda “kamusal tartışmaya katkı sunan ifadeler” ile “amaçsızca yapılmış değersizleştirici ifadeler” arasında bir seçim yapmanın AİHM’in karar verme sürecindeki yumuşak karnı olduğu söylenmektedir. Ayrıca kişisel değer yargılarının söz konusu olduğu ifadelerin açığa vurulmasında kamusal tartışmaya katkı unsurunu da inceleyen Mahkemenin bilimsel bir tartışmanın kurallarını belirleyen bir özneye dönüşerek liberal demokrasiyle çeliştiği belirtilmektedir⁸⁷.

Diğerlerine göre daha yakın tarihli olan *E.S v. Avusturya* kararında olayın içeriği her ne kadar *Aydın Tatlav v. Türkiye* kararına benzese de burada AİHM ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine hükmetmiştir. İlgili kararda, “İslam Hakkında Temel Bilgiler” adlı seminerler verilmektedir. İnternet sitesinde de halka duyurulmuş ve özellikle gençlerin katılımının hedeflendiği seminerlerden birinde başvuru, Hz. Muhammed’in 6 yaşındaki Ayşe ile evlenmesinin bugünkü değerlerle asla örtüşmeyeceğini söylemiş ve peygambere ağır hakaretler etmiştir. Bunun üzerine başvuru hakkında dinsel öğretileri aşağıladığı gerekçesiyle adli para cezası verilmiştir. İç hukuk yolları da tükendikten sonra AİHM’e gelen davada, başvuruçunun İslamya da çocuk evlilikleri hakkında kamusal tartışmalar yapmayı değil dinsel olarak saygıdeğer birisi olarak görülen Hz. Muhammed’i aşağılamak gibi bir amaca sahip olduğu düşünülmüştür. Din hakkındaki eleştirel meselelerin yer aldığı *Aydın Tatlav v. Türkiye* davasından farklı olan bu davada, taraf devletin tedbirinin ölçülü olduğuna hükmedilmiştir⁸⁸.

E.S v. Avusturya kararında en önemli hususlardan biri dini ve ahlaki konularda genellikle baskın dinin korunması eğilimine sahip AİHM, burada *Avusturya*’da azınlık olarak görülebilecek bir din olan Müslümanlığı korumuştur⁸⁹. Ayrıca kararda kamusal tartışmaya katkı kavramının da önemle vurgulandığı dikkat çekmektedir. Kamuyu ilgilendiren ya da kamuya açıklanmasında yarar bulunan ifadelerin çok sert bile olsa ifade özgürlüğü olarak değerlendirilip korunmasının mümkün olduğu düşünülmektedir⁹⁰.

Sonuç olarak dini duyguların korunmasına dair AİHM içtihatları incelendiğinde, Mahkeme; ilk olarak *Otto Preminger Enstitüsü v. Avusturya* kararında net bir biçimde dini duyguların 9. madde kapsamında olduğunu söylemiştir. Ardından *Wingrove v. Birleşik Krallık* kararında içtihadını değiştirerek dini duyguların korunmasını 9. maddenin kapsamında görmemiş

ve bunun yerine kavramın maddenin ruhuyla aynı amacı taşıdığını belirtmiştir. Sonraki kararlarda kamusal tartışmaya katkı sağlama ile amaçsızca değersizleştirme arasında seçim yaparak ilgili özgürlüğün ihlalini değerlendirmiştir. Mahkeme, dini eleştirilerin kısıtlanması konusunu denetlerken ifadelerin içeriğine değil, kullanım şekline bakmaktadır. Bu ifadelerin sınırlandırılmaları inananları doğrudan hedef aldığı veya herhangi bir amaç gütmeyişinde meşru olarak değerlendirilmektedir. Mahkemeye göre dinsel nefret söylemi, inananlara yönelik nefret içerdiği ya da bunu teşvik ettiği için din özgürlüğünü ihlal eden en ağır ifadelerdendir. Herhangi bir nefret söylemi unsuru barındırmasa dadine hakaret içeren ifadelerin amaçsızca yapıldığı durumlarda yine din özgürlüğü ihlal edilmektedir⁹¹. Nefret söylemine varmayan, inananları amaçsızca incitme amacı gütmeyen veya ibadet özgürlüğüne müdahalede bulunmayan ifadelerse ne kadar sert olursa olsun ifade özgürlüğü kapsamında görülmekte ve korunmaktadır.

IV. Öneriler

Dinin müstakil bir kurum olarak kanunlarla korunmasından vazgeçilmesi insan hakları hukuku açısından daha tutarlı olmuştur. Zira insan hakları hukukunun öznesi dinler değil, insanlardır⁹². Dolayısıyla, salt dinleri korumak yerine bu boyutla bireylerin kesiştiği nokta olan inanç sahiplerinin korunması daha hakkaniyetli bir tutumdur. Bununla birlikte dinlerle bağlantılı diğer bir kavram olan dini değerler, gereksiz yere saldırganlık veya kamusal tartışmaya katkı sunmama gibi diğer etkenlerin varlığı halinde korunabilmektedir. Bu olgular göz önüne alındığında AİHM’in din özgürlüğü ile ifade özgürlüğü arasında dengeli bir tutum izlemeye çalıştığı görülecektir. Bununla birlikte yine de belirsizlik taşıyan alanlara yönelik doktrinden pek çok öneri sunulmaktadır.

Öncelikle, aralarında ince bir çizgi bulunan dine hakaret ile dine eleştiri kavramlarının birbirinden güçlü bir şekilde ayrılması gerekmektedir. Bazen dine yönelik eleştiriler hakaret olarak görülebilmektedir⁹³. Aynı şekilde dinsel nefret ve dine hakaret arasında da bir ayırım yapılması önerilmektedir. Dine hakaretin liberal toplumlarda ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi, dinsel nefretin ise nefret söylemi kapsamında değerlendirilerek ifade özgürlüğünün kapsamı dışında bırakılması gerekmektedir⁹⁴.

2008 yılındaki Venedik Komisyonu Raporu’ndaki önerilere göre dine hakaret içeren söylemler nefreti teşvik etmedikçe sınırlandırılmamalıdır⁹⁵. Komisyon, dini duygulara saygının ihlali ve dine hakaret suçu karşılığında cezai yaptırımlar öngörülmesinin uygun olmadığını düşünmektedir⁹⁶. Nefret yayan ifadelerin dışındaki durumlara uygulanabilecek alternatif yaptırımlar da olduğu hatırlatılmaktadır⁹⁷. Aynı yöndeki bir başka düşünceye göre şiddet içermeyen ve kişisel görüşlere yer veren söylemlerin söz konusu olduğu durumlarda doğrudan ceza kanunları ile yaptırımlar öngörülmesi yerine şikayetçi taraf ile söylemin sahibinin birbiri ile uzlaşabilecekleri bir ortam sunulması, bu şekilde çözüme

⁸⁶ GUERRA, s. 292.

⁸⁷ ÖZAR, s. 388, 389.

⁸⁸ E.S. v. Avusturya, 38450, 25.10.2018.

⁸⁹ ÖZAR, s. 387.

⁹⁰ ÖZAR, s. 388.

⁹¹ GUERRA, s. 294.

⁹² GÖZLER, s. 176.

⁹³ KAYA, s. 551.

⁹⁴ KAYA, s. 554.

⁹⁵ European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission).

⁹⁶ Venice Commission Report, p. 92.

⁹⁷ Venice Commission Report, p. 93.

ulaşmayan konularda ise tazminata dair hukuki usulün işletilmesinin uygun bir yol olduğu önerilmektedir⁹⁸.

Amerika’da nefret söylemlerinin bile korunduğu bir hukuk düzeninin aksine Avrupa tarihsel ve politik şartlar sebebiyle⁹⁹ ırka ve dine dayalı nefret söylemlerini yasaklamaktadır¹⁰⁰. Fakat bu yaklaşıma ek olarak saldırgan hareketlere daha meyilli grupların nefret teşvikleriyle harekete geçmelerini önlemek adına bazı çağrılar da cezalandırılabilmesi gerektiğinin daha dengeli olduğu düşünülmektedir. Ayrıca, bu düzenlemenin Müslümanlara karşı nefreti artırma ihtimaline rağmen yine de onları kışkırtırcasına Kuran yakmak gibi kötü niyetli eylemleri önleme konusunda uygun bir yöntem olabileceği söylenmektedir¹⁰¹. Tam aksi yöndeki görüşler açısından isenefret söylemleri ifade özgürlüğünü kısıtlayacak bir araç haline gelmemeli ve bu özgürlük mümkün olduğunca az bir düzeyde sınırlandırılmalıdır¹⁰². Nefret içerikli ifadelerin kısıtlanması ilk bakışta iyi niyetli bir yaklaşım gibi gözükse de bunun aşırı dindar ya da aşırı seküler bireyler tarafından kötü niyetli kullanılabilecek bir unsur haline gelebileceği düşünülmektedir¹⁰³.

Dini ve ahlaki konulara dair hukuki ihtilafların çözülmesinde ulusal yargıçların genellikle daha iyi bir konumda olması sebebiyle oldukça sık kullanılan takdir marjının, bir sınır noktasına geldiğini belirten düşünceye göre¹⁰⁴, iki özgürlüğe dengeli bir biçimde yaklaşabilmek için geleneksel yöntemler yerine yeni çözüm yolları uygulanabilir. İlk olarak, haklar arasında bir hiyerarşi kurulması önerilmektedir. Bazı hakların temel ya da esas hak olarak merkezde yer alması bazılarının da ikincil haklar olarak daha dışarıda yer alması mümkündür. Örneğin din özgürlüğünün içsel ve dışsal olarak iki alanı bulunmaktadır. Dini seçme ya da seçmeme hakkının içsel alana dahil olması sebebiyle temel hak; ibadet, öğretim, ayin yapma haklarının da dışsal alanda olması sebebiyle ikincil hak olabileceği önerilmektedir¹⁰⁵. Böylece tam olarak hangi hakların çatışma yaşadığı sözleşmesel olarak da belirgin bir hale gelecek, ihtilaflar daha kolay çözülecektir. Pratik uyum ilkesi olarak bilinen yöntem sayesinde de çatışan iki özgürlükten birinin tamamen feda edilmesi yerine bunlar arasında bazı tavizlerin sağlanması ve böylece uyuma ulaşılması sağlanabilir¹⁰⁶.

⁹⁸ GÖKTEPE, Hüseyin, “AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA NEFRET SÖYLEMİ VE DİNE HAKARET”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı: 25, Yıl: 2016, s. 205.

⁹⁹ KARAN, s. 7.

¹⁰⁰ Gerçekten de bu iki ülkede ifade özgürlüğüne olan yaklaşımın temelinde bu devletlerin baskın ideolojilerinin etkili olduğu söylenebilir. Daha liberal olan Amerika’da fikirlerin bile rekabet etmesi gerektiği düşüncesinden hareketle “fikirler pazaryeri” ön planda iken, daha az liberal olan Avrupa’da ise II. Dünya Savaşı sonrasındaki trajedilerin de etkisiyle fikirlerin büyük bir serbestlikle ifade edilmesine şüpheyle yaklaşılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için: TULKENS, Françoise, “Söylem ne zaman eylemdir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ifade özgürlüğü ve nefret söylemi içtihatları” *İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler*, Yıl: 2016, s. 259-273.

¹⁰¹ LESTER, s. 280.

¹⁰² ÇELİK, Elif, “NEFRET SÖYLEMİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN NERESİNDE?” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 2, Yıl: 2013, s. 236.

¹⁰³ ORAN, s. 109.

¹⁰⁴ TULKENS, Françoise, “Conflicts between fundamental rights: contrasting views on Articles 9 and 10 of the European Convention on Human Rights”, *Blasphemy, insult and hatred: Finding answers in a democratic society*, Avrupa Konseyi Yayınevi, Sayı: 47, Yıl: 2010, s. 127.

¹⁰⁵ TULKENS, s. 128.

¹⁰⁶ TULKENS, s. 129.

E. Brems’in gözlemlediği gibi, din özgürlüğü ile ifade özgürlüğü aynı hiyerarşik düzeyde bulunsalar ve aynı ağırlıkta olsalar da mahkemelerce eşit bir şekilde değerlendirilememektedir¹⁰⁷. Teoride birbirinden daha ağır olmayan bu iki hakkın dengelenmesi ve pratikte de eşitliklerinin sağlanması ilgili öneriler de dikkate alınarak sağlanabilir.

V. Sonuç

AİHM kararları ve bunlara yer veren doktrin eserleri incelendiği takdirde mahkemenin karar verirken izlediği metodolojinin son yıllardabelirli ilkeler ışığında ilerlediği görülmektedir. İfade özgürlüğü lehine gittikçe daha detaylı incelemeler yapan Mahkeme, dine karşı amaçsız ve gereksiz hakaretlerin de sınırlandırılmasını doğru bulmaktadır. Basın ve yayın söz konusu olduğunda bu yaklaşımdan biraz uzaklaşılsa da ilgili devletlerin sunduğu gerekçeler de kararda dikkate alınmaktadır. Çoğunlukla mahkemeler, hükümetler veya devlet organları çatışmaları çözmekte esas aktörler olsa da bireylerin de göz önünde bulundurulması gereken şeylerin olduğu söylenebilir.

İlk olarak, dinlerin hiçbir zaman sorgulanamayacağı veya eleştirilemeyeceği gibi düşünceler yalnızca böyle düşünenleri ilgilendirmektedir. Toplumun tümünün böyle bir sorumluluğa sahip olduğunu söylemek çok güçlü bir iddiadır. İnanç sahipleri hakkında nefreti kışkırtan, onların ibadetlerini, seremonilerini engelleyen ifade ve davranışların AİHM tarafından korunmadığı dile getirilmişti. Bununla birlikte, gri alanda yer alan kavramların tamamen yasaklanması veya bu tarz ifadelerin her koşulda kısıtlanması gerektiğini söylemek hem çoğulcu toplum yapısına uygun düşmez hem de böyle bir durumun dinlere saygıyı artırma ihtimalinden öte nefreti artırma riski bulunmaktadır. Bireylerin yalnızca hoşlarına giden söz ve davranışların korunmasını, beğenmedikleri ya da incindiklerini iddia ettikleri söylemleri ise her türlü korumadan uzak bırakmayı istemesi hakkaniyete de uygun değildir. Ayrıca, dinlere yönelik olumsuz söylemler hakkında devletlerin daha az korumacı olmasını ve ifade özgürlüğünü bu noktada çok fazla kısıtlamamasını söylemek, bu yaklaşım sayesinde herkesin ifade özgürlüğünü yalnızca ama yalnızca dinleri karalamak için kullanacağı anlamına gelmemektedir. Bireyler bu özgürlüğü yine doğru bulduğu şekilde kullanacak, nefreti körükleyen, ibadet hakkını sınırlayan ve başkalarını da bu yönde harekete geçirebilecek eylemlerse zaten özgürlük kapsamında olmadığı için korunmayacaktır. Dolayısıyla inanç sahiplerinin bu noktada baskı altında hissetmesine gerek yoktur. Dini sorgulayan herhangi bir eserin, peygamberleri eleştiren herhangi bir filmin ya da dini değerlere yönelik sert bir ifadenin sırf sosyal hayatta bir yerlerde var olması bunların şiddetle sınırlandırılması anlamına gelmemelidir. Hakkın kötüye kullanılmadığı eylem ve davranışlarınsınırlanmayıp toplumun takdirine sunulması ve kimilerince beğenilip takip edilmesi, kimilerince de görmezden gelinerek takip edilmemesi mümkündür.

Bununla birlikte dine bağlılığı çok olmayan ya da kendini herhangi bir dine ait hissetmeyenlerin de bu yönleri sebebiyle dinleri özgürce, sınırsızca ve her şekilde eleştirebileceğini düşünmesi doğru olmayacaktır. Hoşgörünün ve hoşgörülü bir toplumun

¹⁰⁷ E. Brems, “Conflicting human rights: an exploration in the context of the right to a fair trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, 2005, p. 305; akt. TULKENS, Françoise, “Conflicts between fundamental rights: contrasting views on Articles 9 and 10 of the European Convention on Human Rights” s. 124.

sürekliliği için inanç sahiplerince gösterilmesigereken saygı ve toleransın diğer kesimler için de söz konusu olduğu söylenebilir. Din özgürlüğü ile ifade özgürlüğünün çatışması yerine uyum içinde varlığını sürdürebilmesi için bireylerin ortak bir çaba içerisinde olması gerekir. Dolayısıyla, sorumluluğun özgürlüğünbedeli olduğu bilinciyle;amaçsızca yapılan eleştiri ve hakaretlerden olabildiğince uzak duracak şekilde ifade özgürlüğünü kullanmak, bunun karşılığında da kamusal tartışmaya katkı sağlayan sert eleştirileri kabul edecek şekilde din özgürlüğünü kullanmak bu iki hassas kavramı Themis'in terazisinde dengelibicimde tutabilmenin bir yolu olabilir.

KAYNAKÇA

1. AĞIRBAŞLI, Şennur, “AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 2012, s. 83 – 102.
2. ALTIPARMAK, Kerem, “Kutsal Değerler Üzerine Tezler v. *İfade Özgürlüğü: Toplu Bir Cevap*” *İfade Özgürlüğü: İlkeler ve Türkiye*, Ed: Tanıl Bora, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007.
3. BİÇGİN, Eda, “İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN DAVALARDA ÜÇ AŞAMALI TEST KAPSAMINDA BAĞLAM DEĞERLENDİRMESİ”, *İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÜZERİNE MAKALELER ULUSLARARASI KAPANIŞ SEMPOZYUMUNA KATKI KİTABI*, Yıl: 2017, s. 87-111.
4. *Brittanica Encyclopedia of World Religions*, ed. Wendy Doniger, Chicago, 2006.
5. ÇELİK, Elif, “NEFRET SÖYLEMİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN NERESİNDE?” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 2, Yıl: 2013, s. 205-40.
6. DEMİR, Hande Seher, “AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI İŞİĞİNDE TÜRKİYEDE DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ”, *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Avrupa Birliği Hukuku Bilim Dalı (Yüksek Lisans Tezi)*, yıl: 2011, s. 1-182.
7. DEMİRSOY AŞIKOĞLU, Eda, “AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE DİNSEL RİTÜEL VE UYGULAMALARIN SINIRLANDIRILMASI”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:13, Sayı:2, Yıl: 2018, s. 447-495.
8. DERİN TÜRKOĞLU, Bengü Merve, “İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İÇ BOYUTU”, *TİHEK Akademik Dergisi*, Sayı: 8, Tarih: 2022, s. 121-142.
9. DİLBİRLİĞİ, Muhterem, “İNSAN HAKKI OLARAK, DİN ve VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SOSYOLOJİK ve FELSEFİ GELİŞİMİ: TARİHİ SÜREÇTE DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN ORTAYA ÇIKAN MODELLER”, *Adalet Dergisi*, Sayı: 66, Tarih 2021, s. 667-700.
10. DİNÇER, Hülya, “Bir Suç Olarak Dine Hakaret, İfade Özgürlüğü ve ‘Dini His’lere Tanınan Koruma”, PROF. DR. KÖKSAL BAYRAKTAR’A ARMAĞAN, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Yıl: 2010, s. 1101-26.
11. DOĞRU, Osman, NALBANT, Atilla, *İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ Açıklama ve Önemli Kararlar 2*. Cilt, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013, Cilt 2.
12. ERDOĞAN, Mustafa, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif”, *Liberal Düşünce Topluluğu E-dergi*, Sayı: 24, Yıl: 2001, s. 8-13. <http://www.liberal.org.tr/sayfa/demokratik-toplumda-ifade-ozgurlugu-ozgurlukcu-bir-perspektif-mustafa-erdogan,224.php>
13. EREN, Abdurrahman, “İNSAN HAKLARI HUKUKU BAKIMINDAN İSLAM PEYGAMBERİNİN KARİKATÜRÜNÜN ÇİZİLMESİ”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt:21, Sayı: 2, Yıl: 2015, s. 355-68.
14. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Report on the Relationship Between Freedom of Expression and Freedom of Religion: The Issue of Regulation and Prosecution of Blasphemy, Religious Onslaught and Incitement to Religious Hatred, 17-18 October 2008. Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu’nun (Venedik Komisyonu) İfade Özgürlüğü ile Din Özgürlüğü Arasındaki İlişkiye Dair Raporu.

15. GÖKTEPE, Hüseyin, “AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA NEFRET SÖYLEMİ VE DİNE HAKARET”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı: 25, Yıl: 2016, s. 169-211.
16. GÖZLER, Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*, 4. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2022.
17. GUERRA, Luis López, “Dine sövme ve hakaret fiilleri: Dini duyguların incitilmesi mi, özgürlüğe saldırı mı?” İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler, Yıl: 2016, s. 285-295.
18. İNCEOĞLU, Sibel, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk”, Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı, ed. Ece Göztepe, Ankara, *Türkiye Barolar Birliği Yayınları*, Yıl:2010, s. 83-129.
19. KARAN, Ulaş, İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ - *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 2*, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, 2018.
20. KAYA, Yusuf Enes, “İnsan Hakları Hukuku Açısından Dine Hakaret Olgusu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 74, Sayı: 2, Yıl: 2016, s. 549-71.
21. KETHÜDA, Enes, “İHAM KARARLARI IŞIĞINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İLE DİNİ HİSLERİN KORUNMASI HAKKININ ÇATIŞMASI SORUNU”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt:8, Sayı: 15, Yıl: 2019, s. 131-70.
22. LESTER, Anthony, “İncitme hakkı”, İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler, Yıl: 2016, s. 275-283.
23. LETSAS, George, “Is there a right not to be offended in one’s religious beliefs?”, *Law, State and Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas*, editörler Lorenzo Zucca and Camil Ungureanu, Cambridge University Press, Online Baskı, 2020, s. 239-60.
24. MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, “Freedom of Expression versus Freedom of Religion in the European Court of Human Rights”, Yıl: 2007, s. 233-269.
25. ORAN, Nurdan, “İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE DİN”, KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ SİYASET BİLİMİ VE KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI SİYASET BİLİM DALI (Yüksek Lisans Tezi), 2018, s. 1-138.
26. ÖZAR, Süleyman, “İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜ KISITLAMADA MEŞRU BİR AMAÇ OLARAK DİNİ DUYGULARIN KORUNMASI: “E.S. v. AVUSTURYA” DAVASI”, *Adalet Dergisi*, Cilt:0, Sayı: 65, Yıl: 2020, s. 365-394.
27. ÖZBEY, Özcan, “AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ IŞIĞINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KISITLAMALARI”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:106 , Yıl:2013 , s. 41-92.
28. RAZ, Joseph, “Free Expression and Personal Identification”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt 11, Sayı 3, (1991), s. 303-324.
29. ŞİRİN, Tolga, “TAKDİR MARJIDOKTRİNİ VE TÜRKİYE ANAYASAMAHKEMESİ AÇISINDAN ANLAM”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 4, Yıl: 2013, s. 358-99.
30. ŞİRİN, Tolga, “İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ, DİNİN VEYA DİNİ DUYGULARIN KORUNMASI AMACIYLA SINIRLANABİLİR Mİ?”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 10, Yıl: 2016, s. 528-50.
31. TEZİÇ, Erdoğan, “TÜRKİYE’DE SİYASAL DÜŞÜNCE VE ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:7 , Yıl: 1990 , s. 31-46.
32. TULKENS, Françoise, “Conflicts between fundamental rights: contrasting views on Articles 9 and 10 of the European Convention on Human Rights”, *Blasphemy, insult and*

- hatred: Finding answers in a democratic society, Avrupa Konseyi Yayınevi, Sayı: 47, Yıl: 2010, s. 121-132.
33. TULKENS, Françoise, “Söylem ne zaman eylemdir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ifade özgürlüğü ve nefret söylemi içtihatları” İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler, Yıl: 2016, s. 259-273.
34. TUMAY, Murat, “DEMOKRATİK TOPLUMDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI,İÇERİĞİ VE SINIRLARININ BELİRLENMESİ SORUNU”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, Yıl: 2019, s. 117-130.
35. YAYLA, Atilla, “İfade Hürriyeti Nedir ve Niçin Gereklidir?”, *Liberal Düşünce Dergisi*, Sayı: 50, Yıl: 2009, s. 159-175.

KARARLAR

Handyside-Birleşik Krallık	5493/72, 07.12.1976.
Gay News Ltd ve Lemon v. Birleşik Krallık	78710/79 1982
Choudhury-Birleşik Krallık	17439/90, 05.03.1991.
Kokkinakis v. Yunanistan	14307/88, 25.05.1993.
Otto Preminger Enstitüsü v. Avusturya	13470/87, 20.09.1994.
Wingrove v.Birleşik Krallık	17419/90, 25.11.1996.
İ.A. v. Türkiye	42571/98, 13.09.2005.
Giniewski v. Fransa	64016/00, 31.01.2006.
Aydın Tatlav v. Türkiye	50692/99, 02.05.2006.
Ben El Mahi ve diğerleri v. Danimarka	5853/06, 11.12.2006.
E.S. v. Avusturya	38450, 25.10.2018.

Web Siteleri

- <https://www.merriam-webster.com/dictionary/blasphemy>(Son Erişim: 26.07.2023)
- https://learninglink.oup.com/static/5c0e79ef50eddf00160f35ad/casebook_197.htm (Son Erişim: 29.07.2023)

TÜKETİCİ KANUNUNDA GENEL İŞLEM KOŞULLARI

Av. Burcu Ulusoy ÇANİ

1.Genel İşlem Koşulları Denetimine Duyulan İhtiyaç ve Tarihsel Gelişimi

Günümüzde her geçen gün kitlesel üretim artmakta olup topluma mal ve hizmet sunan işletmeler, uzman hukukçularına aleyhlerine çıkabilecek sorunları bertaraf edebilmek için benzer tipte sözleşmeler hazırlatmaya başlamışlardır. Bu tip sözleşmeler, küçük yazılarla, uzun metinler halinde ve çoğunlukla alıcının anlayamayacağı dilde hazırlanmaktadır. İşletmeler, bu tür sözleşmeler ile çoğu zaman kendi sorumluluklarını sınırlamayı veya ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Tüketici, çoğu zaman, sözleşme şartlarını okuyacak zamana ve bilgiye sahip değildir. Bu sebeple tüketici ile satıcı arasındaki sözleşme genellikle asli edimler üzerinde olmakta, diğer konular ise Genel İşlem Koşulu içinde düzenlenmekte olup bu şekilde haksız ve tek yanlı olarak hazırlanan sözleşme koşullarına karşı tüketicinin korunması gerekmektedir.¹

Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenlerin standart sözleşmelerin içeriği haline getirmek istedikleri şartlar, genellikle kendilerinin sorumluluğunu sınırlandırıcı veya ortadan kaldırıcı bir amaca yöneliktir. Genellikle tüketicinin anlayamayacağı bir dille yazılan bu şartları tüketici, çoğunlukla okuyacak zamana ve anlayacak entelektüel bilgiye sahip değildir. Gerçi tüketicinin bu şartları okuyacak zamana ve anlayacak entelektüel bilgiye sahip olmasının da çoğu zaman hiçbir anlamı bulunmamaktadır. Çünkü satıcı, sağlayıcı ve kredi veren bu şartları tüketiciyle müzakere etmeye dahi yanaşmamaktadır. Kuvvetli konumda bulunan satıcı, sağlayıcı veya kredi veren, zayıf ve ihtiyaç sahibi tüketiciyi “ya bu şartlarla sözleşme yap ya da mal veya hizmeti almaktan vazgeç” seçeneği ile karşı karşıya bırakmaktadır. Bu nedenle tüketiciyi fahiş fiyatlara, yanıltıcı reklamlara, ürün bozukluklarına, ifa eksiklik ve aksaklıklarına karşı özel olarak koruma zorunluluğu bulunmaktadır.²

Türk hukukunda tüketici sözleşmeleriyle sınırlı da olsa, konuya ilişkin önemli bir düzenleme, 23.2.1995 tarih ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da değişiklik yapılmasını öngören 6.3.2003 tarih ve 4822 sayılı Kanunla (RG. 14.3.2003) yapılmıştır. 4077 sayılı Kanunun “sözleşmelerdeki haksız şartlar” başlığını taşıyan değişik 6. Maddesine göre, “ Satıcı veya sağlayıcının, tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde, iyi niyet kurallarına aykırı düşecek biçimde, tüketici aleyhine önemli bir dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir.”³

Aynı kurallar bugün 6502 Sayılı TKHK’nin 5.maddesinde “Tüketici Sözleşmesinde Haksız Şartlar” başlığı altında düzenlenmektedir. İlgili hükümler sadece bir tarafın tüketici olduğu tüketim sözleşmelerinde uygulanabilecekken taraflardan birinin tüketici olmadığı sözleşmelerde genel işlem şartlarının sınırlandırılması ise, ilk kez yeni BK’nın m20-25 hükümleri ile düzenlenmiştir.

TKHK m.5 hükümlerinin TBK m.20-25 hükümlerine göre “özel hüküm” oluşturduğu kabul edilmelidir. Buna göre, bir tüketici sözleşmesinde TKHK m.5 düzenlemesinde hüküm varken tüketici TBK m20-25 hükümlerine başvuramaz. TBK m20-25 hükümleri tüketici sözleşmelerine, ancak TKHK m.5 hükümlerinde boşluk bulunduğu ölçüde bu boşluğu doldurmak üzere uygulanabilir⁴

Ayrıca belirtmek gerekirse; 6502 sayılı Kanunun 5. Maddesi haksız şartlara yönelik 93/13 sayılı AB Yönergesinin 3.maddesinden hemen hemen aynen alınmıştır. Maddenin son fıkrasına göre: “Bakanlık standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların tespit edilmesine ve bunların sözleşme metninden çıkartılmasının sağlanmasına ilişkin usul ve esasları belirler” şeklindeki düzenlemeden yola çıkan Bakanlık, bu yönergeden de esinlenerek 4077 sayılı Kanun zamanında Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik hazırlamıştı. Bu yönetmelik 6502 sayılı Kanuna uyarlanarak yeniden hazırlanmaya kadar ilgili kanuna aykırı olmayan hükümleri aynen uygulanacaktı. 6502 sayılı Kanuna uyarlanarak hazırlanan yeni “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik” 17.06.2014 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girdiğinden, bu tarihten itibaren yeni Yönetmelik uygulama alanı bulmuştur. Doğal olarak yeni Yönetmelik eski 13.6.2003 tarihli Yönetmeliği yürürlükten kaldırmıştır.⁵

2. Genel İşlem Koşulu ve Haksız Şart Kavramı İle Bunlara İlişkin Pozitif Düzenlemeler

Standart sözleşme, genel işlem koşulu ve haksız şart aynı kavramlar değildir. Standart sözleşmelerin içerdiği sözleşme hükümlerine genel işlem koşulu adı verilir. Tüketici işlemi niteliğindeki standart sözleşmede yer alan genel işlem koşullarından belli nitelikleri taşıyanlar ise haksız şart olarak isimlendirilir.

TBK m.20 f.1 hükmünde düzenleyenin ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri genel işlem koşulu olarak nitelendirilmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da “tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulan kayıtlar” şeklinde yer alan ifadeden hareketle, sözleşmede yer alan bir kaydın haksız şart olarak kabul edilebilmesi için gereken unsurlardan biri olarak, tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulması gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, sözleşme kayıtları, müzakere edildiği ölçüde denetim dışında bırakılmıştır. Dikkat edilirse TBK m.20/I hükmü ile TKHK m.5/I hükümlerinin üzerinde denetim yapılacağı sözleşme kayıtlarının niteliği bakımından aradığı şartlar farklıdır. Zira TBK m.20-25 hükümlerine göre GİK denetimi yapılabilmesi

¹ Aslan, Y. (2022). Tüketici Hukuku Dersleri. Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 9.bs. s.34.

² Karadağ, Ö. (2023). Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Yetkin Yayınları, Ankara s.195-196.

³ Reisoğlu, S. (2014). Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 25.bs, s.74.

⁴ Oğuzman, K. Öz, T. (2018). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1. Vedat Kitapçılık, İstanbul, 16.bs, s.161-162.

⁵ Aydoğdu, F. Kahveci, N. (2022). Genel İşlem Koşulları Şerhi. Adalet Yayınevi, Ankara, 2.b. s.41-42.

için düzenleyenin ileride pek çok sayıda sözleşmede kullanmak üzere, önceden ve tek taraflı olarak hazırlayarak değiştirilmeden sözleşmeye dahil edilmesi gayesi karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri gerekirken TKHK m.5/I hükmüne göre haksız şart denetimi yapılabilmesi için sözleşme hükmünün pek çok sayıda sözleşmede kullanmak amacıyla ve önceden hazırlanması gerekmekte, tüketiciyle müzakere edilmemesi yeterli görülmektedir.

Buna göre haksız şart kavramı genel işlem koşulu kavramından daha geniştir. Zira her genel işlem koşulu üzerinde haksız şart denetimi yapılabilirse de her üzerinde haksız şart denetimi yapılabilen sözleşme hükmü genel işlem koşulu değildir.⁶

Standart sözleşmelere karşı koruma Türk Hukuku'nda ilk kez 2003 yılında 4822 sayılı Kanun'la 4077 sayılı Kanun'a eklenen haksız şartlar düzenlemesi ile tüketici işlemlerine münhasır olarak dahil edilmiştir. Ardından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ila 25. Maddeleri arasında genel işlem koşulları başlığı altında düzenlemeler ihdas edilmiştir. Nihayet 6502 sayılı TKHK'nın 5'inci maddesinde yine haksız şartlar başlığı altında getirilen düzenlemeler ile tüketici işlemleri bakımından koruma devam ettirilmiştir. Genel işlem koşullarında TBK ile TKHK arasında hükümlerin başlıkları bakımından farklılık olsa da esasen aynı husus düzenlenmektedir. Buradan ulaşılabilecek sonuç tüketici işlemleri bakımından TKHK'da hüküm olmayan hallerde ya da yorum faaliyetinde TBK'dan istifade edilebileceğidir.

3. Haksız Sözleşme Şartları ve Genel İşlem Şartlarına İlişkin Düzenlemelerin Uygulama Alanı

TBK'nın genel işlem koşulları hükümlerinin uygulama alanı sadece tüketicilerle sınırlı değildir. TKHK "tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar" başlığı altında madde 5'te özel bir düzenleme yer almaktadır. TKHK'nın uygulandığı tüketici sözleşmesinde bir tarafta tüketici, diğer tarafta ise satıcı/sağlayıcı/kredi veren yer almakta olup, TKHK'da bu kavramlar tanımlanmaktadır. Borç ilişkisinin taraflarından biri tüketici olan her türlü işlem tüketici işlemidir. TKHK'da düzenlenen haksız şartlar düzenlemesi tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasındaki tüketici işlemlerine uygulanacaktır.⁷

TKHK hükümleri kapsam itibarıyla münhasıran tüketici işlemlerine uygulanabilirken TBK hükümleri hem tüketici işlemlerine hem de diğer işlemlere uygulanma kabiliyetine sahiptir.⁸

6502 sayılı Kanun'un 5. Maddesinde açıkça, haksız sözleşme koşullarına ilişkin düzenlemenin, sadece tüketici işlemlerine ilişkin olduğunu vurgulamaktadır. Gerçekten TKHK m.5 hükmünün 1.fıkrasında "tüketici ile müzakere edilmesinden". "tüketici aleyhine dengesizlik yaratılmasından" bahsedilmektedir. Aynı maddenin 2. Fıkrasında ise, "tüketiciyle akdedilen sözleşmelerden" söz edilmektedir. Kanun'un 5. Maddesinin 1. Ve 2. Fıkrasından sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olması gerektiği açıkça

anlaşılmaktayken, diğer tarafa ilişkin bir açıklık yoktur. Görüldüğü üzere, sözleşmenin karşı tarafıyla ilgili herhangi bir kısıtlama yoktur. Bu nedenle, örneğin tüketici kredisi sözleşmeleri, kredi kartı sözleşmeleri gibi sözleşmelerde yer alan haksız şartlara da bu hüküm uygulanacaktır.

Nitekim TKHK m.5 f.5 hükmüne göre, "Faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümleri uygulanır." Demek ki, imtiyaz ya da izin gibi bir kamusal yetki ile faaliyetlerini yürüten kişi ve kuruluşlar da (tüketici ile işlem yapan diğer taraflar gibi) bu hükümlere tabi olacaklardır. Bu durumda, elektrik ve doğalgaz dağıtım ve perakende şirketleri, Türk Telekom ve GSM operatörleri ve belediyelerin su idareleri gibi yaygın bir şekilde kamu hizmeti sunan kişiler de bu hükümlere tabidirler.⁹

Sonuç itibarıyla, GİK ile ilgili bir uyuşmazlık söz konusu ve sözleşmenin karşı tarafı tüketici ise özel hüküm gereği öncelikle 6502 sayılı kanun hükümleri uygulama alanı bulacak, hüküm olmayan hallerde yeni TBK'nın GİK ile ilgili hükümleri (m.20-25) uygulanacaktır. Sözleşmenin karşı tarafı tüketici dışında bir kimse ise 6502 sayılı TKHK hükümleri hiçbir şekilde uygulama alanı bulamayacaktır.¹⁰

4. Haksız Sözleşme Şartının Tanımı ve Unsurları 4.1. Tanımı

TKHK m.5 f.1 hükmüne göre taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede, satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şart sayılacak ve geçersiz olacaktır.¹¹

6502 sayılı Kanun'un 5 ve 83. Maddelerine dayanılarak hazırlanan ve 17 Haziran 2014 Tarihli R.G'de yayınlanarak yürürlüğe giren Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 4/c maddesine göre ise "Haksız şart: Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları" şeklinde tanımlanmaktadır.¹²

TBK m.20 hükmünde, genel işlem koşulu tanımlanmış; bunların hangi durumda haksız sayılacağı ve haksız sayılmanın sonuçları devam eden hükümlerde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, TKHK ile TBK arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. TKHK, önceden hazırlanmış standart sözleşmelerle ilgili olarak bir düzenleme getirmiştir. Gerçekten TKHK m.5 f.3 hükmüne göre önceden hazırlanmış bir standart sözleşme söz konusu ise zaten tüketici ile tartışılmamış ve tüketici bunun içeriğini etkileyememiş kabul edilecektir.¹³

⁶ Karakocalı, A. Özdemir, H. Sütçü, S. (2017). Tüketici Hukuku Davaları Teori-Uygulama. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1.b. s.96-97.

⁷Antalya, O. Gökhan (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Legal, İstanbul, bsk.1, s.407.

⁸ Karakocalı ve diğerleri, s.93-94.

⁹ Aslan, s.36-37.

¹⁰ Aydoğdu ve diğerleri, s.40-41.

¹¹ Oğuzman ve diğerleri, s.168-169.

¹² Karadağ, s.197.

¹³ Aslan, s.38.

Kısaca belirtmek gerekirse, standart sözleşmede yer alan önceden hazırlanmış olan hükümlerin tüketici ile müzakere edilmediği karinesi getirilmiş olup, bunun aksinin satıcı veya sağlayıcı tarafından ispat edilmesi aranacaktır.

TKHK m.5 hükümlerine göre tüketicinin haksız şartlara karşı korunması, TBK m.20-25 hükümlerine göre genel işlem şartlarına karşı getirilen korumadan daha kapsamlıdır. Zira tüketicinin TKHK m.5 uyarınca bir haksız şartın geçersizliğini ileri sürmesi için sözleşmenin tek yanlı olarak hazırlanıp ona dayatılmış olması yeterli olup, bunun ayrıca birden fazla kişi için hazırlanmış standart bir sözleşme olması gerekmemektedir.¹⁴

4.2. Unsurları

Haksız şartın varlığı araştırılırken Kanun'da iki unsurun arandığı görülmektedir. Müzakere edilmeden tek taraflı olarak sözleşmeye konulması, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri bağlamında iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe sebep olmasıdır. Ancak bu iki unsurun bir arada bulunması halinde haksız şartın gerçekleştiği sonucu çıkarılabilir. Bu nedenle her unsur bakımından ayrı ayrı inceleme yapılması ve herhangi birinin bulunmadığının tespiti halinde haksız şartın gerçekleşmediğinin kabul edilmesi gerekmektedir.¹⁵

4.2.1. Tüketici ile Müzakere Edilmemesi

Bir sözleşme şartının haksız sayılabilmesinin ilk koşulu; sözleşme şartının tüketici ile müzakere edilmeden tek yanlı olarak konulmuş olmasıdır. Sözleşme taraflarının birlikte müzakere ederek koydukları hükümler, haksız sözleşme şartı olarak kabul edilemez. Bir sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmiş sayılabilmesi için bu sözleşme şartının ne anlama geldiğini tüketicinin anlamış olması ve şartın içeriğine etki etme olanağının bulunduğunu bilmesi ve ancak şartı bu şekilde kabul etmiş olması gerekir. Sözleşme tek taraflı olarak hazırlanmış olsa bile, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde tüketici aleyhine bir dengesizlik bulunmuyorsa, sözleşme koşulları yine haksız sayılmayacaktır. Bu kurallar her bir sözleşme şartı için geçerlidir. Bir sözleşmenin bir veya birkaç hükmünün müzakere edilmiş olması, geri kalan hükümlerin haksız sözleşme şartı olarak değerlendirilmesini önlemez.¹⁶

Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tek taraflı olarak sözleşmeye konulan bir hükmün haksız şart olarak nitelendirilmesinde, sözleşmeyi hazırlayan kişinin sıfatının ise bir önemi yoktur, sözleşme satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından düzenlenmiş olabileceği gibi, başka bir kişi veya kuruluş tarafından da düzenlenmiş olabilir.

Yargıtay 13 H.D.'nin 2009/10480-2010/9823¹⁷ kararında bu yöne işaret ederek, bir sözleşmenin noterde yapılmış olmasının o sözleşmenin standart sözleşme olmadığı

17Yargıtay 13 H.D.'nin 2009/10480-2010/9823 Kararı;

Davacı, davalı ile 1.8.2008 tarihli noterde Gayrimenkul satış ve İnşaat sözleşmesi yaptıklarını, davalıya 190.978 USD peşinat olarak ödeyip 763.910 USD'lı bono verdiğini sözleşmenin 8.6. maddesi gereği 6.6.2008-31.12.2008 döneminde cayma hakkını kullanıp aynı sürede davalıya bildirdiğini, davalının cayma hakkının yasal sürede kullanılmadığı gerekçesiyle yasal yollara başvurulacağını bildirdiğini, sözleşmenin 8.6.maddesindeki cayma hakkının kullanılması halinde satış bedelinin %15'nin satıcıya bırakılacağına dair hükmün haksız şart niteliğinde olduğunu belirterek 763.910 USD'lık bono nedeniyle borçlu olmadığını tesbiti ve ödenmiş 190.978 USD peşinatın iadesine karar verilmesini istemiştir. Davalı, davacının yasal sürede cayma hakkını kullanmadığını, sözleşmenin 8.6.maddesinin haksız şart niteliğinde olmadığını, sözleşmenin noterde tanzim edildiğini savunarak davanın reddini dilemiştir. hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir. Temyiz Mahkemesi; Sayfa 1/5 Uyuşmazlık sözleşmesinin 8.6.maddesinde kabul edilen 31.12.2008 tarihine kadar alıcının sözleşmeden cayması halinde, satış bedelinin %15 oranında satıcıya ödenmesi kararlaştırılan ceza-i şartın haksız işlem şartı olup olmadığı noktasındadır. Sözleşmenin bu hükmünün haksız işlem şartı kabul edilmesi halinde, davacı yaptığı peşin ödemenin tamamının iadesini isteyebilecektir. Haksız işlem şartı kabul edilmediği takdirde davalı peşin ödemenin %15'lik kısmını ceza-i şart olarak davacıdan talep edebilecektir. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun; Sözleşmedeki Haksız Şartlar başlığı altında 6.maddesi :” Satıcı veya Sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birinin tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse ve sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurların veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez. Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın munferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa bunun ispat yükü ona aittir. Bakanlık standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların tespit edilmesine ve bunların sözleşme metinlerinden çıkartılmasının sağlanmasına ilişkin usul ve esasları belirler.” Düzenlemesini getirmiştir. Bu yasal düzenlemeler gözetildiğinde; bir sözleşmenin noterde yapılmış olması o sözleşmenin standart sözleşme olmadığı sonucunu doğurmaz. Sözleşme noterde yapılmış olsa dahi tüketici, sözleşme koşullarının müzakere edilmeden sözleşmeye derç edildiğini iddia etmişse bunun satıcının kanıtlanması gerekir. Sözleşmenin 8.6. maddesi alıcının sözleşmeden cayması halinde satış bedelinin %15'inin satıcıya ceza- i şart olarak ödenmesi kararlaştırıldığı halde, satıcının sözleşmeden cayması halinde alıcıya ceza-i şart ödenmesi konusunda bir düzenleme yoktur. Diğer bir deyişle sözleşmeden cayma halindeki ceza-i şart tek taraflı olup tüketici aleyhinedir. Ayrıca tüketicinin sözleşmeden cayma halinde ödeyeceği 143.233 USD ceza-i şart fahiş olup 4077 sayılı yasanın 6.maddesi ve Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmeliğin 4.5. maddeleri gereği haksız şart niteliğinde olup tüketici için bağlayıcı değildir. Satıcının villayı geç teslim etmesi halinde aylık %4 gecikme cezası ödemesinin kararlaştırılması sözleşmenin ayakta tutulması hali için öngörülmüş olup, yukarda açıklanan sözleşmenin feshi halinde tüketicinin ödemesi gereken ceza-i şartın tek taraflı olduğu sonucunu değiştirmez. Bu durumda sözleşmenin 8.6.maddesindeki ceza-i şart kararlaştırılmasının haksız işlem şartı olduğunun kabulü ile sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde 13. HD., E. 2009/10480 K. 2010/9823 T. 02.07.2010 Sayfa 2/5 karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hukuk-dairesi-e-2009-6914-k-2009-13460-t-19-11-2009> (Erişim Tarihi: 03.05.2023)

¹⁴ Oğuzman ve diğerleri, s.169.

¹⁵ Karakocalı ve diğerleri, s.95.

¹⁶ Aslan, s.39-40.

sonucunu doğurmayacağını, sözleşme noterde yapılmış olsa dahi tüketicinin sözleşme koşullarının müzakere edilmeden sözleşmeye derç edildiğini iddia etmesi halinde bunun aksini satıcının kanıtlaması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁸

TKHK m.5/III hükmüne göre, bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediğinin kabul edileceği düzenlenmektedir. Söz konusu hükümde “müzakere edilmeme karinesi” öngörmektedir. Aynı kanun maddesinin 2. Cümlesi ise sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın müzakere edildiğini iddia etmesi halinde bu iddiasını ispatla yükümlü olacağını belirtmektedir.¹⁹

Buna göre, sözleşmenin bütün olarak yorumlanması sonucunda, standart sözleşme niteliğinde olduğu anlaşılırsa, bir kaydın belirli unsurlarının veya sözleşmenin münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, bu sözleşmenin müzakere edilmeyen kayıtları açısından, haksız şart hükümlerinin uygulanmasını engellemeyecektir.

Yargıtay 13 H.D. 2013/3231 E., 2013/8572 K.²⁰ sayılı kararında; taraflar arasındaki 09.03.2012 tarihli Kuru Temizleme fişinin 5. Maddesinde yer alan ve sağlayıcının sunduğu hizmet nedeniyle sorumluluğunu daraltan ya da ortadan kaldıran, tüketici davacının aleyhine olan ve tüketiciyi külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırılmadığı için haksız şart olduğu kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

²⁰ Yargıtay 13 H.D. 2013/3231 E., 2013/8572 K.

Davacı, temizlenmesi için 1720 TL ye aldığı abiye elbisesini davalıya ait işyerine verdiğini, yıkamadan sonra renginin solduğunu, elbisede üstten aşağı uzun uzun beyaz çizgiler oluştuğunu, kumaşının sertleştiğini, ip ip toplandığını, elbisenin kullanılamaz hale geldiğini belirterek değeri olan 1720 TL “ nin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davalı, davanın reddini talep etmiştir. Mahkemece, davaya konu ürünün garanti dışı temizlendiği anlaşılmakla davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Mahkemece, davaya konu ürünün garanti dışı temizlendiği anlaşılmakla açılan davanın reddine karar verilmiş ise de 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 4822 Sayılı Kanunla değişik 6. maddesi ile sözleşmelerdeki haksız şart düzenlenmiş ve “Satıcı ve sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı, değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez. Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir. Taraflar arasındaki 09.03.2012 tarihli emanet fişinin 5. maddesinde yer alan düzenleme tüketici davacının aleyhine olan ve tüketiciyi külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırılmadığı için açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Davalı cevap dilekçesinde de abiye elbisenin boya verdiğini kabul etmiştir. Hal böyle olunca davacının temizleme için verdiği elbiseyi davalının elbisedeki sembolere göre özenle yıkama yükümlülüğü oluşmuştur. Temizleme hizmeti sonucunda elbisenin renginin solduğu, beyaz çizgiler oluştuğu kumaşın ip ip toplandığı elbisesinin kullanılmayacak hale geldiği bilirkişi raporu ile de belirlenmiştir. Ancak davacının temizliğe vermeden önce de bu elbiseyi katıldığı bir düğünde kullandığı ve elbisenin etek uçlarında kirlenmeler olduğu da davacı beyanı ile sabittir. Mahkemece davacının elbiseyi kullandığı amaç ve süre de dikkate alınarak makul bir indirim yapmak suretiyle sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken aksine düşüncelerle yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Kaynak: [https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hukuk-dairesi-e-2009-6914-k-2009-13460-t-19-11-2009\(ErişimTarihi:03.05.2023\)](https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hukuk-dairesi-e-2009-6914-k-2009-13460-t-19-11-2009(ErişimTarihi:03.05.2023))

¹⁸ Karadağ, s.197-198.

¹⁹ Zevkliler A. Özel, Ç. (2016). Tüketicinin Korunması Hukuku. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1.bs. s.123- 124.

Yargıtay 13 H.D. 2007/510 E., 2007/1989 K.²¹ sayılı kararında ise, “öğrenci başvuru ve kayıt formunun alt kısmında yazılı “Velinin yazılı beyanı” başlıklı kısımdaki şartların davacı tarafından düzenlenen ve standart nitelikte bir metin olduğu, taksitlerin vadesinde ödenmediği takdirde her ay için %12 gecikme faizi ödeneceğine ilişkin şartın müzakere edilerek karşılıklı mutabakatla hüküm altına alındığına ilişkin bir delilin varlığı iddia ve ispat edilememiştir. Bu nedenle açıklanan şartın davalı tüketici açısından bağlayıcılığı yoktur” şeklinde karar vermiştir.²²

4.2.2. Sözleşme Hükümünün, Dürüstlük Kuralına Aykırı Düşecek Biçimde Tüketici Aleyhine Dengesizliğe Neden Olması

Bir hükmün müzakere edilmeden, tek yanlı olarak konmuş olması, o hükmün haksız sözleşme koşulu olarak sayılması için yeterli değildir. Bir hükmün haksız sözleşme şartı olarak kabul edilebilmesi için, sözleşmenin taraflarının hak ve yükümlülüklerinde tüketici aleyhine dengesizlikler getirmiş olması da gerekir. Söz konusu Dengesizliğin belirlenebilmesi için sözleşmenin bütüncül yaklaşımla ele alınması gerekmektedir. Bu değerlendirme yapılırken, sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin içinde yapıldığı tüm iktisadi, hukuki ve diğer şartlar dikkate alınmalıdır. Hatta sözleşme, başka sözleşmelerle de bağlantılı ise, bu sözleşmeler de dikkate alınmalıdır. Nitekim

²¹Yargıtay 13 H.D. 2007/510 E., 2007/1989 K. Dava, özel okul öğrenim ücreti karşılığı düzenlenen faturanın ödenmemesinden doğan itirazın iptaline ilişkindir. Davalı tarafından imzalanan 8.9.2000 tarihli öğrenci kayıt ve başvuru formu başlıklı belgede öğrenim giderinin vadesinde ödenmediği takdirde her ay için %12 gecikme faizi ile birlikte ödeneceğinin kabul edildiği yazılıdır. Davacı başlattığı icra takibinde 2.008.800.000 TL asıl alacak ile alacağının takip tarihinden itibaren aylık %12 gecikme faizi ile birlikte tahsilini istemiş, davalı ise icra takibine itirazında borcun ferileri ile birlikte tamamına itiraz ettiğini bildirmiştir. Mahkemece belirlenen ve hüküm altına alınan alacağın tahsili için itirazın iptaline karar verilmiş olmakla takip tarihinden itibaren asıl alacağa aylık %12 faiz yürütülmesi doğrultusunda karar verilmiş olmaktadır. 4822 sayılı kanunla değişik 4077 sayılı kanunun “Sözleşmedeki Haksız Şartlar” başlığını taşıyan 6.maddesinde “Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez “hükümleri düzenlenmiştir. Somut olayda, öğrenci başvuru ve kayıt formunun alt kısmında yazılı “Velinin yazılı beyanı” başlıklı kısımdaki şartların davacı tarafından düzenlenen ve standart nitelikte bir metin olduğu anlaşılmaktadır. Taksitlerin, vadesinde ödenmediği takdirde her ay için %12 gecikme faizi ödeneceğine dair şartın müzakere edilerek karşılıklı mutabakatla hüküm altına alındığına ilişkin bir delilin varlığı iddia ve ispat edilememiştir. Bu nedenle açıklanan şartın davalı tüketici açısından bağlayıcılığı yoktur. Mahkemece belirlenen alacağa takip tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmesine karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Kaynak: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hukuk-dairesi-e-2009-6914-k-2009-13460-t-19-11-2009>(ErişimTarihi:03.05.2023)

²² Karadağ, s.198-199.

TKHK m.5/I’de “tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan”, TBK m.21/I “karşı tarafın menfaatine aykırı” ve yine TBK m.25’de “karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte” ifadeleri kullanılmıştır.²³

TMK m.2’de düzenlenmiş olan, dürüstlük kuralları ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, hakların kullanılması ve borçların ifasında uyulması zorunlu olan bir hükümdür. Söz konusu hükme göre, dürüstlük kuralının ihlal edilmesi durumunda, söz konusu kötüye kullanımın korunmayacağı belirtilmiştir.

Bu anlamda tüketici ile sözleşme ilişkisine giren satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşmeyi tek taraflı düzenleme gücünü elinde bulundurduğu için, bu hakkını dürüstlük kurallarını ihlal edecek şekilde kullanmaması gerekmektedir.²⁴

5. Haksız Şartların Denetimi 5.1.İdari Denetim

Haksız şartlar barındıran sözleşme hükümlerinin, önceden ilgili makamlar tarafından denetlenmesi sağlanarak, tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulları arasından çıkartılmasına idari denetim denilmektedir.²⁵

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun m.5 f.8 hükmü uyarınca; genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için Bakanlığın gerekli tedbirleri alacağından bahsedilmektedir. Aynı maddenin f.9 hükmünde ise haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme hükümlerinin şartlarının yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiştir.²⁶

TKHK m.77 f.2 hükmü ise bahsedilenleri destekler niteliktedir. Söz konusu hüküm uyarınca; kanunun 5. Maddesinde belirlenen haksız şartların tüketici sözleşmelerinde kullanılması durumunda, bakanlıkça öngörülen süre içerisinde haksız şartın sözleşme metninden çıkarılmaması durumunda, aykırılığın tespit edildiği her bir sözleşme için para cezası uygulanacağı düzenleme konusu yapılmıştır.

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 8. Maddesindeki düzenleme uyarınca; “Bakanlığın, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alacağı, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış tüketici sözleşmelerinde haksız şartların yer alması durumunda, bu şartların sözleşme metninden çıkarılması için sözleşmeyi düzenleyene otuz gün süre verileceği, Bakanlığın gerekli gördüğü hallerde bu süreyi doksan güne kadar uzatabileceği, haksız şart olarak tespit edilen sözleşme şartlarının, tüketiciler açısından kesin olarak hükümsüz olduğunun sözleşmeyi düzenleyen tarafından tüketicilere açık ve anlaşılır biçimde yazılı veya elektronik ortamda bildirilmesi durumunda bu şartların çıkarıldığı kabul edileceği, Bakanlıkça verilen sürenin sonuna kadar ilgili maddeleri çıkarılmaması durumunda aykırılığın tespit edildiği her bir sözleşme için Kanunun m.77 hükmü uyarınca

²³ Aslan, s.40-41.

²⁴ Karadağ, s.199-200.

²⁵ Karadağ, s.201.

²⁶ Zevkililer ve diğerleri, s.125-126.

idari para cezası uygulanacağı” hususları düzenleme konusu yapılmıştır.²⁷

5.2. Yargısal Denetim

Avrupa Birliği Yönergesinin m.6 hükmü uyarınca; içerik denetimi yapıldıktan sonra önceden düzenlenen bir sözleşme şartının, tüketicinin menfaatlerini dürüstlük kuralına aykırı şekilde oransız bir biçimde ihlal ettiğinin anlaşılması durumunda söz konusu sözleşme maddelerinin hükümsüz sayılacağı, sözleşmenin geri kalan hükümlerinin ise geçerli olacağını düzenlenmiştir. Bir sözleşme kaydının yürürlük denetiminden geçerek sözleşmenin içeriğine dahil olması halinde içerik denetiminden geçememesi durumunda söz konusu kaydın hükümsüzlüğü söz konusu olur. Genel işlem koşullarının tüketici aleyhine haksız şart olup olmadığı onların denetimiyle anlaşılabilir. Bu bakımdan yapılacak denetim de yargısal denetimdir.²⁸

Tüketici ile müzakere edilmeden tek taraflı olarak hazırlanan sözleşmelerin neredeyse hayatın her alanında kullanılması, özellikle tüketici aleyhine dengesizliklere neden olan sözleşme hükümlerine karşı hakimın müdahalesi başka bir anlatımla yargısal denetimin yapılması kaçınılmaz olmaktadır. Bu sebeple, sözleşme içerisinde yer alan haksız şart ihtiva eden sözleşme hükümlerinin yargısal denetim yoluyla hükümsüz sayılması amaçlanmaktadır.

Yargısal denetim tüm sözleşme hükümleri açısından yapılmamakta, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı olacak biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme hükümleri denetlenmektedir.

5.2.1. Yargısal Denetimin Unsurları 5.2.1.1.Dürüstlük Kuralı

4077 sayılı kanunun m.6 hükmünde yapılan değişiklik ile bir şartın haksızlığının belirlenmesinde, “iyi niyet kurallarına aykırı olma” durumu ölçüt olarak belirlenmiş olup iyi niyet kuralları ile kastedilenin TMK m.2’de düzenlenen, dürüstlük kuralları olduğu anlaşılmaktadır.

6502 sayılı Kanunun m.5 hükmü ise doğrudan dürüstlük kelimesi kullanarak yargısal denetimin objektif ölçütü olarak dürüstlük kuralına yer vermiştir. ²⁹ TMK m.2’de düzenlenen dürüstlük kuralı uyarınca borç ilişkisinin tarafları bakımından makul, orta zekada, doğru ve dürüst bir kişi gibi hareket etmelidir.³⁰

Bir kişinin, toplumdaki değer yargılarına ve ahlaki ölçütlere göre, dürüst bir insan olarak davranması dürüstlük kuralı olarak ifade edilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, tüketici ile sözleşme ilişkisine giren satıcının, tüketiciyi gözetme ve aydınlatma yükümlülükleri olup sözleşmeyi tek taraflı düzenleme yetkisine sahip satıcının, bu hakkını dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanmaması gerekmektedir.

6502 sayılı TKHK m.5/1’de, tüketicinin sözleşmeden doğan hak ve

yükümlülüklerinde, dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan kayıtların geçersiz olacağı öngörülmüştür³¹

Bu anlamda ilgili madde içerik denetimi aşamasında rol oynar. Tüketici ile akdedilen bir sözleşmede tüketicinin hak ve yükümlülükleri bakımından dürüstlük kuralına aykırı olacak biçimde tüketici aleyhine dengesizlikler yaratıyorsa içerik denetiminden geçemeyecek ve tüketiciyi bağlamayacaktır. Yargısal denetimden geçemeyen bir hükmün akıbeti kesin hükümsüzlük olup düzenleyen geçersiz sayılan hükümler olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacağını ileri sürerek sözleşmenin tamamının geçersiz olduğu savunmasında bulunamayacaktır. (TKHK m5 f.2, TBK m.22)³²

Genel ahlak ve kamu yararı ön planda tutularak düzenlenen dürüstlük kuralları hukukumuzda önemli bir yere sahiptir. Bu bakımdan dürüstlük kurallarına aykırı sözleşmeler yapılamaz, yapılırsa geçersizdir. Bu sebeple hakimın dürüstlük kuralına aykırılığı resen araştırması gerekir.

²⁷ Karadağ, 201-202.

²⁸ Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları. TBB Dergisi, s.304.

: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-122-1548>

²⁹ Karadağ, s.201-202.

³⁰ Eren, F. (2017). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Yetkin Yayınları, Ankara, 22.bs. s.19.

³¹ Karadağ, s.204-205.

³² Karakocalı ve diğerleri, s.99.

Yargıtay 13 H.D. 26.5.2010 Tarihli, 2009/15052 E, 2010/7146 K³³ sayılı kararında; devre tatil sözleşmelerinin 4077 sayılı kanun kapsamında düzenlendiğini, kamu düzenini ilgilendirdiğini, iki taraflı sözleşmeler olması bakımından iki tarafa hak ve borçlar yüklediği, Devre Tatil Sözleşmeleri Hakkında Yönetmeliğin m.9 hükmü uyarınca, tüketicinin yönetmelikte düzenlenen haklarından önceden feragat etmesine ilişkin sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğunun açıkça düzenlendiği, sözleşmede yer alan bu tür hükümlerin geçersizliği veya haksız şart niteliğinde olduğunun hiçbir süreye tabi olmadan her zaman ileri sürülebileceği ifade edilmiştir.

³³ Mahkemece, taraflar arasındaki devre tatil sözleşmesinin 12.maddesine göre yıllık aidat bedelinin ödenmemesi durumunda devre tatil hakkından yararlanılamayacağını kararlaştırılmış olup, davacının talep edilen 800 Euro aidat bedelini ödemediği için devre tatil hakkından yararlandırılmadığı sonucuna varılarak davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Yukarıda da kısaca özetlendiği gibi, dava, devre tatil hakkının kullandırılmaması nedeni ile maddi ve manevi tazminata ilişkin olup, taraflar arasındaki uyuşmazlık, devre tatil sözleşmesine dayanarak davalı tarafından belirlenen yıllık aidat bedelinin fahiş olup olmadığı ve davacının usulüne uygun temerrüdü düşürülüp düşürülmediği ve yine, taraflar arasındaki sözleşmenin 12.maddesindeki kararlaştırmanın haksız şart olup olmadığı hususlarında toplanmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 6/B maddesinde devret tatilin tanımı yapılmış olup, 13.6.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Devre Tatil Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik'in 5.maddesinde de, devre tatil sözleşmelerinde yazılması zorunlu olan hususlar açıkta belirtilmiştir. Anılan Yönetmeliğin 5/h maddesinde; "sözleşme konusu hakkın kullanılması karşılığı olarak tüketici tarafından ödenecek bedel, ortak tesislerin ve hizmetlerin kullanımı için ödenecek bedel, vergi, harç gibi zorunlu yasal giderler ve genel idari masrafların ne şekilde hesaplanacağına ilişkin açıklamalar"ın sözleşmede yazılı olarak yer alması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu yasal düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı gibi, tüketicinin, devre tatil hakkının kullanması karşılığı tesislerin ve hizmetlerin kullanımı için ve yine genel idari masraflar için bir bedel ödeyeceği hususunda bir duraksama olmamalıdır. Ne var ki, bu aidat ve genel idari masrafların ne şekilde hesaplanacağına ilişkin açıklamaların da sözleşmede yer alması zorunludur. Oysa, somut olayda, bir önceki dönem aidat borcunun 350 Euro olduğu halde, dava konusu dönem için fahiş ve keyfi olarak 800 Euro olarak belirlendiği ileri sürülmüştür. Bu durumda, mahkemece davalıdan açıklama istenerek tek taraflı olarak yapılan bu belirlemenin afaki iyniyet kurallarına uygun olup olmadığı hususunun araştırılması gerekirken, bu yönde bir inceleme ve araştırma yapılmamıştır. Öte yandan, devre tatil sözleşmeleri 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında düzenlenmiş olup, kamu düzeni ile ilgilidir. Kaldı ki, devre tatil sözleşmeleri iki taraflı sözleşmeler olup, her iki tarafa da edimler yüklemiştir. Bu nevi sözleşmelerin karşı taraf temerrüde düşürülmeden tek taraflı olarak askıya alınması veya feshi mümkün değildir. (BK. M.106.) Devre Tatil Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik'in 9.maddesinde, tüketicinin bu yönetmelikte yer alan haklarından peşinen feragat etmesine ilişkin sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu açıkça hüküm altına alınmıştır. Sözleşmede yer alan bu tür hükümlerin geçersizliği veya haksız şart niteliğinde olduğu hiçbir süreye tabi olmadan her zaman ileri sürülebilir. Dava konusu olayda temerrüde düşen davacıya borcun ifası için BK.106.maddesi hükmü gereğince münasip bir süre verildiği de kanıtlanamamıştır. Mahkeme kararında, davacının aidat borcunu ödemediği için tesisden yararlandırılmadığı kabul edilmiş, bu gerekçe davalı tarafından da temyiz edilmemiştir. Böyle olunca mahkemece, taraflar arasındaki sözleşmenin 12.maddesinde yer alan düzenlemenin geçersiz olduğu, davalının davacıyı usulüne uygun temerrüde düşürmeden sözleşmeyi askıya alamayacağı veya feshedemeyeceği kabul edilerek, davacının istek kalemleri hususunda inceleme ve araştırma yapılması gerekirken, aksi düşünceler ile yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan hükmün, davacı yararına BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine, 26.5.2010 gününde oyçokluğuyla karar verildi. Kaynak: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hukuk-dairesi-e-2009-6914-k-2009-13460-t-19-11-2009> (Erişim Tarihi: 03.05.2023)

Yargıtay 13 H.D. 2009/6914 E., 2009/13460 K.³⁴ sayılı başka bir kararında; taraflar arasında spor kulübüne üyelik sözleşmesi imzalandığı, bu sözleşmenin eki olan kullanım şartlarında, " Her üye havuza girmeden önce tesisimizin sağlık politikası gereği kan ve idrar tahlili yaptırmak zorundadır. Tahlil sonuçları olumsuz çıktığı takdirde üye havuzu kullanamayacak olup, tedavisi bittiğinde havuza girebilecektir. Üye her üç ayda bir bu tahlilleri yenilemek zorundadır..." şeklindeki sözleşme hükmü yer aldığı, söz konusu hükmün tesisden yaralanan 3. Kişilerin sağlığını yakından ilgilendirdiği, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kurallarına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olacak nitelikte bir koşul içermediğine karar vermiştir.³⁵

³⁴ Davacı, davalıya ait tesiste spor aktivitelerinden yararlanmak üzere davalı ile 14.3.2007 tarihinde sözleşme yaptığını, tesisden yararlanabilmek için üç ayda bir tekrarlamak üzere kan tahlili yaptırılmasının zorunlu tutulduğunu, bu durumun kendisini maddi ve manevi yönden zarara uğrattığını ileri sürerek, haksız hükümler içeren sözleşmenin feshi ile ödediği bedelin iadesi ile kalan taksitlerin iptaline karar verilmesini istemiştir. Davalı, sözleşme hükmünün yerine getirilmesinin zorunlu olduğu, gerekçesi ile, davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, anılan sözleşme hükmünün karşılıklı müzakere edilmediği ve davacı tüketici aleyhine haksız şart içerdiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir. Davacı ile davalı arasında imzalanan spor kulübüne üyelik sözleşmesinin eki olan kullanım şartlarında, " Her üye havuza girmeden önce tesisimizin sağlık politikası gereği kan ve idrar tahlili yaptırmak zorundadır. Tahlil sonuçları olumsuz çıktığı takdirde üye havuzu kullanamayacak olup, tedavisi bittiğinde havuza girebilecektir. Üye her üç ayda bir bu tahlilleri yenilemek zorundadır..." hükümleri yazılıdır. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 4822 Sayılı Kanunla değişik 6. maddesi ile sözleşmelerdeki haksız şart düzenlenmiş ve "Satıcı ve sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları 2009/6914-13460 haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı, değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında taraflar arasındaki sözleşme hükmü değerlendirildiğinde, anılan hükmün tesisden yararlanan 3. kişilerin sağlığını yakından ilgilendirdiği, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olacak nitelikte bir koşul içermediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla sözleşme hükmünün tarafları bağlayacağı kabul edilerek açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yukarıda açıklanan hususlar gözetilmeden yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup hükmün bozulması gerekir.Kaynak: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/13-hukuk-dairesi-e-2009-6914-k-2009-13460-t-19-11-2009> (Erişim Tarihi: 03.05.2023)

³⁵ Karadağ, s.205-207.

5.2.1.2. Oransızlık Kriteri

Haksız şartların denetimi yapılırken bakılması gereken diğer kriter ise oransızlık kriteridir. Standart sözleşme koşullarının tarafların sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerini dengeli olarak düzenlenmemiş olması halinde bu sözleşme koşulunun kesin olarak hükümsüz olduğu kabul edilmektedir. TKHK m.5

f.2 ve TSHŞHY m7 hükümleri ile tarafların hak ve yükümlülüklerinde dengesizliğe neden olan sözleşme koşulunun tüketiciyi bağlamayacağı, TBK m.25 hükmüne paralel olarak düzenlenmiştir. Bunun için ise sözleşme şartının standart bir sözleşme şartı olması ve tarafların sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı bir dengesizlik bulunması gerekir.³⁶

Kanunda her ne kadar dürüstlük kuralları genel ölçüt olarak düzenlenmiş olsa da oransızlık içerme kriteri özel ölçüt olarak kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak nitelendirilebilmesi için dengesizliğin belirgin ve dikkat çekici olması gerektiği yönergede düzenlenmektedir. Bu nedenle tüketiciyle yapılan sözleşmedeki dengesizliğin belirli bir düzeyde olması gerekir.

Oransızlık ile dürüstlük kuralları birbiriyle bağlantılı kavramlar olup birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu sebeple oransızlık değerlendirilmesi yaparken tek tek hükümlerin irdelenmesi gerine sözleşmenin tamamı göz önünde tutulması gerekir. Ancak bu şekilde taraflar arasındaki hak ve yükümlülüklerde dengesizlik olup olmadığı anlaşılabilir.³⁷

Oransızlık belirlenirken hakim dikkate alması gereken bazı hususlar vardır. Bu hususlar TKHK m.5 f.6 hükmü ile düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre hakim,

i) Sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği

ii) Sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar

iii) Sözleşmenin diğer hükümleri

iv) Haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümlerini dikkate

Belirtmiş olduğumuz bu şartların sözleşmenin kuruluşuna göre belirlenmesi gerekmekte olup sözleşme yapıldığı sırada dengeli olan, ancak sonradan ortaya çıkan koşullar sebebiyle dengesizleşen hükümler söz konusu ise, haksız şart hükümlerinin uygulanma imkanı yoktur. Bu gibi durumlarda, sözleşmenin uyarlanması gibi başka dava yollarına başvurmak gerekir.³⁸

5.2.1.3. Şeffaflık Kuralı

Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren çoğu zaman kendi yararına olan sözleşmeyi tüketiciye imzalatabilmek için tüketicinin anlamayacağı dilde, karışık sözleşmeler hazırlamaktadır. Tüketici genellikle bu sözleşme hükümlerini anlayacak bilgiye haiz değildir. Bu sebeple sözleşme koşullarının yazımında, tüketicinin kolaylıkla anlayabileceği yalın bir dilin kullanılması gerekir. Bu gereklilik “şeffaflık veya saydamlık ilkesi” olarak

³⁶ Zevkliler ve diğerleri, s.127.

³⁷ Karadağ, s.208-209.

³⁸ Aslan, s.45.

adlandırılmaktadır. Sözleşme hükümlerinin açık ve anlaşılır olmaması veya birden fazla anlama gelmesi durumunda bu hükümlerin tüketici lehine yorumlanacağı TKHK m.5 f.4 hükmü ile düzenlenmiştir.

Ayrıca, genel hüküm olması sebebiyle, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı koşullar hakkındaki TBK m.21/II hükmünün tüketici sözleşmeleri hakkında da uygulanması gerektiği öğretide belirtilmektedir.³⁹

6502 sayılı kanunun m.4/1 düzenlemesi şekli bir şeffaflık kuralı öngörmektedir. Söz konusu madde uyarınca, kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmelerin en az 12 punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenmesi gerektiği, bunların bir nüshasının kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Bu düzenleme açısından şekli şeffaflığa aykırılık durumunun yaptırımını öngörülmemiş olup, bu husus tek başına sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Aksi yöndeki bir düşünce maddenin son cümlesine yani, sözleşmenin hükümsüz olmayacağı ve eksikliklerin tamamlanması hükmüne de aykırı olacaktır.

Sonuç olarak, şeffaflık kuralına uygun olmayan sözleşme kayıtlarının, içerik denetimi sonucunda ancak tüketicinin aleyhine dürüstlük kuralına aykırı şekilde bir oransızlık meydana getirmesi durumunda haksız şart olarak değerlendirilebileceği ve hükümsüz sayılacağını söylemek mümkündür.

Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay 13.H.D. 18.01.2012 tarihli 2011/16002 E., 2012/1192 K sayılı kararında sözleşme metninin 12 puntodan daha küçük harflerle yazılmış olmasının tek başına sözleşmeyi hükümsüz kılmayacağını ancak diğer hususların varlığı halinde sözleşme şartlarının geçersiz olacağına hükmetmiştir.⁴⁰

5.2.1.4. Açıklık Kuralı

Sözleşme şartlarının yazılı olması halinde tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılması gerektiği, sözleşme şartlarının açık ve anlaşılır olmaması halinde düzenleyen aleyhine yorumlanacağı TKHK m.5 f.4 hükmü ile düzenleme konusu yapılmıştır.

TBK m.23 hükmü bu konuda TKHK ile aynı yönde düzenleme içermekte olup hem TBK hem de TKHK kapsamında sözleşmede yer alan açık ve anlaşılır olmayan hükümlerin tüketici lehine yorumlanması gerektiği düzenlenmiştir.

Bir hükmün açık ve anlaşılır olarak kabul edilebilmesi için, “ortalama bir tüketicinin” anlayabileceği açıklıkta olması gerekmektedir. Ortalama bir tüketici tarafından anlaşılır olmayan belirsiz şartlar, “tüketicinin en lehine olan yorum” kuralına tabi olacaktır.⁴¹

³⁹ Zevkliler ve diğerleri, s.128.

⁴⁰ Karadağ, s.211-212.

⁴¹ Aslan, s.42-43.

5.2.2. Yargısal Denetimin Sınırları

5.2.2.2. Edim ve Karşı Edimi Belirleyen Sözleşme Hükümleri

TKHK m.5 f.7 ve TSHŞHY m.6 f.2 hükmü uyarınca, sözleşme koşullarının haksızlığının tespitinde, bu koşulların açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olması koşulu ile hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri hem de mal ve hizmet piyasasında geçerli olan değerler ile sözleşmede kararlaştırılan fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamayacağı düzenlenmiştir.

Saydamlık ilkesine aykırılık halinde yani açık ve anlaşılır olmamaları durumunda asli edimlere ilişkin sözleşme şartları da haksız şart değerlendirmesine tabi olacaktır.⁴²

İçerik denetiminin amacı haksız şartlar nedeniyle sözleşmeden doğan dengesizliği ortadan kaldırmak olup edim ve karşı edim arasındaki dengeyi sağlama gibi bir amacı yoktur. Kısacası; edim ve karşı edim arasındaki denge, bir şartın haksız olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınmayacaktır.

Sözleşmenin ikinci derece noktalarına ilişkin olan sözleşme kayıtları, edim için doğrudan etkili ve öneme sahip ise, yargısal denetime tabi olmaması gerektiği doktrin tarafından kabul edilmektedir.

5.2.2.3. Uygulanması Gereken Hukuk Kuralını Aynen Tekrarlayan

Sözleşme Hükümleri

Taraflar ancak emredici hükümlere aykırı olmamak koşulu ile sözleşme yapabilecek olup emredici hükümlere aykırı sözleşme geçersizlik yaptırımına tabi olacaktır. Buna karşılık bazı kanun maddeleri emredici nitelikte olmayıp tamamlayıcı nitelikte hükümler barındırmaktadır. Bu durumda, taraflar tamamlayıcı hükmün aksini kararlaştırabilirler.

Taraflar, tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümlerini sözleşmeye koyabilirler. Bu nitelikteki sözleşme maddelerinin denetimi mümkün değildir. Aksi halde, mahkemeler tarafından yapılan yargısal denetim, dolaylı olarak yasal hükümlerin adil olup olmadığına ilişkin bir denetim şekline dönüşür.⁴³

5.2.3. Yargısal Denetimin Hukuki Sonuçları

TKHK m.5 f.2 hükmü uyarınca, tüketiciyle yapılan sözleşmelerde yer alan haksız şartların kesin hükümsüz olacağı, sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı, sözleşmeyi düzenleyen satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin hükümsüz sayılan sözleşme şartları olmasaydı diğer hükümlerle sözleşme yapmayacağına ilişkin savunmada bulunamayacağı, yargısal denetim sonucunda sözleşmede haksız sayılan şartların kısmi olarak hükümsüz sayılacağı düzenlenmiştir.⁴⁴

Sonuç olarak, sözleşme şartının kısmi hükümsüzlüğü durumunda sözleşmeyi düzenleyen kısmi hükümsüz sayılan maddeler olmasaydı, sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürerek, sözleşmenin tamamını hükümsüz kılma yönündeki iradesi ile tüketicinin sözleşmenin geri kalanını ayakta tutma yönündeki farazi iradesi karşısında menfaatler

⁴² Zevkililer ve diğerleri, s.129.

⁴³ Karadağ, s.216-217.

⁴⁴ Aslan, s.43.

çatışması tüketici lehine kanun koyucu tarafından giderilmiş bulunmaktadır.

5.2.4. Uygulamada Karşılaşılan Bazı Haksız Şart Örnekleri

Sözleşme içerisinde bulunan ve en sık rastlanan haksız şartlara şunlar örnek olarak verilebilir.

*Edimi tek taraflı değiştirme yetkisine ilişkin kayıtlar

*Faiz oranının tek taraflı değiştirilmesine ilişkin kayıtlar

*Sözleşmenin ifa tarihinin, satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından belirleneceğine ilişkin kayıtlar

*Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren lehine sorumluluktan kolayca kurtulmaya veya sözleşmenin kolayca sona erdirilmesine ilişkin kayıtlar⁴⁵

5.2.5. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmeliğe Göre Haksız Şartlar

⁴⁵ Karadağ, s.219-220.

TSHŞHY ekinde bazı haksız şart örnekleri verilerek, yönetmeliğin 5. Maddesinde⁴⁶ verilen örneklerin sınırlayıcı olmamak üzere örnek niteliğinde verilen şartlar listesi olduğu belirtilmiştir.⁴⁷

⁴⁶ Haksız Sözleşme Şartları

(1) Aşağıda yer alan sonuçları hedefleyen veya bu sonuçları doğuran şartlar haksız şarttır.

- a) Sözleşmeyi düzenleyen bir fiili veya ihmali nedeniyle, tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, sözleşmeyi düzenleyen yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar,
- b) Sözleşmeyi düzenleyen, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin herhangi bir alacağını sözleşmeyi düzenleyene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar,
- c) Sözleşmeyi düzenleyen, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar,
- ç) Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde sözleşmeyi düzenleyene tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak sözleşmeyi düzenleyen aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar,
- d) Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicinin, orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödemesini gerektiren şartlar,
- e) Sözleşmeyi düzenleyene, sözleşmeyi keyfi bir şekilde fesh etme hakkı tanıyan ancak tüketiciye aynı hakkı vermeyen şartlar ile sözleşmeyi düzenleyen fesih hakkını kullanmasına rağmen, henüz ifa etmediği edimler karşılığında almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren şartlar,
- f) Sözleşmeyi düzenleyene, haklı sebeplerin var olduğu durumlar hariç olmak üzere, belirsiz süreli bir sözleşmeyi makul bir bildirimde bulunmaksızın ve süre tanımaksızın fesh etme hakkı tanıyan şartlar,
- g) Belirli süreli sözleşmelerde, sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin konulan şartlar,
- ğ) Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, geri dönülemez bir şekilde kabul ettiğini öngören şartlar,
- h) Sözleşmeyi düzenleyen sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek tarafı olarak değiştirmesine imkan veren şartlar,
- ı) Sözleşmeyi düzenleyen, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini tek tarafı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,
- i) Sözleşmeyi düzenleyen mal veya hizmetin bedelini, ifa anında tespit edebileceğini veya yükseltebileceğini öngören ve nihai bedelin, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen bedele nazaran çok yüksek olması halinde, tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı tanımayan şartlar,
- j) Sözleşmeyi düzenleyene, mal veya hizmetin sözleşme koşullarına uygun olup olmadığını tespit etme hakkı veren veya bir sözleşme şartının nasıl yorumlanacağı konusunda münhasır yetki veren şartlar,
- k) Sözleşmeyi düzenleyen adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler tarafından verilen taahhütleri yerine getirme yükümlülüğünü sınırlandıran veya bu yükümlülüğü belli bir şekil şartına uyulmuş olmasına bağlayan şartlar,
- l) Sözleşmeyi düzenleyen yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmesini zorunlu kılan şartlar,
- m) Sözleşmeyi düzenleyene, tüketicinin sahip olduğu teminatların azaltılmasına neden olabilecek şekilde, sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini, tüketicinin onayı alınmaksızın devretme imkanı veren şartlar,
- n) Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar,

(2) (f), (h) ve (i) alt bentlerin uygulama alanı:

a) (f) alt bendi için, sözleşmede tüketicinin derhal haberdar edilmesi yükümlülüğünün bulunması şartıyla, finansal hizmet ifa edenler, önemli bir sebebin varlığı halinde, belirsiz süreli bir sözleşmeyi tek tarafı ve süre vermeksizin feshetme hakkını tanıyan şartlara sözleşmede yer verebilir.

b) (i) alt bendi için, ilgili mevzuatta aksine bir hüküm bulunmaması ve fiyat değişikliği yönteminin sözleşmede açıkça belirlenmiş olması şartıyla sözleşmede fiyat endeksi hükümlerine yer verilebilir.

c) (f), (h) ve (i) alt bentleri aşağıdaki işlemlere uygulanmazlar:

1) Fiyatı borsa kotasyonuna veya endeksine veya sermaye piyasasındaki kur oynamalarına bağlı olarak, sağlayıcının müdahalesi olmaksızın değişebilen menkul kıymet, finansal araç veya diğer mal ve hizmetlere ilişkin işlemlere ve

2) Yabancı para alımına veya satımına, seyahat çeki veya yabancı para cinsinden belirlenen uluslararası para havalesine ilişkin sözleşmelere. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/06/20140617-8.htm> (Erişim Tarihi: 03.05.2023)

⁴⁷ Eren, s.236

SONUÇ

Ülkemizde genel işlem koşullarına ilişkin ilk çalışma tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar başlığı ile 4077 sayılı kanuna 4822 sayılı kanun ile eklenmiştir. Daha sonra 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. Maddesinde Haksız Şart düzenlemesine yer verilmiştir. TKHK'nın 5.maddesine göre; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarının haksız şart olduğu belirtilmiş akabinde tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartların kesin olarak hükümsüz olduğu belirtilmiştir. Akabinde 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunumuzda tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlarla esas itibarıyla aynı nitelikte olan genel işlem şartlarının denetlenmesi müessesesi getirilmiştir. Ancak bu düzenleme Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun' da düzenlenen haksız şartlara ilişkin hükümler yönünden bazı farklılıklar içermektedir.

Tüketici sözleşmelerindeki kayıtların haksız şart olarak nitelendirilmesi için sözleşme şartının, tek yanlı ve müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilmesi, tarafların hak ve yükümlülüklerinde, tüketici aleyhine bir dengesizlik oluşturmaması, bu durumun dürüstlük kuralına aykırı olması şartlarının bir arada bulunması gerekmektedir.

Haksız sayılan şartlar için Kanun ve Yönetmelikte idari bir denetim yolu da öngörülmüştür. Bu denetimi yapmakla görevli Bakanlık olarak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Bakanlık tarafından yapılacak idari denetim sonucu haksız sayılan sözleşme şartlarının tüketiciler açısından yine kesin olarak hükümsüz olacağı belirtilmiştir. Yürürlük denetiminden geçerek sözleşmenin içeriğine dâhil olmuş bir sözleşme kaydının, içerik denetimi sonucunda hükümsüz sayılması durumunda, söz konusu kaydın yine hükümsüzlüğü söz konusu olacaktır. Bu içerik denetimi, yargısal denetim olarak karşımıza çıkacak ve haksız şartların tüketici

açısından bağlayıcı olmayacağı yani yine hükümsüz olacağı sonucuna varılacaktır. İçerik denetimi sonucu ortaya çıkan hükümsüzlük hali ise kısmi hükümsüzlük olarak nitelendirilecektir. Kısmi hükümsüzlük neticesi bağlayıcı olmayan haksız şartlar dışındaki

sözleşme hükümleri gerek Kanun gerekse yönetmelik maddesinde geçerliliğini koruyacağı belirtilmiştir. Ancak sözleşme, hükümsüz sayılan haksız şartlar olmaksızın temelinden çöküyorsa artık sözleşmenin geri kalan kısmının ayakta kalması pratik açıdan bir hüküm ifade etmeyecektir. Nitekim Avrupa Birliği Yönergesinde de kısmi butlan halinde sözleşmenin kural olarak geçerliliğini koruyacağını ve ancak taraf iradelerinden bağımsız olarak, sözleşmenin batıl kısmı olmaksızın ayakta kalamayacağını hâkim tarafından tespit edilmesi halinde tümel bir butlanın söz konusu olacağı öngörülmüştür. Görüldüğü gibi artık burada irade özerkliği uyarınca tarafların ne isteyebileceği önem taşımayacak, hâkim tarafından objektif olarak bu sözleşmenin ayakta kalmasına imkân olup olmadığı değerlendirilecektir. Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların kesin olarak hükümsüz sayılması nedeniyle, sözleşmede bir boşluk meydana gelecektir. Fakat sözleşmedeki haksız şartın hükümsüz sayılması halinde, sözleşmenin geri kalan hükümlerinin uygulanması bakımından herhangi bir sakınca bulunmuyorsa sözleşmede oluşan bu boşluğun tamamlanması söz konusu olmayacaktır. Kısmi hükümsüzlük nedeniyle ortaya çıkan sözleşme boşluğu, hâkim tarafından ya doğrudan veya kıyas yoluyla uygulayacağı yedek hukuk kuralları aracılığıyla; bunun mevcut olmadığı durumlarda ise TMK m.1 uyarınca kendi koyacağı hukuk kuralları ile dolduracaktır. Hâkim, bunu gerçekleştirirken de tarafların varsayımsal iradelerini göz önünde tutacaktır.

KAYNAKÇA

- TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEKİ HAKSIZ ŞARTLARIN BAĞLAYICI OLMAMASININ SONUÇLARI: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-122-1548> adresinden alındı
- Antalya, O. G. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* Cilt I (s. 407). içinde İstanbul: Legal Kitabevi bsk.1.,
- Aslan, Y. (2022). *Tüketici Hukuku Dersleri* (s. 34). içinde Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 9.b.
- Aydoğdu, F., & Kahveci, N. (2022). *Genel İşlem Koşulları Şerhi* (s. 73-85). içinde Ankara: Adalet Yayınevi.
- Eren, F. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (s. 215-217). içinde Ankara: Yetkin Yayınları.
- Karadağ, Ö. (2023). *Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar* (s. 129). içinde Ankara: Yetkin Yayınları.
- Karakocalı, A., Özdemir, H., & Sütçü, S. (2017). *Tüketici Hukuku Davaları Teori-Uygulama* (s. 68). içinde Ankara: Seçkin Yayıncılık 1.b.
- Oğuzman, K., & Öz, T. (2018). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1* (s. 162). içinde İstanbul: Vedat Kitapçılık, 16.b.
- Reisoğlu, S. (2014). *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (s. 77). içinde İstanbul: Beta Yayınları, 25.b.
- Zevkliler, A., & Özel, Ç. (2016). *Tüketicinin Korunması Hukuku* (s. 83). içinde Ankara: Seçkin Yayıncılık.

İÇTİHAT DEĞİŞİKLİĞİ SEBEBİYLE YARGILAMANIN YENİLENMESİ

Av. Nazmiye KARADANA

GİRİŞ

Suç şüphesinin varlığı ile başlayan ceza muhakemesi, uyuşmazlık konusu olayın neticelendirilmesiyle verilen hüküm, söz konusu sorunu çözmeli ve sükûnet ortamını sağlamalıdır. İlk derece mahkemelerinin denetiminden yahut kanun yolu denetiminden geçerek varılmış olan yargı, kesin hüküm olarak nitelendirilmektedir ve uyuşmazlığı sona erdirir.

Kesin hükmün değişmezliği, toplumsal barışın sağlanabilmesi için mutlak bir kural olsa da kararı verenin bir insan olduğu unutulmamalıdır. Bu bağlamda hatalı bir kararın ortaya çıkması ihtimali hayatın bir gerçeğidir.

Yargılama süreci sonunda verilmiş olan kesin hüküm, yargılama konusu olan uyuşmazlığın mahiyetine uygun olmayacak bir biçimde çözüme ulaşmış ise yani yaşanmış olan somut olay yargı mercileri önünde gerçeğe aykırı şekilde sergilenmişse veya hukuki meselenin çözümünde bir hata yapılmışsa, hüküm hatalı bir hükümdür ve düzeltilmesi gerekmektedir.

İstinaf ve temyiz kanun yolları olmasına rağmen, bazı durumlarda bu yollara başvurulması söz konusu hatayı ortadan kaldıracabilecek niteliğe sahip değildir. Bu durumlarda, Ceza Muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğe ulaşabilmek adına, ilk verilen kararın en doğru karar olduğu hususunda ısrar edilmesi ve hükmün bir daha gözden geçirilmesine imkân verilmemesi doğru olmadığı gibi Ceza Muhakemesinin amacına da aykırıdır. Bu durumda yapılması gereken şey; kesin hükmün istisnai olarak da olsa bir kez daha incelenebilmesine imkân tanınmasıdır. Bu husus ise ancak olağanüstü bir kanun yolu niteliğinde olan yargılamanın yenilenmesi müessesesi ile mümkündür.

Yargılamanın yenilenmesi kurumu, kesin hükmün bir istisnası niteliğindedir. Bu sebeple yargılamanın yenilenmesi nedenlerinin açık bir şekilde ortaya konulması ve bu nedenlerin dışına çıkılmaması gerekmektedir. Bir başka deyişle yargılamanın yenilenmesi nedenleri, kıyasa yol açacak şekilde yorumlanamayacaktır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu yargılama nedenleri aleyhe ve lehe olacak şekilde iki ayrı maddede düzenlemiştir. CMK m.311 hükmünde lehe yargılama nedenleri, m.314 hükmünde ise aleyhe yargılama nedenlerine yer verilmiştir.

Yargılamanın yenilenmesi kurumunun ortaya çıkmasının temel sebebi olarak “*yeni olaylar ve yeni deliller*” nedeni gösterilebilir. Yeni olaylar ve yeni deliller, yalnız başlarına yahut daha önce sunulan delillerle birlikte dikkate alındıklarında, hükümlünün beraatını veya daha hafif ceza almasını gerektiren bir kanun hükmünün uygulanması ile mahkûm edilmesini gerektirecek mahiyette oldukları zaman, bu nedene dayanarak yargılamanın yenilenmesine yoluna gidilebilecektir. Bunun yanında sadece maddi hataya ilişkin olarak değil aynı zamanda hukuki hataya ilişkin olarak da yargılamanın yenilenmesi yoluna

gidilebilecektir.

İçtihat Değişikliği Sebebiyle Yargılamanın Yenilenmesi başlıklı makalemiz; Yargılamanın Yenilenmesi, Yeni Olaylar ve Yeni Deliller Sebebiyle Yargılamanın Yenilenmesi ve İçtihat Değişikliği Sebebiyle Yargılamanın Yenilenmesi Sorunu olmak üzere üç ana başlıktan oluşmaktadır.

Yargılamanın Yenilenmesi başlığı altında; yargılamanın yenilenmesi kurumunun amacı ve gerekliliğinden bahsedilmiştir. Bu gerekliliğin aynı zamanda kesin hükmün getirdiği hukuki barış ortamının korunması ile ilişkisi açıklanmaya çalışılmıştır. Bölümün sonunda ise yargılamanın yenilenmesi sebeplerine genel hatlarıyla yer verilmiştir.

Yeni Olaylar ve Yeni Deliller Sebebiyle Yargılamanın Yenilenmesi başlığında ise; söz konusu yenileme sebebinin gündeme gelebilmesi “yenilik” ve “önemlilik” şartlarının sağlanması gerektiğine ve bu şartların ayrıntılarına yer verilmiştir.

Makalemiz son bölümü olan İçtihat Değişikliği Sebebiyle Yargılamanın Yenilenmesi Sorunu başlığında ise; “*ıçtihat*” kavramının ne anlama geldiği açıklanmaya çalışılmış, yargılamanın yenilenmesi kurumunun ortaya çıkma sebebi olan adli hata anlatılmıştır. Adli hatanın ise kendi içerisindeki ayrıma yer verilmiş ve bu ayrımın kanunumuz açısından bir özellik arz edip etmediğine değinilmiştir. Devam eden kısımda ise çalışmamızda çözüm aranan asıl mesele olan içtihat değişikliği sebebiyle yargılamanın yenilenip yenilenemeyeceği hususunda öğretide bulunan görüşlere yer verilerek, nihayetinde konuya ilişkin görüşümüze yer verilmiştir.

Çalışmamız; öğretide tartışma konusu yapılan hususlara ilişkin bizim görüşümüzü ne yönde olduğu, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda konumuza ilişkin olarak tespit ettiğimiz eksiklere ilişkin düşüncelerimizin yer aldığı sonuç bölümüyle tamamlanmıştır.

İÇTİHAT DEĞİŞİKLİĞİ SEBEBİYLE YARGILAMANIN YENİLENMESİ

I. Yargılamanın Yenilenmesi

A. Ceza Muhakemesinin Amacı

Ceza Muhakemesinin amacının kişi hak ve hürriyetlerini ve bu hususa paralel olarak toplum menfaatini korumak olduğu düşünülse de aynı zamanda kendine mahsus bir amacı da bulunmaktadır¹. Bu amaç ise maddi gerçeğe ulaşmaktır.

Ceza Muhakemesinde zaman zaman çatışma içerisinde olan iki menfaat söz konusudur. Bu menfaatler, bireyin özgürlüğü ve toplumun güvenliğidir. Ceza Muhakemesi Hukuku, maddi gerçeğe ulaşmaya çalışırken aynı zamanda hakkında suç şüphesi bulunan kişinin haklarını güvence altına almalıdır².

Yargıtay ceza muhakemesinin amacını, “usul kurallarının öngördüğü ilkeler doğrultusunda, somut gerçeği her türlü şüpheden uzak bir biçimde kesin olarak ortaya çıkarmak”³ olarak ifade etmiştir.

Modern Ceza Muhakemesinin amacı, yargılamanın taraflarının haklarına zarar vermeksizin maddi gerçeğe ulaşmak ve uyuşmazlığı çözümlenektir. Anlaşılmaktadır ki Ceza Muhakemesi, maddi gerçeğe ulaşmaya çalışırken, adaleti sağlamak ve hukuki barış korumak zorundadır⁴.

B. Kesin Hükümün Amacı

Ceza Muhakemesi Hukuku’nun amacı madde gerçeğe ulaşmak ve adil olanı sağlamaktır. Elde edilmeye çalışılan ideal sonuç, toplum vicdanını rahatlatarak hukuki barışı korumaya hizmet edecektir. Dolayısıyla bu süreçte uygulamacılar doğru karara ulaşmak için mücadele etmek zorundadır. Ancak bu mücadele sonu olmayan bir mücadele değildir ve belirli bir noktada sona ermek zorundadır. Hukuki barışın sağlanabilmesi için suç şüphesinin her zaman canlı tutulmaması gerekir. Aksi takdirde bu durum toplum vicdanında rahatsızlık yaratacaktır⁵.

Yargı mercilerinin önüne getirilmiş olan cezai uyuşmazlık, çözüme kavuşturulmak zorundadır. Zira bu merciler cezalandırma tekeline elinde tutmakta ve toplumsal barışı korumaya çalışmaktadır. Bu durum özelinde belirli bir süreç içerisinde çözümlenemeyen uyuşmazlık, hafızalarda şüphe yaratmayı sürdürecektir. Kişiler aynı uyuşmazlık konusuna ilişkin olarak sürekli yeni meseleler ortaya atabilecek ve yargı mercileri ise bu meselelerle uğraşmak zorunda kalacaktır. Bunun yanında ise şüpheli, sanık veya hükümlü konumunda bulunan kişiler daima bir tedirginlik içerisinde kalacak ve normal hayatlarına devam etmekte zorlanacaklardır. Görevini yapması güç hale gelen yargı mercileri ise itibar kaybedecek

ve hukuki barışın sağlanması tehlikeye düşecektir. Bu sorunların önüne geçebilmek adına, cezai sorunların sürekli devam etmesine izin verilmemeli, her bir dava belirli bir süre içerisinde sonuçlandırılmalı ve verilmiş olan hükmün değişmeyeceği kabul edilmelidir.

Bir suçun işlenmesi ile bozulan huzur adaletin yerini bulması ile düzelebilecektir. Bunu sağlayacak olan kurum ise “kesin hüküm” dür. Kesin hükmün değişmez olması kabul edilmezse, adalet konusunda sürekli bir şüphe duyulacak, bu durum da cezanın etkinliğini azaltacaktır⁶.

Kesin hüküm ile varılan yargıda, hukuki uyuşmazlığın taraflarının somut durumlarına etki edilmekte ve daha önce yargılama konusu olmuş uyuşmazlık bir daha yargı mercilerinin önüne getirilememektedir⁷.

Kesin hüküm, hükmün bir özelliği olup, onun bir unsuru değildir. Hükmün, kesin hüküm niteliğini alması ile değişmez olur ve kesin hükme uyma mecburiyeti; yalnızca kesin hükmün infaz edilebileceğini, kesin hükmün infaz edilmesinin ertelenemeyeceğini ve “*ne bis in idem*” sonuçlarını da beraberinde getirecektir⁸.

Kesin hükmün niteliği konusunda ileri sürülen iki teori bulunmaktadır. Bunlar: şekli kesin hüküm teorisi ve maddi kesin hüküm teorisidir⁹. Şekli kesin hüküm teorisi ile yargı mercilerince verilmiş olan bir kararın artık olağan kanun yollarına başvurulmak suretiyle değiştirilemeyeceği ifade edilmektedir. Başka bir deyişte ise, söz konusu karara ilişkin olarak olağan kanun yollarının tüketilmesi halinde hükmün kesinleştiğinden bahsedilebileceği belirtilir¹⁰. Şekli kesin hükmün sonuçları, hükmün infaz edilebilir olması ve maddi anlamda kesin hükmün ortaya çıkmasıdır. Maddi kesin hüküm teorisi ise kesinleşmiş bir hüküm ile tespit edilen olayların ve kazanılmış hakların, yargı mercilerince yeniden tartışılmasının mümkün olmadığı anlamına gelmektedir. Bunun için uyuşmazlığa ilişkin olarak tarafların, konunun ve sebebin aynı olması gerekmektedir¹¹. Başka bir deyişle, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan uyuşmazlık yargı mercilerinin önüne geldiğinde, kesin hüküm devreye girecek ve hukuki barışın söz konusu olması sebebiyle yargı mercilerince re’sen göz önüne alınacaktır¹².

¹ Dilaver Nişancı, **Ceza Muhakemesinde Yargılamanın Yenilenmesi**, 2.Bası, Ankara, Adalet Yayınları, 2021, s.13.

² Hakan Karakehya, “Ceza Muhakemesinin Amacı”, **İÜHF**, C.LXV, No:2, 2007, s.122.

³ YCGK. 2013/10-642E., 2014/302K., (Çevrimiçi), www.kararara.com, 5 Mayıs 2022.

⁴ Karakehya, **a.g.e.**, s.122.

⁵ Mustafa Özen, “Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, No:1, 2010, s.391.

⁶ Faruk Erem, “Ceza Usulünde Kesin Hüküm”, **AÜHF**, C.XX, No:1, 1963, s.38.

⁷ Nişancı, **a.g.e.**, s.218.

⁸ Erem, **a.g.e.**, s.44.

⁹ Serdar Talas, “Ceza Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004, s.10.

¹⁰ Nişancı, **a.g.e.**, s.19.

¹¹ Asiye Selcan Ataç, “Türk Ceza Hukukunda Kesin Hükmen Önleme Etkisi”, Yayınlanmış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s.50.

¹² Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9.Bası, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.784.

C. Genel Olarak Yargılamanın Yenilenmesi Nedenleri

Yargılamanın yenilenmesi kurumu, kesin hüküm halini almış kararlardaki hukuka aykırı durumların giderilmesi amacıyla başvurulabilecek olağanüstü bir kanun yoludur¹³. Olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi istisnai nitelikte bir kurum olup, kıyasa kapalıdır. Yargılamanın yenilenmesi yolu, yargılama sürecinde bir derece oluşturmamaktadır. Zira bu kanun yoluna başvurmak suretiyle daha önce vermiş olduğu hükmü değiştiren veya ortadan kaldıran, ilk kararı vermiş olan mahkemedir¹⁴.

Mülga CMUK döneminde, bu kurumun bir kanun yolu olup olmadığı hususu, kanunda açık bir düzenleme olmaması sebebiyle tartışmalıydı¹⁵. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ise yargılamanın yenilenmesinin olağanüstü bir kanun yolu olduğunu belirtmek suretiyle tartışmalara son vermiştir.

Gerek mülga CMUK gerekse de CMK’da yargılamanın yenilenmesi nedenleri sınırlı sayıda olacak şekilde sayılmıştır. Dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi nedenlerinin kıyas yolu ile genişletilebilmesi söz konusu değildir¹⁶.

CMK yargılamanın nedenlerini, CMUK’da olduğu gibi, lehe ve aleyhe olacak şekilde iki ayrı madde halinde düzenlemiştir. CMK m.311’de lehe yargılamanın yenilenmesi sebepleri, m.314’te ise aleyhe yargılamanın yenilenmesi sebepleri yer almaktadır. Her iki madde incelendiğinde bazı yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin hem lehe hem de aleyhe neden olarak düzenlendiği görülmektedir. Bazı yargılamanın yenilenmesi sebepleri ise yalnızca lehe veya yalnızca aleyhe olacak şekilde düzenlenmiştir.

Makalemizin konusunu oluşturan “içtihat değişikliği sebebiyle yargılamanın yenilenmesi”, lehe yargılamanın yenilenmesi maddesinde düzenlenen “yeni olaylar ve yeni deliller” sebebine ilişkin olduğundan yalnızca ilgili sebebe ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

II. Yeni Olaylar ve Yeni Deliller Sebebiyle Yargılamanın Yenilenmesi

A. Genel Olarak

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedenleri” kenar başlıklı m.311/1-e hükmü uyarınca, yeni olaylar veya yeni delillerin söz konusu olması ve bunların dikkate alınması halinde sanığın beraat etmesi veya daha az cezayı alması söz konusu oluyor ise yargılama yenilenmelidir.

“Yeni olaylar ve yeni deliller”, hükümlü lehine getirilmiş olan en kapsamlı yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden biridir.

Yeni olaylar veya yeni deliller, daha önceleri tespit edilmesi mümkün olmayan adli hataların ortadan kaldırılmasında imkân tanıyan ve yargılamanın yenilenmesi kurumunun temel ortaya çıkış sebebidir. Çünkü, yargılamanın yenilenmesinin temelinde, yeni

olayların veya yeni delillerin ortaya çıkması sebebiyle yapılan yargılamanın bir kez daha gözden geçirilmesi yatmaktadır¹⁷.

Yeni olay ve delil kavramlarının geniş kapsamlı olmasının kesin hükmün niteliğine zarar verebileceğini ve bu sebeple tehlike oluşturma ihtimalinin bulunduğunu ileri süren görüşler mevcuttur. Bu görüşün yanında yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin tek tek sayılmasının sakıncalı olduğu zira bu sayma neticesinde hata ve unutmaların söz konusu olabileceğini, bu sebeple genel kapsamlı bir ifadenin kullanılmasının yerinde olduğu görüşü de mevcuttur¹⁸. Kanaatimizce, yargılamanın yenilenmesi nedenlerinin sayma yolu ile belirtilmesi ve bunun yanında genel bir sebep konulması oldukça yerinde bir düzenlemedir. Ancak çalışmamın sonuç kısmında da belirteceğim üzere bazı eksiklikler mevcuttur. Bu eksikliklere ilişkin bazı ek düzenlemeler getirilmesi gerekmektedir.

B. Yenilik Kavramı

CMK’da belirtildiği üzere, ortaya konulmuş olan olay veya delilin “yeni” olması gerekmektedir. Olay veya delilin yeni olması, maddenin uygulanabilmesi bakımından bir ön şarttır¹⁹.

“Yeni” kavramından söz konusu olayın veya delilin hükümlü tarafından bilinip bilinmediği dikkate alınmaksızın, hükmü vermiş olan mahkemeye sunulmamış yahut sunulmamış ve bu nedenle hüküm verilirken dikkate alınmamış olay ve delil anlaşılmalıdır. Dolayısıyla “yenilik” kavramı mahkemeye sunulma açısından önem arz etmektedir²⁰. Bu husus göz önünde bulundurulduğunda, yargılama sürecinde mahkeme sunulmasına rağmen mahkemece reddedilmiş veya hükme esas alınmamış olan olaylar ve deliller yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil etmeyecektir. Ancak mahkemeye sunulmasına rağmen, mahkemenin dikkatinden kaçmış ve bu sebeple hükme esas alınmamış olan olay veya delilin yeni olduğunda bahsedilebilecektir. Bu durumda, söz konusu olayın veya delilin mahkemenin dikkatinden kaçtığına ispat edilmesi gerekmektedir²¹. İspat bakımından ise hükmün gerekçesinin incelenmesi yerinde olacaktır.

17 Hakan Gündüz, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s.157.

18 Nişancı, **a.g.e.**, s.114.

19 Sevi Bakım, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, **MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C.XIX, No:2, 2015, s.934.

20 Talas, **a.g.e.**, s.133.

21 “Delil ve olayların, yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilebilmesi için “yeni” olması gerekmektedir. Hükmü veren mahkemeye bildirilmemesi sebebiyle, hükümde dikkate alınmamış olan her olay ve delil hükümlü tarafından bilinip bilinmemesi önemli olmaksızın “yeni” olarak nitelendirilmektedir. Olay ya da delilin yeniliği, olayın kesin hükümden sonra meydana gelmiş olmasıyla değil, kesinleşmiş olan hükmün verilmesi sırasında değerlendirilip değerlendirilmediği ile bağlantılıdır. Kesin hükümden önce meydana gelen ancak mahkemenin bilgisine sunulmayan ya da mahkeme tarafından değerlendirilmeyen deliller ve olaylar da “yeni” sayılmalıdır. Bu doğrultuda hükmü veren mahkemeye bildirilmediğinden yargılama yapılırken değerlendirilemeyen her türlü olgu ve delil de “yeni” sayılmaktadır.” YCGK. 2012/909 E., 2014/121 K., (Çevrimiçi) www.kararara.com, 17 Nisan 2022.

13 Ayhan Döner, İsmail Köküarı, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Anayasa Mahkemesi Kararları Bakımından Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olup Olmayacağı Sorunu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. XII, No:1-2, 2008, s.665.

14 Cansu Urhan Öztürk, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020, s.4.

15 Nişancı, **a.g.e.**, s.11.

16 Talas, **a.g.e.**, s.99.

İlk derece mahkemesinde yapılan yargılama sürecinde sunulmamış olan bir delilin istinaf aşamasında veya temyiz aşamasında sunulması durumunda ise söz konusu olayın veya delilin yeniliğinden bahsedilemeyecektir. Zira sonradan sunulan olay veya delil, karar kesinleşmeden BAM veya Yargıtay’ca değerlendirilmiş ve yeni olma özelliğini yitirmişlerdir.

Mahkemeye sunulmamış olan bir olay veya delil, hükümlüye atfedilebilen bir sebepten dolayı sunulmamış ise bu durumda söz konusu olay veya delilin yeniliğinden bahsedilebilecek midir? Böyle bir durumun varlığında, yukarıda da izah ettiğimiz üzere, yenilik mahkemenin bilgisi dahilinde olup olmadığına göre belirlenecektir. Ancak bu olayın veya delilin, hükümlü tarafından kasten sunulmamasının veya saklanmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Zira CMK.m.147/1-e uyarınca sanığın susma hakkı bulunmaktadır. Bunun yanında yargılama sürecinin adil bir şekilde yürütülmesi ve uyuşmazlığı ilişkin delillerin toplanması, olayların araştırılması ve bunların neticesinde maddi gerçeğe ulaşılması mahkemenin sorumluluğundadır. Tüm bu hususlar göz önüne alındığında, söz konusu olay veya delil yeni olarak nitelendirilecek ve yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılabilecektir²².

CMK.m.319/1 uyarınca mahkemeye sunulmuş olan olay veya delilin yeni olmadığı tespit edilir ise talep, kanunda belirtilen şartların sağlanmaması sebebiyle reddedilmesi gerekmektedir.

Sunulmuş olan olay veya delilin yeni olduğu tespit edilemez ve bu hususta bir şüphe oluşur ise bu durumda yenileme talebinin reddedilmesi gerekmektedir. Böyle bir durumun varlığı halinde ise “şüpheden sanık yararlanır” ilkesinden ziyade kesin hükmün varlığından bahsedilecektir²³. Sunulan olayın veya delilin, yenileme talebinde bulunan kişi tarafından yeni olduğunun ispatlanması gerekmemektedir. Söz konusu delilin veya olayın yeni olduğunu hususu mahkemece ortaya konulacaktır. Sunulan olayın veya delilin inandırıcı olması gerekli ve yeterlidir.

C. Olay ve Delil

CMK.m.311 gereğince “yeni olay” ve “yeni delil” yargılamanın yenilenmesi nedenlerinden bir tanesidir. Yukarıda “yeni” kavramı açıklanmaya çalışılmıştır. Bu başlıkta ise “olay” ve “delil” kavramlarından ne anlaşılması gerektiği açıklanmaya çalışılacaktır. Delil kavramından ne anlaşılması gerektiği ne mülga CMUK’da ne de CMK’da tanımlanmış değildir. Bu sebeple yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılabilecek delilin niteliğine ilişkin genel bir ölçüt konulması söz konusu değildir. Dolayısıyla somut olaylardan yola çıkılarak, delil kavramından ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz. CMK.m.217 uyarınca, maddi gerçeğe ulaşılması amacıyla, hukuka uygun bir biçimde elde edilmiş olan delil, hâkim önüne getirilmiş ve tartışılmış olmak kaydıyla kullanılabilir. Uyuşmazlık konusu olup da ispata muhtaç olan olayın, ispat edilmesine hizmet edecek vakıa ve izler de delil olarak değerlendirilecektir²⁴.

²² Burçin Küçükcasap Özkan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Konya, Platon Hukuk Yayınevi, 2020, s.98.

²³ Nişancı, a.g.e., s.117.

²⁴ Gündüz, a.g.e., s.161.

Olay kavramı ise usul hukukunda doğrudan veya dolaylı olarak ispat aracı olarak kabul edilen şeylerdir. Olay kavramı yargılamanın yenilenmesi bakımından geniş algılanmalıdır²⁵. Bir şeyin “olay” vasfının kazanması, beş duyu organıyla algılanabilmesi ve doğrudan vuku bulmasına bağlıdır. Bu sebeple, yargılama sürecinde daha önceden ifade vermiş olan tanıkların, daha sonradan ifadelerini değiştirmeleri yeni delilden ziyade olay olarak kabul edilmektedir²⁶.

CMK’nın “yeni olaylar ve yeni deliller” ifadesini kullanmış olması, ilk başta bahsedilen olay ya da delilin sayıca birden fazla olması gerektiğini düşündürse de yeni olarak nitelendirilmesi şartıyla tek bir olay veya delil, yargılamanın yenilenmesi için yeterli olarak değerlendirilmektedir.

Kanun değişikliği, yeni bir olay veya yeni bir delil olarak değerlendirilemez²⁷. TCK.m.7/2 uyarınca, önceki veya sonraki kanun ayrımı yapılmaksızın hangi kanun failin lehine ise o kanun uygulanacaktır. Söz konusu düzenleme istisnai nitelikte olup, kural olarak yapılan kanun değişiklikleri derhal uygulanacaktır. Bu istisnai durumun ise ceza muhakemesinde uygulama alanı bulunmamaktadır. Dolayısıyla yapılan kanun değişiklikleri derhal uygulanır.

D. Yeni Olay ve Delilin Önemli Olması

Ceza Muhakemesi Kanunu, her yeni olayın veya yeni delilin yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak görmemektedir ve buna bir ölçüt getirmiştir. Bu ölçüte göre, her türlü yeni olay veya yeni delil değil ancak kanunda belirttiği gibi sanığın beraat etmesini yahut daha hafif bir ceza almasını sağlayacak olan yeni olay veya deliller yargılamanın yenilenmesinde dikkate alınacaktır. Başka bir deyişle, yeni olay veya delillerin mevcut olan hükmün dışında başka bir hükmün kurulmasını gerektirecek nitelikte olması gerekmektedir²⁸. Yani bahsedilen bu olay veya deliller “önemli” olmalıdır²⁹. Dolayısıyla yargılamanın yenilenmesini gerektirecek olay veya delilin hem yeni hem de önemli olması aranmaktadır.

İleri sürülmüş olan olay veya delilin önemli olup olmadığı mahkeme takdir edecektir. Bu değerlendirmede mahkemeye yeni sunulan olay veya delil, ilk hükmü veren mahkeme tarafından biliniyor olsaydı mevcut karardan farklı olarak sanık hakkında beraat yahut daha az cezaya hükmeden bir karar verilir miydi sorusuna yanıt arayacaktır. Bulunan cevap olumlu ise bu durumda mahkeme olay veya delilin önemli olduğuna karar verecektir. Diğer yandan sunulan yeni olay veya delilin, sanığın beraatını veya daha az cezayı alması gerektiğini mutlak surette kanıtlaması gerekmiyip, akla yakın bir gerçekliğin ortaya konulması yeterli görülmektedir. Bu sebeple, sanığın beraat veya daha az ceza alacağı konusunda yeterli olasılık sunan olay veya delil dikkate alınacaktır³⁰. Dolayısıyla yeterli

²⁶ Küçükcasap Özkan, a.g.e., s.99.

²⁷ Talas, a.g.e., s.136.

²⁸ Burak Turcan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021, s.63.

²⁹ Hüseyin Teoman Demirci, “Ceza Muhakemesinde Yargılamanın Yenilenmesi”, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2019, s.48.

³⁰ Gündüz, a.g.e., s.168.

olasılık sunan olay veya delilin “önemlilik” şartını yerine getirdiği varsayılmalıdır³¹.

CMK.m.311/1-e’de her ne kadar “beraat veya daha hafif ceza” ifadesi kullanılmış olsa da beraat ifadesi geniş yorumlanarak, devletin cezalandırma hakkını ortadan kaldıran tüm durumlar anlaşılmalıdır.

“Yeni olaylar ve yeni deliller” CMK’nın yalnızca lehe yargılamanın yenilenmesi nedenleri arasında düzenlenmiştir. Dolayısıyla, bu durumun yalnızca lehe nedenler arasında düzenlenmesi maddi gerçekliğe ulaşmak ve adaleti tesis etmek bakımından yetersiz kalacaktır. “Yeni olaylar ve yeni deliller” nedeninin aleyhe yargılama nedeni olarak da kanunda düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Hatta bu nedenin aleyhe nedenler arasında düzenlenmesi durumunda, sanığın daha önce yapılmış olan yargılamada beraat etmiş olma şartının da aranmaması gerekmektedir. Ortaya çıkmış olan yeni olay veya yeni delilin sanığın ceza almasını veya daha ağır bir ceza almasını gerektiriyor ise yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması gerekmektedir³².

Sonuç olarak, adaletin tecelli edebilmesi, maddi gerçekliğin orta çıkabilmesi ve kamu vicdanının rahat edebilmesi için “yeni olaylar ve yeni deliller” aleyhe yenileme nedenleri arasında düzenlenmelidir.

III. İçtihat Değişikliği Sebebiyle Yargılamanın Yenilenmesi Sorunu

A. İçtihat Kavramı

İçtihat, bir görüşe göre, yargılama mercilerinin, yargılama konusu olan olayla ilgili olarak tespit ettikleri hukuki uyumsuzluk açısından benimsemiş oldukları görüş, kararlarda açıklanan hukuk anlayıştır³³. Diğer bir görüşe göre ise, mahkemelerin kanunu yorumlamasıdır³⁴. Tanımlar arasında nitelik bakımından ciddi bir farklılık bulunmamakla birlikte bizce de içtihat, mahkemenin önüne gelen uyumsuzluğu çözebilmek adına ilgili kanun maddelerini yorumlayarak ortaya koymuş olduğu hukuki görüşüdür.

İçtihat değişikliği sebebi ile yargılamanın yenilenmesi konusunda asıl mesele Yargıtay’ın içtihat oluşturması ancak sonraki süreçlerde oluşturmuş olduğu içtihattan vazgeçerek yeni bir içtihat oluşturmasıdır. Zira Yargıtay, ülke genelinde hukukun belirli koşullarla uygulanmasını denetlemek ile yükümlüdür. Bu kapsamda ilk derece mahkemelerinin yahut bölge adliye mahkemelerinin vermiş oldukları kararlar bu konuda esas alınmayacaktır. Esas alınması gereken içtihatlar, Yargıtay Genel Kurulu’nun vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararlarıdır.

B. Adli Hata Nedeniyle Yargılamanın Yenilenmesi

1. Adli Hata

Kesin hükmün hukuki güvenliğin sağlanabilmesi bakımından ne derece önemli olduğunu daha önce belirtmiştik. Hukuki güvenliğin sağlanabilmesinin yanında kesin

hüküm ile adaletin de sağlanmış olması son derece önemlidir³⁵.

İlk derece yargılaması ve yargılama süreci sonunda hukuki hataların düzeltilmesi imkanının söz konusu olduğu temyiz incelemesine rağmen, bir hüküm tüm incelemelerden geçerek kesin hüküm niteliğini kazansa dahi, ilerleyen zamanda söz konusu hükmün maddi gerçeklik ile örtüşmediği, yargılama konusu olayın mahiyetine aykırı olarak sanığın lehine yahut aleyhine bir sonuç doğurduğu, yani hükmün adli hata ile lekeli olduğu ortaya çıkabilir³⁶.

2. Maddi Hata-Hukuki Hata Ayrımı

Yargılamanın yenilenmesi, yargılama sürecinde yapılmış olan adli hatanın yargılama süreci sona erdikten ve ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karar kesinleştikten sonra ortaya çıkan ve bu adli hatanın giderilmesi amacıyla başvurulana istisnai nitelikteki kurumdur³⁷. Yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmak suretiyle giderilmek istenen adli hata, maddi bir hatadan yahut hukuki bir hatadan kaynaklanabilir³⁸.

Uyuşmazlığın maddi boyutu, yargılama konusu fiilin, sanık tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, bu fiilin ne zaman ve nasıl gerçekleştirildiği ile ilgilidir. Bu unsurlar olaya ilişkindir ve olayın çözümüne ilişkin bu unsurlarda yapılan hatalar maddi hata olarak nitelendirilmektedir.

Yargılama konusu olan maddi olay tüm hatları ile ortaya konulduktan sonra, işlendiği sabit hale gelen fiilin ceza kanunlarında bir suça karşılık gelip gelmediği (tipiklik), eğer bir suç oluşturuyor ise bunun sınıflandırılması ve neticesinde uygulanacak yaptırımın belirlenmesi uyumsuzluğun hukuki boyutuna ilişkindir ve bu hususlara ilişkin yapılmış olan bir hata, hukuki hata olarak nitelendirilecektir³⁹.

Mahkemenin önüne gelen uyumsuzluğu çözebilmek adına oluşturmuş olduğu hukuki görüşünden ilerleyen süreçlerde vazgeçmesi ve yani bir içtihat oluşturması da önceki içtihadından vazgeçtiğini, eski içtihadının hatalı olduğunu, söz konusu hukuki soruna yönelik olarak artık eski görüşünü benimsemediğini gösterir ki bu durumda hukuki bir hatanın varlığından söz edilmektedir⁴⁰.

a. Adli Hata Nedeniyle Kesin Hükmün Ortadan Kaldırılması

Yargılamanın yenilenmesi ile asıl amaçlanan adli hataların ortadan kaldırılmasıdır. Zira, hukuki barışın sağlanmasının yanında hukuki güvenliğin de sağlanması gerekmektedir ve adli hatalar sebebiyle kesin hüküm temelinden sarsılacaktır. Kesin hükmün temellinden sarsılması ve bu haliyle muhafaza edilmesinin hukuk düzenince kabulü mümkün değildir⁴¹. Hukuki güvenlik ile adaletin sağlanmasının birbirine tercih edilmesi imkansızdır. Bu sebeple iki müessesenin uzlaştırılabilmesi gerekmektedir. Bu uzlaşma ise ancak yargılamanın yenilenmesi kurumu ile mümkündür.

³¹ Küçükcasap Özkan, **a.g.e.**, s.102.

³² Ayhan Önder, “Muhakemenin İadesinde Reform, **İÜHF**, C.XXXVIII, No:1-4, 1973, s.42.

³³ Nurullah Kunter, “Hukukî Hatayı Gidermek İçin Ceza Muhakemesinin Yenilenebilmesi Sorunu”,

Yargıtay Dergisi, C.XII, No:3, 1987, s.203.

³⁴ İsmail Malkoç, “İçtihat Değişikliği Nedeniyle Karar Düzeltme ve Yargılamanın Yenilenmesi”,

Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.I, No:3, 1988, s.443.

³⁵ Gündüz, **a.g.e.**, s.32.

³⁶ Talas, **a.g.e.**, s.11.

³⁷ Bakım, **a.g.e.**, s.920.

³⁸ Kunter, Hukuki Hata, s.203.

³⁹ Kunter, Hukuki Hata, s.204; Talas, **a.g.e.** s.13; Gündüz, **a.g.e.** s.33.

⁴⁰ Kunter, **Hukuki Hata**, s.204.

⁴¹ Gündüz, **a.g.e.** s.33.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuru imkânı veren adli hatanın, maddi hata veya hukuki hata olup olmadığı noktasında açık bir düzenlemeye yer vermemiştir. Kanun, sadece m.311 ve m.314'te lehe yargılama nedenleri ve aleyhe yargılama nedenlerini saymak ile yetinmiştir.

Öğretide bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar bu soruna değinmezken, bazı yazarlar ise konuya ilişkin olarak, hukuki hata sebebiyle yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamayacağını belirtmişlerdir.

İçtihat değişikliğinin yargılamanın yenilenmesi olamayacağını ileri süren yazarlardan bazıları, yargılamanın yenilenmesi yolunda ancak eylemsel hataların onarılmasının mümkün olduğunu bu sebeple hukuki hataların kapsam dışında kaldığını ifade etmektedir⁴². Aynı düşünce çerçevesinde bazı yazarlar, bir hukuk kuralının hiç uygulanmaması yahut yanlış uygulanması anlamındaki bir hukuki hatanın veya hukuki uyuşmazlığa getirilen yeni bakış açısının yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılamayacağını belirtmektedir⁴³.

Özgen ise; yargılamanın yenilenmesi kurumunun sadece fiili hatalar bakımından söz konusu olabileceğini, kanunun veya içtihadın değişmesinin hukuki hataya ilişkin olduğunu, yapılan kanun değişikliğinin herhangi bir soruna yol açmayacağını zira halihazırda lehe kanun hükümlerinin uygulanacağını, içtihat değişikliğine ilişkin ise böyle bir düzenlemenin hukukumuzda olmadığını, bu sebeple yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil etmeyeceğini belirtmektedir. Yazar aynı zamanda kanun değişikliğinin dikkate alınarak kişi hakkında lehe olan hükümler uygulanırken, içtihat değişikliğinin olması durumunda ise kanunumuzda bu yönde bir düzenlemenin olmamasının haksızlığa yol açtığını, son tarihli içtihadın en doğru içtihat olduğunu, son tarihli içtihadın kabul edilmesiyle eski olan içtihadın yanlış olduğunun kabul edildiğini ve bu sebeple yanlış hükmün varlığının korunmasının hakkaniyete sığmayacağını belirtmektedir. İlave olarak da hukuki hata ile fiili hata arasında herhangi bir farkın olmaması gerektiğini ve bu sebeple hukuki hataların da yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesinin bir zaruret olduğunu ifade etmektedir⁴⁴.

İçtihat değişikliğinin bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olabileceğini ileri süren yazarlar da mevcuttur. Bu yazarlardan bazılarının göre, fiili hatalarda olduğu gibi hukuki hataların söz konusu olduğu durumlarda da yargılamanın yenilenmesi mümkündür. Yeni olay ve delil sebebine dayanılarak içtihat değişikliği bir yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılabilir.

İçtihat değişikliğinin yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak sayılamayacağı belirtirken, daha sonra görüş değiştirerek hukuki hataların da yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılabileceğini ileri süren yazarlar da mevcuttur. Bu yazarlardan Malkoç'a göre, uyuşmazlık konusu olay açısından hukuken ve fiilen hiç gündeme gelmemiş ve bu sebeple hukuken dikkate alınmamış, alınsa dahi hukuki sonuç doğurmayacak olan yeni düşünce önceki davalar bakımından yok hükmündedir. Yeni düşünce ancak Yargıtay tarafından bir değerlendirme ölçüsü olarak

kabul edildiği zaman yeniden ve ilk defa dava gündemine giren bir maddi olay olarak dikkate alınma niteliğini kazabilecektir. Dolayısıyla içtihat değişikliği yeni bir olaydır⁴⁵.

Kunter ise içtihat değişikliğinin yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılmamasının birçok adaletsiz sonuç doğurduğunu belirterek eski görüşünü terk etmiş ve bu durumun da yargılamanın yenilenmesi sebebi olabileceğini belirtmiştir. Yazar bu görüşünü ise şu gerekçelere dayandırmaktadır: CMUK'ta yargılamanın yenilenmesi sebepleri ortaya koyulmuş ancak bu sebeplerin ortaya çıkması ile söz konusu olan hatanın hukuki olup olmadığı hususu ile ilgilenilmemiştir. Diğer yargılamanın yenilenmesi sebepleri incelendiğinde hukuki hataların söz konusu olması halinde de bu yola başvurulabileceği görülmektedir. Hakimlerin görev suçları yahut dayanak hukuk mahkemesi hükmünün bozulması halleri hukuki hata sebebiyle yargılamanın yenilenmesi hallerine örnek oluşturmaktadır. Yeni olaylar ve yeni delillerin yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmesinin amacı, cezanın tayini ile ilgili hataların düzeltilmesi olup, cezanın tayini konusu da hukuki bir hatadır.

C. İçtihat Değişikliğinin Nedeniyle Yargılamanın Yenilenmesine İlişkin Görüşümüz

Yargılamanın yenilenmesi kurumu, ilk yargılama sürecinde yapılmış olan adli bir hatanın yargılama tamamlandıktan sonra ortaya çıkması durumunda, bu hatanın düzeltilebilmesi için başvurulabilecek istisnai bir yoldur. Başvurulabilecek istisnai bir yol olması sebebiyle, bu yola başvurulmasını sağlayacak nedenler CMK'da sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Bu kapsamda CMK m.311'de lehe yargılama sebepleri düzenlenirken, m.314'te ise aleyhe yargılama sebepleri düzenlenmiştir. Bu maddelerde sayılan sebepler incelendiğinde, çoğunun maddi hataya ilişkin olduğu görülmektedir. Nitekim CMK m.311/1-a ve m.314/1-a'da düzenlenen sahte belge, CMK m.311/1-b'de düzenlenen gerçek dışı tanıklık veya bilirkişilik, CMK m.314/1-c'de düzenlenen beraat sonrası ikrar bu bağlamdadır. Bu yanında; CMK m.311/1-c ve m.314/1-b'de düzenlenen hâkimlerin görev suçları, CMK m.311/1-d'de düzenlenen kaldırılmış hukuk mahkemesi hükmü, CMK m.311/1-f'de düzenlenen AİHM'in ihlal kararı ve AYM'nin ihlal kararı yenileme sebeplerinde hukuki hatalar sebebiyle yargılamanın yenilenmesi söz konusudur. Sayılan bu sebeplerin sınırları belirli iken ve net bir biçimde bu sebeplerin maddi veya hukuki hataya yönelik olduğu tespit edilebiliyorken, CMK m.311/1-e'de düzenlenen yeni olaylar ve yeni deliller sebebiyle yargılamanın yenilenmesinde aynı şeyler söylenemeyecektir. Zira söz konusu yargılama nedeni geniş yorumlanmaya uygundur.

CMK'nın 311 ve 314'üncü maddelerinde yer alan sebepler, yukarıda izah edildiği üzere belirli sınırlar içerisine sokulabilmekte ve bu sınırlar çerçevesinde değerlendirilebilmektedir. Ancak yeni olaylar ve yeni deliller, yapısı gereği geniş yorumlanmaktadır ve CMK'da öngörülmemiş kısıtlamalar da bu bağlamda kabul edilemeyecektir. Başka bir deyişle; diğer sebepler özel oldukları halde, yeni olaylar ve yeni deliller daha genel bir sebeptir⁴⁶. Bu sebeple tespit edilmesi gereken husus; hukuki hatanın, yeni olay veya yeni delilde

⁴² Kunter, **Hukuki Hata**, s.204.

⁴³ Talas, **a.g.e.**, s.139.

⁴⁴ Eralp Özgen, "Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi", **AÜHF Yayınları**, No:232, 1968, s.22.

⁴⁵ Malkoç, **a.g.e.**, s.451-453.

⁴⁶ Nurullah Kunter, "İçtihat Değişmesi Nedeniyle Ceza Muhakemesinin Yenilenebilmesi Sorunu", **Yargıtay Dergisi**, C.XIV, No:1-2, 1988, s.49.

bulunması gereken niteliklere sahip olup olmadığıdır. Bu nitelikler ise “yeni olmak” ve “önemli olmak” tır.

Kanaatimizce içtihat değişikliği sebebiyle yargılamanın yenilenmesi mümkündür. Bu konuda öncelikle şunu belirtmeliyiz ki içtihat değişikliği sebebiyle yargılamanın yenilenmesi sorunda “ıctihat değışikliğı” nin bütün mahkeme kararları bakımından geçerli olması mümkün değildir. Sadece davanın tarafları bakımından bağlayıcı olan ilk derece mahkemelerinin vermiş olduğı kararlarda değışiklik yapması bir yargılama nedeni olamayacaktır. Bunun yanında, Yargıtay’ın ceza dairelerinin vermiş oldukları kararda değışikliğe gitmesi halinde de içtihat değışikliğı nedeniyle yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebileceğı görüşüne⁴⁷ katılmamaktayız. Zira Yargıtay ceza dairelerinin vermiş oldukları kararların mutlak bağlayıcı niteliğı bulunmamaktadır. İctihat değışikliğı nedeniyle yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilebilecek tek içtihat değışikliğı Yargıtay Ceza Genel Kurulunca içtihadın birleştirilmesi kararlarında yapılan değışikliklerdir. Zira Yargıtay Ceza Genel Kurulu karar veren son derece mahkeme niteliğini taşımakta ve tüm derece mahkemelerinin YCGK kararlarının içtihadı birleştirme kararına uyma zorunluluğı bulunmaktadır.

Bunun yanında, CMK’nın yargılamanın yenilenmesi hükümlerinde maddi hata ve hukuki hata ayrımı yapılmamıştır. Yargılamanın yenilenmesi nedenleri incelendiğinde bazılarının hukuki hataya ilişkin olduğı görülecektir. Dolayısıyla kanunda hukuki hataya ilişkin yargılamanın yenilenmesinin yasaklanmadığı ve aksine bazı yenileme nedenlerinin hukuki hataya ilişkin olduğı göz önünde bulundurulduğunda, hukuki bir hata temelli olan içtihat değışikliğı sebebiyle yargılamanın yenilenmesi mümkündür.

İctihat değışikliğı aynı zamanda “yeni olaylar ve yeni deliller” sebebine ilişkin “yenilik” ve “önemlilik” şartını da yerine getirmektedir. Önüne gelen uyuşmazlığa ilişkin olarak ilk derece mahkemesi karar aşamasında YCGK’nın içtihadı birleştirme kararına uygun karar vermek zorundadır. Zira bu içtihat mahkemeler açısından bağlayıcıdır. Daha sonradan YCGK’nın içtihadı birleştirme kararını değışirmesi halinde yeni içtihadın yargılama sürecini yürüten ve karar veren mahkemenin bilgisi dahilinde olduğı söylenemez. Dolayısıyla YCGK’nın içtihadını değışirmesi; önceki kararının hatalı olduğunu kabul etmesi ve artık eski görüşünü benimsemediğı anlamına gelmektedir. YCGK’nun kanuna ilişkin getirmiş olduğı yaklaşımı yenidir ve bu hususun ilk derece mahkemesince bilinmesi beklenemez. Bunun yanında, YCGK’nın yeni içtihadı, hükümlü hakkında daha hafif ceza verilmesi gerektirecek olan kanun hükmünün uygulanmasını veya beraat kararının verilmesini gerektiriyor ise “önemlilik” şartını da sağlayacaktır.

Sonuç olarak içtihat değışikliğı sebebiyle yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesi mümkündür. Zira, hükümlü hakkında verilmiş olanceza, bir kanun maddesinden ziyade bir mahkemenin kanun maddesine olan yaklaşımından kaynaklanmaktadır. Daha sonradan ise mahkemenin önceki içtihadını terk ederek, bu içtihadının hatalı olduğunu kabul etmesi halinde hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğacaktır. Ancak yukarıda izah ettiğimiz üzere bahsedilen içtihat değışikliğı bütün mahkeme kararlarını kapsamamaktadır. Aksi halde yargı sisteminin tıkanması gündeme gelebileceğı gibi, kesin hükmün tamamen etkisiz hale getirilmesi söz konusu olacaktır ki bu da hukuksal barışı tehdit edecek, toplumun huzurunu bozacaktır.

SONUÇ

Yargılama süreci sonunda kesinleşen hüküm, uyuşmazlık konusu olayın mahiyetine aykırı olacak şekilde çözülmüş ise söz konusu hüküm hatalıdır ve yargı mercilerince düzeltilmesi gerekmektedir. İlk derece mahkemelerince verilmiş olan hatalı hükümlere yönelik olarak, kanun yolları kabul edilmiş olsa da bu yollara başvurulması her zaman söz konusu hataların düzeltilmesini sağlamayacaktır. Böyle durumların varlığında ise yargılama sonunda kesin hüküm niteliğini alan kararlar, bir kere daha incelenmek suretiyle kaldırılabilir. Bu kararların kaldırılabilmesi ise yargılamanın yenilenmesi kurumu ile mümkündür.

Yargılamanın yenilenmesi kurumu, kesin hükmün varlığına rağmen hem sanığın lehine hem de aleyhine olarak ortaya çıkmış olan durumlar dolayısıyla başvurulabilen olağanüstü bir kanun yoludur. Hükümlünün lehine getirilmiş olan yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden en kapsamlı olanı “yeni olaylar ve yeni deliller” sebebiyle yargılamanın yenilenmesidir. Yeni olay veya delil, daha önce mahkemeye sunulmuş olan delillerle birlikte değerlendirildiğinde, hükümlünün beraat etmesini veya daha hafif ceza almasını sağlayacak kanun hükmünün uygulanmasını gerektiriyor ise yargılama yenilecektir.

Madde kapsamında “yenilik” kavramından anlaşılması gereken; yeni olayın veya yeni delilin hükümlüden ziyade mahkeme tarafından bilinmiyor olması durumudur. Dolayısıyla yeni olma sadece mahkeme bakımından aranmaktadır. Bunun yanında her yeni olay veya delil değil, sadece sanığın beraat etmesini veya daha hafif bir ceza almasını sağlayacak kanun hükmünün uygulanmasını gerektiren olay veya deliller yargılamanın yenilenmesi bakımından kabul edilecektir.

Yeni olayın veya delilin aynı zamanda “önemli” olması gerekmektedir. Öğretideki ağırlıklı olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, beraat ibaresi geniş anlamda yorumlanmalı ve devletin cezalandırma hakkını ortadan kaldıracak bütün durumlar bu kapsama dahil edilmelidir. Bununla birlikte; yeni olaylar ve yeni deliller sebebinin sadece lehe yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak değil aynı zamanda aleyhe yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmesi gerektiğı kanaatindeyiz.

Maddi hatalarla birlikte hukuki hataların da bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olup olmadığı konusu tartışmalı noktalardan biridir. Öğretide ağırlıklı görüş hukuki hataların yargılamanın yenilenmesine konu olamayacağı yönündedir. Bize göre ise hukuki hatalar yargılamanın yenilemesine konu olabilecektir. Yeni olaylar ve yeni deliller sebebiyle yargılamanın yenilenmesi, diğer sebeplere nazaran genel nitelikte olup, geniş yorumlanmaya müsaittir.

İctihat değışikliğı sebebiyle yargılamanın yenilenmesinde ise yeni içtihat, yargılama konusu uyuşmazlık bakımından fiilin ve hukuken hiç gündemde olmaması sebebiyle “yenilik” özelliğini taşımakta ve mahkemece daha önceden verilmiş hükmü temelinde sarsacak nitelikte olması sebebiyle de “önemli” olma özelliğini taşımaktadır. Dolayısıyla yeni ve önemli olma özelliklerini taşıyan içtihat değışikliğı, yargılamanın yenilenmesi sebebidir. Bunun yanında, mahkemelerce yapılan her içtihat değışikliğı bu kapsamda değerlendirilemez. Aksi takdirde yargılamanın yenilenmesi kurumunun istisnai olma özelliğinden bahsedilemeyecektir.

Sonuç olarak herkes açısından bağlayıcı nitelikte olan Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun içtihadında değışiklik yapması, yeni olaylar ve yeni deliller kapsamında bir yargılamanın yenilenmesi sebebidir.

⁴⁷ Kunter, İctihat Değışmesi, s.62.

KAYNAKÇA

- Döner, Ayhan, Köküarı İsmail: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Anayasa Mahkemesi Kararları Bakımından Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olup Olmayacağı Sorunu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, No:1-2, 2008, s.663- 686.
- Ataç, Asiye Selcan: “Türk Ceza Hukukunda Kesin Hükmen Önleme Etkisi”, Yayınlanmış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- Bakım, Sevi: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, **MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C.XIX, No:2, 2015, s.919-951.
- Demirci, Hüseyin Teoman: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2019.
- Erem, Faruk: “Ceza Usulünde Kesin Hüküm”, **AÜHFD**, C.XX, No:1, 1963, s.37-52.
- Gündüz, Hakan : **Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- Karakehya, Hakan: “Ceza Muhakemesinin Amacı”, **İÜHFM**, C.LXV, No:2, 2007, s.121-142.
- Kararara: (Çevrimiçi), www.kararara.com
- Kunter, Nurullah: “Hukukî Hatayı Gidermek İçin Ceza Muhakemesinin Yenilenebilmesi Sorunu”, **Yargıtay Dergisi**, C.XII, No:3, 1987, s.201-208. (**Hukuki Hata**)
- Kunter, Nurullah: “İçtihat Değişmesi Nedeniyle Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi Sorunu”, **Yargıtay Dergisi**, C.XIV, No:1-2, 1988, s.42-64. (**İçtihat Değişmesi**)
- Küçükkasap Özkan, Burçin: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi**, Konya, Platon Hukuk Yayınevi, 2020.
- Malkoç, İsmail: “İçtihat Değişikliği Nedeniyle Karar Düzeltme ve Yargılamanın Yenilenmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C.I, No:3, 1988, s.440-454.
- Nişancı, Dilaver: **Ceza Muhakemesinde Yargılamanın Yenilenmesi**, 2.Bası, Ankara, Adalet Yayınları, 2021.
- Önder, Ayhan : “Muhakemenin İadesinde Reform”, **İÜHFM**, C.XXXVIII, No:1-4, 1973, s.59-113.
- Özen, Mustafa: “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, No:1, 2010, s.389-417.
- Özgen, Eralp: “Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi”, **AÜHF Yayınları**, No:232, 1968, s.682-691.
- Talas, Serdar : “Ceza Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004.
- Turcan, Burak : “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021.
- Urhan Öztürk, Cansu: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020.
- Yenisey, Feridun, Nuhoglu, Ayşe: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9.Bası, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2021.

YARGI KARARLARI

1.TARAFLARIN KIYMET TAKDİRİNE İLİŞKİN İTİRAZLARI KIYMET TAKDİR RAPORUNA İTİRAZ DAVASINDA İNCELENMİŞ İSE, TAŞINMAZIN DEĞERİNİN DÜŞÜK OLARAK TESPİT EDİLDİĞİ İDDİASI DIŞINDA SOMUT BİR İDDİA DA BULUNMUYORSA, İHALENİN FESHİ DAVASINDA TAŞINMAZIN DEĞERİNİN BELİRLENMESİNE YÖNELİK YENİDEN KEŞİF VE BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ YAPILAMAZ. (20.09.2023)

YARGITAY

12. HUKUK DAİRESİ

Esas Numarası: 2022/12973

Karar Numarası: 2023/464

Karar Tarihi: 25.01.2023

TAŞINMAZ İHALESİNİN FESHİ İSTEMİ

TAŞINMAZIN DEĞERİNİN BELİRLENDİĞİ TARİH ESAS ALINARAK BİLİRKİŞİ TARAFINDAN TESPİT EDİLEN DEĞERİN İHALEDE ESAS ALINAN MUHAMMEN BEDELİN ÜZERİNDE OLMASI HALİNDE İHALENİN FESHİNE KARAR VERİLMESİ

TAŞINMAZIN DEĞERİNİN DÜŞÜK TESPİT EDİLDİĞİ İDDİASI DIŞINDA KEŞİF VE BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ YAPILMASINI GEREKTİRİR SOMUT BİR NEDEN İLERİ SÜRÜLMEMESİ

ŞİKAYETÇİ TARAFINDAN İLERİ SÜRÜLEN İHALENİN FESHİ SEBEPLERİNİN YERİNDE OLMAMASI VE KAMU DÜZENİ YÖNÜYLE İHALENİN FESHİNİ GEREKTİRİR BİR HUSUS OLMAMASI SEBEBİYLE İHALENİN FESHİNE YÖNELİK ŞİKAYETİN REDDİNE KARAR VERİLMESİNİN GEREKMESİ

Özeti: Dava, taşınmaz ihalesinin feshi istemine ilişkindir. Tarafların kıymet takdirine itirazı keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle esastan incelenmiş ve neticelendirilmiş olup, şikayetçinin ihalenin feshi isteminde, taşınmazın değerinin düşük tespit edildiği iddiası dışında ihalenin feshi istemini inceleyen icra mahkemesi tarafından yeniden keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmasını gerektirir somut bir neden ileri sürmediği anlaşılmıştır. Kaldı ki, kabule göre de, hükme esas alınan bilirkişi raporunda taşınmazın değerinin hangi tarihe göre tespit edildiği de anlaşılamamıştır. O halde, İlk Derece Mahkemesince, şikayetçi borçlu tarafından ileri sürülen diğer ihalenin feshi sebeplerinin yerinde olmadığı ve kamu düzeni yönüyle de ihalenin feshini gerektirir bir husus olmadığı tespit edildiğine göre ihalenin feshine yönelik şikayetin reddine karar verilmesi gerekir.

SAYISI : 2022/2474 E., 2022/2385 K.

DAVALILAR : ..., Gıda Turizm Ve Otomotiv Sanayi Ticaret İthalat İhracat Limited Şirketi, ...

DAVA TARİHİ : 14.09.2021

HÜKÜM/KARAR : Esastan Ret

İLK DERECE MAHKEMESİ : Marmaris İcra Hukuk Mahkemesi

SAYISI : 2021/336 E., 2022/224 K.

Taraflar arasındaki ihalenin feshi şikayeti üzerine yapılan yargılama sonunda İlk Derece Mahkemesince şikayetin kabulü ile ihalenin feshine karar verilmiştir.

Kararın alacaklı ve ihale alıcısı tarafından istinaf edilmesi üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince tarafların istinaf başvurusunun ayrı ayrı esastan reddine karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi kararı alacaklı ve ihale alıcısı tarafından temyiz edilmekle; kesinlik, süre, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönünden yapılan ön inceleme sonucunda, temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve Tetkik Hâkimi ... tarafından hazırlanan rapor dinlendikten sonra dosyadaki belgeler incelenip gereği düşünüldü:

I. DAVA

Borçlu icra mahkemesine başvurusunda:

1.Kıymet takdir raporuna itiraz ettiğini, alacaklı bankanın da itirazı üzerine dosyaların birleştirildiğini, alacaklının itirazı kabul edilirken kendi itirazının reddedildiğini, değer düşük olması nedeniyle tekrar bilirkişi incelemesi yapılması talep edilmiş ise de bu talep reddedilerek mevcut duruma göre satış işlemlerinin yapıldığını, oysa taşınmazın özellikleri ve arsa üzerindeki bina ve dairelerin sayısı dikkate alındığında hazırlanan kıymet taktiri raporunun belirlenen değer çok altında olduğunu,

2.Satış ilanında taşınmazda bulunan bloklara ve dairelere ilişkin açıklamanın eksik olduğunu,

Asıl borçluya usulüne uygun tebligat yapılmadığını ileri sürerek ... İli, ... İlçesi, Camiavlı Mevkii, 3136 parsel sayılı taşınmaza ilişkin 07.09.2021 tarihli ihalenin feshine karar verilmesini talep etmiştir.

II. CEVAP

Alacaklı, borçlunun iddialarının kıymet takdirine itiraza ilişkin dosyada değerlendirilerek kesin olarak karara bağlandığını, aynı iddiaların ve takibin diğer borçlusuna yapılan tebligatın usulsüzlüğünün şikayetçi borçlu tarafından ileri sürülemeyeceğini, bu nedenle şikayetin reddine karar verilmesini talep etmiştir.

III. İLK DERECE MAHKEMESİ KARARI

1.Satış ilanında taşınmazda bulunan bloklara ve dairelere ilişkin açıklamanın eksik olduğuna yönelik satış ilanı tebliğinden itibaren 7 gün içinde yapılmış bir şikayet bulunmadığından hazırlık aşamasına ilişkin bu hususun fesih nedeni olarak ileri sürülemeyeceği,

2.Şikayetçi borçlunun, takibin asıl borçlusuna satış ilanı tebliğ işleminin usulsüz olduğunu ileri süremeyeceği,

3.Kamu düzenine bir aykırılık bulunmadığı gibi şikayetçi borçlusu tarafından ileri sürülen diğer fesih sebepleri yerinde değil ise de; icra müdürlüğünce 24.07.2020 tarihinde taşınmaz başında keşif yapıldığı, 28.07.2020 tarihli kıymet takdir raporu ile şikayete konu

taşınmaz değerinin 7.955.000,00 TL olarak tespit edildiği, şikayetçi ve alacaklının kıymet takdirine itirazları sonucunda Marmaris İcra Hukuk Mahkemesi'nin 30.06.2021 tarih, 2020/352 Esas ve 2021/357 Karar sayılı kararı ile birleşen dava davacısı borçlunun davası red edilerek (sonuç itibariyle esastan incelenerek) asıl dava davacısı alacaklının kıymet takdirine itirazının kabulü ile taşınmaz değerinin 6.978.900,00 TL olarak tespitine karar verildiği, bu değer üzerinden taşınmazın satışa çıkarıldığı, raporda değerlendirilme tarihi açıkça belirtilmediğinden icra müdürlüğünün keşif tarihi olan 24.07.2020 tarihi itibariyle değer belirlendiğinin kabulünün gerektiği, daha önce kıymet takdiri şikayetçi borçlu tarafça şikayet konusu edilmekle ihalenin feshi aşamasında kıymet takdirinin mahkemece yeniden değerlendirilebileceği dikkate alınarak, ihalenin feshi yargılaması esnasında taşınmazda 10.12.2021 tarihinde keşif yapıldığı; 22.02.2022 havale tarihli ek raporda ve kök raporda, taşınmazın icra müdürlüğünce yapılan keşif tarihi olan 24.07.2020 tarihindeki değerinin 7.953.000,00 TL olduğu yönünde görüş bildirildiği, bu değer, ihalede esas alınan muhammen bedel olan 6.978.900,00 TL'den yüksek olduğundan şikayetin kabulü ile Marmaris 2. İcra Müdürlüğü'nün 2017/230 Talimat sayılı dosyasından 07.09.2021 tarihinde saat 10:00'da yapılan ... İli, ... İlçesi, Armutalan Mah. 10 pafta 3136 parselde bulunan taşınmazın ihalenin feshine karar verilmiştir.

IV. İSTİNAF

A. İstinaf Yoluna Başvuranlar

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde alacaklı ve ihale alıcısı tarafından ayrı ayrı istinaf başvurusunda bulunulmuştur.

B.İstinaf Sebepleri

B.1.Alacaklı

Şikayetçi borçlunun kıymet takdirine ilişkin tüm iddia ve itirazlarının Marmaris İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2020/352 Esas sayılı dosyasında görülen kıymet takdirine itiraz dosyasında değerlendirilerek kesin olarak karara bağlandığını, yeniden keşif yapılmasını gerektirir hukuki bir durum ve zorunluluk olmadığını ileri sürerek kararın kaldırılmasına ve şikayetin reddine karar verilmesini talep etmiştir.

B.2. İhale Alıcısı

Şikayetçi borçlunun kıymet takdirine ilişkin tüm iddia ve itirazlarının Marmaris İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2020/352 Esas sayılı dosyasında görülen kıymet takdirine itiraz dosyasında değerlendirilerek kesin olarak karara bağlandığını, yeniden bilirkişi raporu alınmasının hukuka ve hakkaniyete aykırı olduğunu, hesaplamada dikkate alınmamış bir eksiklik olmadığını ileri sürerek kararın kaldırılmasını istemiştir.

C. Gerekçe ve Sonuç

İlk Derece Mahkemesi kararındaki aynı gerekçe ile tarafların istinaf başvurusunun ayrı ayrı esastan reddine karar verilmiştir.

V. TEMYİZ

A. Temyiz Yoluna Başvuranlar

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde alacaklı

ve ihale alıcısı temyiz isteminde bulunulmuştur.

B. Temyiz Sebepleri

B.1. Alacaklı Temyiz

Alacaklı, istinaf sebeplerini tekrarlamak suretiyle kararın bozulmasını talep etmiştir.

B.2. İhale Alıcısı Temyiz

İhale alıcısı, istinaf sebeplerini tekrarlamak suretiyle kararın bozulmasını talep etmiştir.

C. Gerekçe

1. Uyuşmazlık ve Hukuki Nitelendirme

Uyuşmazlık, taşınmaz ihalesinin feshi istemine ilişkindir.

2. İlgili Hukuk

İİK'nın 128/2, 134. maddeleri.

3. Değerlendirme

İİK'nın 128/2. maddesi gereğince, satışa hazırlık işlemleri sırasında icra dairesi taşınmazın kıymetini ehil bilirkişiler aracılığıyla tayin ve tespit ettirir, kıymet takdirine ilişkin rapor, borçluya, haciz koydurmuş alacaklıya ve diğer ipotekli alacaklılara tebligatın yapıldığı icra dosyasındaki, ayrıca bildirilmiş bulunması hali müstesna olmak üzere, tapudaki mevcut adresleri esas alınmak suretiyle tebliğ edilir. İİK'nın 128/a maddesine göre, ilgililer, raporun tebliğinden itibaren yedi gün içinde icra dairesinin kıymet takdiri işlemine karşı şikayet yolu ile icra mahkemesine başvurarak düzenlenen raporun gerçeği yansıtmadığını ileri sürebilirler. Yasanın öngördüğü bu olanağı kullanmayanlar, kıymet takdirinin usulsüz olduğundan bahisle ihalenin feshini talep edemezler.

Kıymet takdirine itiraz üzerine mahkemece verilecek kararlar kesin olmakla beraber süresinde şikayet hakkının kullanıldığı hallerde icra mahkemesi kararının, ihalenin feshinin istenmesi sırasında incelenmesi mümkündür. Bu durumda mahkemece yapılması gereken iş, borçlunun fesih nedeni olarak ileri sürülen kıymet takdirine ilişkin itirazları konusunda uzman bilirkişi marifeti ile keşif yapılmak suretiyle incelenerek taşınmazın değerinin belirlendiği tarih esas alınarak bilirkişi tarafından tespit edilen değerin ihalede esas alınan muhammen bedelin üzerinde olması halinde ihalenin feshine karar verilmesi, muhammen bedelin altında olması halinde ise ihalenin feshi isteminin reddine karar verilmesinden ibarettir. (HGK'nun 16.06.2020 tarih, 2017/12-742 E. - 2020/406 K.)

Somut olayda, icra müdürlüğünce 24.07.2020 tarihinde taşınmazda keşif yapıldığı ve 28.07.2020 tarihli kıymet takdir raporu ile taşınmazın değerinin 7.955.000,00 TL olduğunun tespit edildiği, borçlu tarafından, tespit edilen bu değerin düşük olduğu iddiasıyla kıymet takdir raporuna itiraz edildiği, bu dosyanın alacaklı tarafın belirlenen değerin yüksek olduğu iddiasına dayanan kıymet takdir raporuna itiraz dosyası ile birleştirildiği, Marmaris İcra Hukuk Mahkemesi'nin 30.06.2021 tarih, 2020/352 Esas ve 2021/357 Karar sayılı kararı ile keşif ve bilirkişi incelemesi sonucunda; taşınmazda bulunan beş adet bloktaki, kat ve daire sayısı, dairelerin özellikleri, kullanım alanı, taşınmazın bulunduğu bölge, civarında yapılan serbest gayrimenkul alım satımları sonucunda oluşan serbest piyasa rayıçları gibi

ölçütler dikkate alınarak taşınmazın değerinin 6.978.900,00 TL olduğu tespit edildiğinden, birleşen dosyada borçlunun kıymet takdirine itirazı reddedilerek, asıl dosyada alacaklının kıymet takdirine itirazının kabulü ile taşınmazın değerinin 6.978.900,00 TL olarak tespitine karar verildiği anlaşılmıştır. Buna göre tarafların kıymet takdirine itirazı keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle esastan incelenmiş ve neticelendirilmiş olup, şikayetçinin ihalenin feshi isteminde, taşınmazın değerinin düşük tespit edildiği iddiası dışında ihalenin feshi istemini inceleyen icra mahkemesi tarafından yeniden keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmasını gerektirir somut bir neden ileri sürmediği anlaşılmıştır. Kaldı ki, kabule göre de, hükme esas alınan bilirkişi raporunda taşınmazın değerinin hangi tarihe göre tespit edildiği de anlaşılamamıştır.

O halde, İlk Derece Mahkemesince, şikayetçi borçlu tarafından ileri sürülen diğer ihalenin feshi sebeplerinin yerinde olmadığı ve kamu düzeni yönüyle de ihalenin feshini gerektirir bir husus olmadığı tespit edildiğine göre ihalenin feshine yönelik şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken, taşınmazın değerine ilişkin yeniden keşif ve bilirkişi incelemesi yapılarak yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

VI. KARAR

Açıklanan sebeplerle;

1. Temyiz olunan, İlk Derece Mahkemesi kararına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin Bölge Adliye Mahkemesi kararının ORTADAN KALDIRILMASINA,
 2. İlk Derece Mahkemesi kararının BOZULMASINA,
- Peşin alınan temyiz karar harcının istek hâlinde ilgiliye iadesine,
Dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine gönderilmesine,
25.01.2023 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

2.İŞÇİNİN ARABULUCUYA BAŞVURUSU SONUCU DÜZENLENEN SON TUTANAKTA, İŞVERENİN KARŞI DAVA KONUSU YAPTIĞI ALACAK KALEMİNİN YER ALMASI DAVA ŞARTININ YERİNE GETİRİLMESİ İÇİN YETERLİ OLUP İŞVERENİN AYRI BİR ARABULUCULUK BAŞVURUSU YAPMASI ŞART DEĞİLDİR (13.09.2023)

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas Numarası: 2023/3808

Karar Numarası: 2023/4378

Karar Tarihi: 27.03.2023

İŞÇİLİK ALACAKLARI TAHSİLİ İSTEMİ

ARABULUCULUK GÖRÜŞMELERİNDE, İŞVERENİN KARŞI DAVA KONUSU İHBAR TAZMİNATI TALEBİNİN DE GÖRÜŞÜLDÜĞÜ, SON TUTANAKTA HEM İŞÇİNİN TALEPLERİ HEM DE İŞVERENİN KARŞI TALEBİ

OLAN İHBAR TAZMİNATI YÖNÜNDEN YAPILAN GÖRÜŞMELERDE ANLAŞMA SAĞLANAMADIĞININ AÇIKÇA YAZILMIŞ OLMASI
KARŞI DAVADA TALEP EDİLEN İHBAR TAZMİNATI YÖNÜNDEN ARABULUCULUK DAVA ŞARTININ YERİNE GETİRİLMEDİĞİ GEREKÇESİYLE KARŞI DAVANIN USULDEN REDDİNE KARAR VERİLEMESİ

ÖZETİ: Uyuşmazlık; asıl dava açılmadan önce yapılan arabuluculuk görüşmelerinde, karşı davaya konu ihbar tazminatı talebinin de başvurucuya iletilmiş olması ve arabuluculuk anlaşamama tutanağına yazılmış olması durumunda, karşı dava ile talep edilen ihbar tazminatı yönünden arabuluculuk dava şartının yerine getirilip getirilmediğine ilişkindir. İşçi tarafından asıl dava konusu alacaklar bakımından arabulucuya başvurulması üzerine yapılan arabuluculuk görüşmelerinde, davalı işverenin karşı dava konusu ihbar tazminatı talebinin de görüşüldüğü, son tutanakta hem davacı işçinin talepleri hem de davalı işverenin karşı talebi olan ihbar tazminatı yönünden yapılan görüşmelerde anlaşma sağlanamadığının açıkça yazıldığı görülmektedir. Bu durumda, karşı davada talep edilen ihbar tazminatı yönünden arabuluculuk dava şartının yerine getirilmediği gerekçesiyle karşı davanın usulden reddine karar verilmesi isabetli olmamıştır.

Taraflar arasında, İlk Derece Mahkemesinde görülen alacak davasında asıl davanın kısmen kabulüne, karşı davanın usulden reddine karar verilmiştir. İstinaf incelemesinden geçmeden kesinleşen İlk Derece Mahkemesi kararının kanun yararına temyizen incelenmesi Adalet Bakanlığı tarafından istenilmiş olmakla; Tetkik Hakimi tarafından hazırlanan rapor dinlendikten sonra dosyadaki belgeler incelenip gereği düşünüldü:

I. DAVA

Davacı-karşı davalı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin davalı Şirkete ait yetkili serviste oto tamir ustası olarak 03.06.2014 tarihinden iş sözleşmesinin sona erdiği 23.07.2019 tarihine kadar kesintisiz ve aralıksız olarak çalıştığını, son ücretinin 2.300,00 TL olduğunu, iş sözleşmesinin işverence haksız şekilde feshedildiğini ancak hak ettiği tazminat ve alacaklarının ödenmediğini, müvekkiline işten çıkarılmadan önce toplu olarak bir kısım evrak imzalatıldığını, müvekkilinin alacaklarının ödenmesi için arabuluculuk bürosuna başvurduğunu ancak herhangi bir anlaşma sağlanamadığını ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin, asgari geçim indirimi, fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

II. CEVAP

Davalı-karşı davacı vekili cevap ve karşı dava dilekçesinde; zamanaşımı definde bulunduklarını, davacının iş sözleşmesinin iddia edildiği gibi müvekkili Şirket tarafından feshedilmediğini, aksine davacının iş sözleşmesinin müvekkili Şirkete 04.07.2019 tarihinde verdiği istifa dilekçesi sonrası sona erdirildiğini, davacının istifa dilekçesinde kamuya geçme sebebi ile istifa ettiğini belirttiğini, iş sözleşmesini daha iyi koşullarda iş bulması sebebiyle fesheden davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacağını, davacının istifası sonrasında içeride kalan bakiye yıllık izin ücretinin kendisine 07.08.2019 tarihinde 981,00 TL olarak ödendiğini, fazla çalışma ve hafta tatili taleplerinin reddi gerektiğini,

hiçbir bildirimde bulunmadan istifa ederek iş sözleşmesini fesheden işçinin işverene ihbar tazminatı ödemesi gerektiğini belirterek davanın reddi ile karşı davada 5.000,00 TL ihbar tazminatının davacı- karşı davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.1 İlk Derece Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararıyla; iş sözleşmesinin tazminat ödenmesi gerekmeksizin sona erdiğini ispat yükü davalı işverende olup davalı işverence dosyaya ibraz edilen istila dilekçesi, davacı ve davalı tanık beyanları birlikte değerlendirildiğinde; davacının haklı neden olmaksızın kamuya atanması sebebiyle iş sözleşmesini sona erdirdiği, buna göre kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerektiği, feshe bağlı olmayan ücret alacakları yönünden ise fiili çalışmayı ispat yükü davacıda olup davacının haftada 5 saat fazla çalışma ile ulusal bayram ve genel tatil çalışması yaptığını ispatladığı, karşı dava konusu ihbar tazminatı talebini içerir arabuluculuk dava şartının yerine getirildiğine dair evrakın dosyaya sunulmadığı, bu nedenle karşı davanın dava şartı eksikliği nedeniyle usulden reddi gerektiği gerekçesiyle asıl davanın kısmen kabulüne, karşı davanın ise usulden reddine karar verilmiştir.

III. İLK DERECE MAHKEMESİ KARARI

1 İlk Derece Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararıyla; iş sözleşmesinin tazminat ödenmesi gerekmeksizin sona erdiğini ispat yükü davalı işverende olup davalı işverence dosyaya ibraz edilen istila dilekçesi, davacı ve davalı tanık beyanları birlikte değerlendirildiğinde; davacının haklı neden olmaksızın kamuya atanması sebebiyle iş sözleşmesini sona erdirdiği, buna göre kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerektiği, feshe bağlı olmayan ücret alacakları yönünden ise fiili çalışmayı ispat yükü davacıda olup davacının haftada 5 saat fazla çalışma ile ulusal bayram ve genel tatil çalışması yaptığını ispatladığı, karşı dava konusu ihbar tazminatı talebini içerir arabuluculuk dava şartının yerine getirildiğine dair evrakın dosyaya sunulmadığı, bu nedenle karşı davanın dava şartı eksikliği nedeniyle usulden reddi gerektiği gerekçesiyle asıl davanın kısmen kabulüne, karşı davanın ise usulden reddine karar verilmiştir.

2. İlk Derece Mahkemesi kararına karşı taraf vekillerince istinaf yoluna başvurulması üzerine, Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesinin 06.10.2022 tarihli ve 2020/905 Esas, 2022/1326 Karar sayılı kararı ile asıl davaya ilişkin taraf vekillerinin istinaf başvurularının esastan reddine; karşı davaya ilişkin davalı-karşı davacı vekilinin istinaf başvurusunun ise miktardan reddine karar verilmiş olmakla karşı dava yönünden İlk Derece Mahkemesince verilen karar istinaf incelemesinden geçmeksizin kesinleşmiştir.

IV. KANUN YARARINA TEMYİZ

A. Kanun Yararına Temyiz Yoluna Başvuran

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararının kanun yararına temyizen incelenmesi Adalet Bakanlığı tarafından istenilmiştir.

B. Temyiz Sebepleri

Adalet Bakanlığı; eldeki davadan önce taraflar arasında 05.08.2019 tarihli Hukuk Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Son Tutanağı düzenlendiğini ve sonuç kısmında tarafların işveren Şirketin talebi olan ihbar tazminatı hususunda anlaşamadıklarını

beyan ettiklerinin de yazılı olduğunu, tutanak aslının dava dilekçesi ekinde dosyaya ibraz edilmiş olduğunu, Mahkemece buna rağmen davalı-karşı davacıya herhangi bir ihtar dahi yapılmaksızın yapılan yargılama sonunda karşı dava yönünden arabuluculuk dava şartının yerine getirilmediği gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verildiğini, davalı-karşı davacıya herhangi bir ihtar da bulunulmadan ve karşı dava dilekçesi ekinde yer almasa da asıl dava taleplerini de kapsayıp dava dilekçesi ekinde yer alan Hukuk Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Son Tutanağı dikkate alınıp işin esasına girilerek, yapılacak inceleme ve değerlendirmenin sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karşı davanın usulden reddine karar verilmiş olmasının usul ve kanuna aykırı olduğunu belirterek İlk Derece Mahkemesi kararının kanun yararına bozulması istemi ile başvuruda bulunmuştur.

C. Gerekçe

1. Uyuşmazlık ve Hukuki Nitelendirme

Uyuşmazlık; asıl dava açılmadan önce yapılan arabuluculuk görüşmelerinde, karşı davaya konu ihbar tazminatı talebinin de başvuruca iletilmiş olması ve arabuluculuk anlaşılamama tutanağına yazılmış olması durumunda, karşı dava ile talep edilen ihbar tazminatı yönünden arabuluculuk dava şartının yerine getirilip getirilmediğine ilişkindir.

2. İlgili Hukuk

1. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (6100 sayılı Kanun) 363 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca ilk derece mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar ile istinaf incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlarına karşı, yürürlükteki hukuka aykırı bulunduğu ileri sürülerek Adalet Bakanlığı tarafından kanun yararına temyiz yoluna başvurulur.

2. Temyiz talebi Yargıtayca yerinde görüldüğü takdirde, 6100 sayılı Kanun'un 363 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca karar kanun yararına bozulur ve bu bozma, kararın hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmaz.

3. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun (7036 sayılı Kanun) "Dava şartı olarak arabuluculuk" kenar başlıklı 3 üncü maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"(1) Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebi ile açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

(2) Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir, ihtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir.

...

4. 7036 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinin yirmi birinci fıkrasında; bu maddede

hüküm bulunmayan hallerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde 07.06.2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (6325 sayılı Kanun) hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir.

5. 6325 sayılı Kanun'un "Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi" kenar başlıklı 15 inci maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür."

6. 6325 sayılı Kanun'un "Arabuluculuğun sona ermesi" kenar başlıklı 17 nci maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"...

(2) Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır. ...

(3) Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar.

..."

7. 02.06.2018 tarihli ve 30439 sayılı ResmiGazete'de yayımlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) 23 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında, başvurunun dilekçe ile veya bürolarda bulunan formların doldurulması suretiyle yahut elektronik ortamda yapılabileceği belirtilmiştir. Yönetmelik'in 20 nci maddesinde arabuluculuğun sona ermesi düzenlenmiş olup bu maddenin üçüncü fıkrasında arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen son tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına tarafların karar vereceği; ancak arabulucunun bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapacağı belirtilmiştir. Şu halde son tutanağın tarafların beyanına göre oluşturulması asıl ise de arabulucunun tutanağın içeriği ve düzenlenme şekli konusunda tarafları bilgilendirmesi de gerekir.

8. Yönetmelik'in 20 nci maddesinin üçüncü fıkrasında, "Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen son tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar." düzenlemesi bulunmaktadır.

3. Değerlendirme

1. Somut uyuşmazlıkta davacı-karşı davalı işçi; 03.06.2014-23.07.2019 tarihleri arasında kesintisiz ve aralıksız olarak çalıştığını ve iş sözleşmesinin işverence haksız şekilde feshedildiğini; ancak hak ettiği tazminat ve alacaklarının ödenmediğini, işten çıkarılmadan önce toplu olarak bir kısım evrak imzalatıldığını ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatları ile bir kısım işçilik alacağının davalı-karşı davacı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

2. Davalı-karşı davalı işveren ise süresinde sunduğu cevap dilekçesi ile karşı dava

açmış; bildirimde bulunmadan ve haklı bir sebebi olmadan istifa ederek işten ayrılan davacı işçinin ihbar tazminatı ödemesi gerektiğini ileri sürerek ihbar tazminatının davacı işçiden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

3. Asıl dava açılmadan önce davacı işçi arabulucuya başvurmuş ve anlaşma sağlanamadığına dair 05.08.2018 tarihli son tutanağı dava dilekçesi ekinde sunmuştur.

4. Dava dilekçesi ekinde sunulan 05.08.2019 tarihli Hukuk Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Son Tutanağı'na arabulucu tarafından "Taraf 2 Şirket vekili, [Şirketin] taraf 1 başvuruçudan ihbar tazminatı talepleri olduğunu, bu hususun da tutanağa geçmesini talep ettiği görüldü. Tutanağa geçilerek ve karşı tarafa iletili." yazılmış ve devamında "Taraflar; Başvurucu tarafın talepleri olan; kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla mesai ücreti, A Gİ ücreti, UBG alacağı, maaş alacağı ve diğer ücretler hususunda ve ayrıca Taraf 2 V. O. (İşveren) şirketin talebi olan ihbar tazminatı hususunda anlaşamadıklarını beyan ettiler ve son tutanağa böyle geçsin dediler." açıklamasına yer verilmiştir.

5. İlk Derece Mahkemesince, dosyaya karşı dava konusu ihbar tazminatı talebini içerir arabuluculuk dava şartının yerine getirildiğine dair evrak sunulmadığı gerekçesiyle karşı davanın, dava şartı eksikliği nedeniyle usulden reddine karar verilmiştir.

6. Karşı dava, asıl davaya karşı açılmış bir dava olsa da asıl davadan ayrı ve bağımsız bir davadır. Buna göre karşı davanın konusunu dava şartı olan arabuluculuğa tabi bir uyuşmazlık oluşturuyorsa, karşı dava yönünden de arabuluculuğa başvurma bir dava şartıdır. Ancak 7036 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrasında; kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olduğu düzenlenmiştir. Kanun'da yer alan "arabulucuya başvurulmuş olması" ibaresinden sadece dava açacak olan tarafın arabulucuya başvurmuş olması gerektiği sonucu çıkarılamaz. Önemli olan, dava konusu edilen uyuşmazlığın davanın taraflarınca arabuluculuk görüşmelerine konu edilip edilmediğidir.

7. Zira Anayasa Mahkemesi, dava şartı olarak arabuluculuğa dair yasal düzenlemenin iptali isteğiyle ilgili olarak verdiği kararında düzenlemenin hak arama hürriyeti ve bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına getirilen bir sınırlama niteliğinde olduğunu kabul etmiş; ancak "Arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun, kişilerin hak aramalarını imkansız hale getiren veya aşırı derecede zorlaştıran etkisiz ve sonuçsuz bir sürece neden olmadıkça hak arama hürriyetinin özüne dokunduğu söylenemez." şeklindeki gerekçeyle bir çeşit sınır tayin etmiştir (Anayasa Mahkemesi, 11.07.2018 tarihli ve 2017/178 Esas, 2018/82 Karar sayılı kararı, § 23,24).

8. Somut uyuşmazlıkta davacı işçi tarafından asıl dava konusu alacaklar bakımından arabulucuya başvurulması üzerine yapılan arabuluculuk görüşmelerinde, davalı işverenin karşı dava konusu ihbar tazminatı talebinin de görüşüldüğü, son tutanakta hem davacı işçinin talepleri hem de davalı işverenin karşı talebi olan ihbar tazminatı yönünden yapılan görüşmelerde anlaşma sağlanamadığının açıkça yazıldığı görülmektedir. Bu durumda, karşı davada talep edilen ihbar tazminatı yönünden arabuluculuk dava şartının yerine getirilmediği gerekçesiyle karşı davanın usulden reddine karar verilmesi isabetli olmamıştır.

V. KARAR

Açıklanan sebeplerle;

Adalet Bakanlığının 6100 sayılı Kanun'un 363'üncü maddesinin birinci fıkrasına dayalı kanun yararına temyiz isteminin kabulü ile kararın karşı davaya ilişkin hükmünün sonuca etkili olmamak üzere KANUN YARARINA BOZULMASINA,

Dava dosyasının İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına gönderilmesine,

27.03.2023 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

3. MÜŞTERİSİNE AİT SIM KARTININ BAŞKA KİŞİLERCE KOPYALANARAK İNTERAKTİF HESABINA GİRİLMEK SURETİYLE RIZASI DIŞINDA HAVALA YAPILMASI EYLEMİNDE BANKA, ZARARIN DOĞMASINDA YA DA ARTMASINDA ETKİLİ OLMUŞ YAHUT TAZMİNAT YÜKÜMLÜSÜNÜN DURUMUNU AĞIRLAŞTIRMIS İSE HAKİM TAZMİNATI İNDİREBİLİR VEYA TAMAMEN KALDIRABİLİR (06.09.2023)

İSTANBUL BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ

13. HUKUK DAİRESİ

Esas Numarası: 2023/117

Karar Numarası: 2023/352

Karar Tarihi: 02.03.2023

İCRA DOSYASINA KONU EDİLEN BORCUN BANKACA ÖDENMESİ SEBEBİYLE BANKANIN UĞRAMIŞ OLDUĞU ZARARIN TAZMİNİ İSTEMİ BANKANIN MÜŞTERİSİNİN HESABINDA BULUNAN PARANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER TARAFINDAN BAŞKA HESAPLARA HAVALA YOLUYLA HUKUKA AYKIRI OLARAK TRANSFER EDİLMESİ SEBEBİYLE MÜŞTERİSİNİN ZARARINI KARŞILAYIP KUSURU ORANINDA MÜŞTERİLERE RÜCU ETMESİNİN GEREKMEMİ

BANKANIN KENDİ SORUMLULUĞUNU GÖZ ARDI EDEREK MÜŞTERİSİNİN ZARARINI OLDUĞU ANDA GİDERMEMESİ SEBEBİYLE KENDİ ZARARININ DA ARTMASINA YOL AÇMASI

ZARAR GÖREN ZARARIN DOĞMASINDA YA DA ARTMASINDA ETKİLİ OLMUŞ YAHUT TAZMİNAT YÜKÜMLÜSÜNÜN DURUMUNU AĞIRLAŞTIRMIS İSE HAKİMİN TAZMİNATI İNDİREBİLMESİ VEYA TAMAMEN KALDIRABİLMESİ

BANKANIN TALEP HAKKININ BELİRLENMESİNDE BANKANIN ZARARIN ARTMASINA YOL AÇAN EYLEMLERİNİN GÖZ ÖNÜNE ALINMASININ GEREKMEMİ

ÖZETİ: Dava, icra dosyasına konu edilen borcun bankaca ödenmesi sebebiyle bankanın uğramış olduğu zararın tazmini istemine ilişkindir. Olayın meydana geliş şekline ilişkin bilirkişi raporundaki tespitlere göre; davalının bayisinin usulsüz sim kart verdiği, gerekli araştırmayı yapmadığı, 3. Şahısların talebiyle müşterisinin sim kartını değiştirdiği

ve böylelikle aynı zamanda davacı bankanın müşterisine GSM hattı üzerinden gönderilmesi gereken onay kodu-dinamik şifrenin, para transferini yapan dolandırıcıların eline geçmesini sağladığı, davalı GSM operatörünün eyleminin, oluşan zarar üzerindeki marjinal etkisi gözetildiğinde davalının ağır ve asli kusurlu olduğu, bankanın da bu ihtimalleri gözeterek gerekli tedbirleri almaması nedeniyle, müşterisine ait hesabı ve müşteri bilgilerini muhafaza etmede tali kusurlu olduğu kabul edilerek, somut olayda bankanın % 25, davalının ise %75 oranında kusurlu olduğu kabul edilmiştir. Bankanın dava dışı müşterisinin hesabında bulunan 80.000,00 TL'nin üçüncü kişiler tarafından başka hesaplara havale yoluyla hukuka aykırı olarak transfer edildiği sabittir. Bankanın mahkeme kararı sonrasında yasal yollara başvurarak icra takibi neticesinde ödemekle yükümlü olduğu parayı 172.962,26 TL olarak ödediği anlaşılmaktadır. Davacı banka müşterisinin zararını karşılayıp, kusuru oranında ilgililere rücu etmesi gerekirken, sorumluluğunu kabul etmeyerek ödemekle yükümlü olduğu paranın artmasına yol açmıştır. Davacı bankanın olay sonrasında ödemesi gereken miktar yönünden zarar gören olarak kabulü halinde dahi, kendi eylemleriyle zararının artmasına etkili olduğu, her ne kadar yasa yoluna başvurma hakkı ise de, olayın ve müşterisinin zararının da sabit olduğu, bankanın kendi sorumluluğunu göz ardı ederek müşterisinin zararını olduğu anda gidermediği ve böylelikle kendi zararının da artmasına yol açtığı anlaşılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili maddesine göre zarar göre zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Davacı bankanın zararın artmasına yol açan eylemlerini göz önüne alarak gerçek zarar miktarı 80.000,00 TL olarak belirlenmiş, tespit edilen bu zarar miktarından davacının tespit ve kabul edilen kusur oranı tenzil edilerek, davacının sonuç itibarı ile 60.000.TL tazminat talep hakkı bulunduğu anlaşıldığından, davanın kısmen kabul kısmen reddine karar verilmiştir.

İstanbul 9. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 13/12/2016 tarih ve 2014/1376 Esas - 2016/766 Karar sayılı kararına karşı, davalı vekili tarafından ve katılma yolu ile de davacı vekili tarafından istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine dava dosyasının dairemizde ... Esas numarasını aldığı,Dairemizce verilen 26/10/2017 tarih ve 2017/505 Esas - 2017/592 Karar sayılı karar Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 20/06/2019 tarih ve 2017/5251 Esas - 2019/4658 Karar sayılı ilamı ile bozulmakla dava dosyasının dairemizin ... Esas numarasına kaydının yapılmış olduğu, Dairemizce verilen 19/09/2019 tarih ve 2019/1670 Esas - 2019/1220 sayılı karar Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 09/06/2021 tarih ve 2019/4877 Esas 2021/4949 Karar sayılı ilamıyla bozulmakla dava dosyasının dairemizin ... Esas numarasına kaydının yapılmış olduğu, Dairemizce verilen 16/09/2021 tarih ve 2021/1300 Esas - 2021/1300 Esas - 2021/1214 sayılı “ direnme “ kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15/11/2022 tarih ve 2021/11-974 Esas - 2022/1519 Karar sayılı ilamı ile bozulması üzerine; Dava dosyası dairemizin yukarıdaki (... Esas) numarasını almış olup; duruşmalı olarak yapılan inceleme sonucunda;

TARAFLARIN İDDİA VE SAVUNMASININ ÖZETİ: Davacı vekili dava dilekçesi ile, müvekkili bankanın Atatürk Havalimanı Şubesi müşterisi olan ve işbu davada dava dışı ...'e ait GSM hattının sim kartının 3. şahıslar tarafından sahte nüfus cüzdanı ibraz edilmek suretiyle kopyasının çıkartılarak. Şubedeki interaktif hesabına girilip rızası dışında

havale işlemi yapıldığı iddiası ile müvekkili banka müşterisi ... tarafından İstanbul 20. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2011/149 E. sayılı dosyası ile, müvekkili banka aleyhine alacak davası açılmış ve yapılan yargılama sonuncunda, 2012/210 karar sayılı ilam ile davanın kabulüne, 80.000,00 TL tutarın Olay tarihi olan 25.03.2009 tarihinden itibaren işleyecek reeskont faizi ile birlikte davalı bankadan alınmasına karar verildiğini, söz konusu mahkeme kararının Yargıtay 11. Hukuk Dairesi' nin 2013/399 E. - 2013/17695 K. sayılı ilamı ile onandığını, söz konusu bu kararla ilgili olarak banka müşterisi ... tarafından müvekkili Banka aleyhine İstanbul Anadolu ... İcra Müdürlüğü'nün ... E. ve İstanbul Anadolu ... İcra Müdürlüğü' nün ... E. sayılı dosyaları ile başlatılan takibe, 23.12.2013 tarihinde 162.046,26.TL ve 20.01.2014 tarihinde 10.916,00.TL nakit ödeme ile toplam 172.962,26.TL ödenmek zorunda kaldığını, banka müşterisi ...' in maruz kaldığı dolandırıcılık eyleminde asıl kusurlu davalı ... A.Ş. olduğundan, ödemek zorunda kaldığını banka zararının rücu ... A.Ş.' den talep edilmesi zorunluluğu doğduğunu, müvekkil banka müşterisinin kullandığı GSM hattının sim kartının sahte nüfus cüzdanı ibraz edilmek suretiyle ... bayisinde çıkartıldığı bilirkişi raporu ile de sabit olduğunu, somut olayda müşterinin banka sistemine kayıtlı GSM hattına mobil onay kodu gönderilerek bankacılık işlemleri gerçekleştirilebilmekte olduğunu müşterinin GSM hattının sim kartı değişikliği yapılması sebebiyle onay kodu dolandırıcıların eline geçmiş ve davaya konu olan para transfer işlemi gerçekleştiğini, Sim kartı değişikliğinde sahte kimlik kullanılması anlaşılabılır nitelikte olmasına rağmen, davalı ... basiretli bir tacir gibi hareket etmeyerek, gerekli dikkat ve özeni de göstermediğini, müvekkil banka tarafından ödenen müşteri zararı nedeniyle davalı ... A.Ş.' nin sorumluluğu bulunduğunu, konuya emsal teşkil eden Yargıtay 11. Hukuk Dairesi' nin 18/09/2013 tarih 2012/19141 E. ve 2013/15958 K. sayılı ilamında usulsüz istemde davalı ... A.Ş.' nin bir kusuru mevcut ise bu hususu ileri sürme hakkının mevduatı saklama yükümlüğü bulunan ve bu davanın eylemi ile zarara gördüğünü ileri süren bankaya ait olduğu denilerek böylesi durumlarda GSM şirketinin mesuliyetine başvurulabileceği belirtildiğini, sahte kimlikle sim kartı çıkartılıp banka tarafından gönderilen işlem onay kodu ele geçirilerek müşterinin bilgisi ve rızası dışında müşteri hesabından havale yapılması Borçlar Kanunu' nun 49. mad. anlamında haksız bir fiil olduğunu, dilekçe ekinde sundukları Yargıtay 4. Hukuk Dairesi' nin 16/03/2011 tarih 2010/2614 E. - 2011/2748 K. sayılı ilamında; bayi ile GSM operatörleri arasında yapılan bayilik sözleşmesinin 3. kişileri bağlamadığını, bayinin gerekli dikkat ve özeni göstermeden verdiği hizmet nedeniyle müşterinin 3. şahısların uğradığı zararın, bayi ve operatör şirketi tarafından karşılanması gerektiği denilmek suretiyle, haksız fiil nedeniyle oluşan zararın bayi ve operatör şirketi tarafından müteselsilen karşılanması gerekliliğinin belirtildiğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla davalı GSM şirketi ... A.Ş. tarafından müşteri GSM hattı sim kartının sahte belgelerle 3. kişilere verilmesi sebebiyle müşteriye ödemek zorunda kalınan (23.12.2013 tarihinde 162.046,26 TL ve 20.01.2014 tarihinde 10.916,00.TL) toplam 172.962,26.TL'nin ödeme tarihinden itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte tahsiline, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin davalı tarafa tahmiline karar verilmesini talep etmiştir. Davalı vekili cevap dilekçesi ile, davacı tarafın olayın oluştuğu 25.03.2009 tarihinde zarardan haberdar olmasına rağmen zamanaşımı süresi içinde davayı

ikame etmediğini , dava açma hakkı zamanaşımına uğradığını, öncelikle davanın zamanaşımı nedeniyle reddi gerektiğini, gerek mahkeme kararlarında gerekse yüksek mahkemenin yerleşik ve istikrar kazanmış içtihatlarında, somut olaya benzer dolandırıcılık eylemlerinde, söz konusu eylemin bankaya karşı işlendiği ve bu nedenle zararın bankanın zararı olduğu kabul edildiğini, davacı tarafça atıf yapılan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi' nin 18.09.2013 tarih 2012/19141 E. ve 2013/15985 K. sayılı kararında da, usulsüz işlem nedeniyle oluşan zararın bankanın zararı olduğu ve bu nedenle bu hususun ancak banka tarafından ileri sürülebileceğini kabul ettiğini, davanın haksız fiile dayalı tazminat davası olduğunu, davacı tarafın talep ve iddiaları bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini, 2014/296 Esas sayılı dayanak mahkeme kararının gerekçesi incelendiğinde, somut olayda müvekkili şirketin sorumlu tutulamayacağını kesinleşen mahkeme kararı ile sabit olduğunu, davacı tarafça İstanbul 40. Asliye Ticaret Mahkemesi' nin 2011/277 E. 2012/168 Karar sayılı kararı gerekçe gösterilerek, ödenen bedelin tahsiline karar verilmesi talep edildiğini, söz konusu karar incelendiğinde, somut olayda müvekkiline sorumluluk yüklenemeyeceğinin kesinleştiğini, mahkeme kararlarıyla sabit hale geldiğini, kararın gerekçesinde, her ne kadar 3. kişilerin sahte kimlik ile davalı banka müşterisinin sim kartı değiştirmelerine engel olmayarak, davacı banka müşterisine karşı sorumlulukları yerine getirmede kusurlu olsa da, gönderilen mesajların içeriklerinden haberdar olmayan ve bu konuda her hangi bir taahhüdü bulunmayan davalı ... 'un sorumlu tutulması mümkün olmadığını, mahkemenin müvekkili açısından davanın reddine karar verdiğini, söz konusu kararın yüksek mahkemece onanarak kesinleştiğini, somut olaya bakıldığında kabul anlamına gelmemekle birlikte, müvekkili şirkete affedilebilecek bir kusurun varlığı kabul edilse bile, zarar ile eylem arasında uygun illiyet bağı bulunmadığından, davacı bankanın tazminat talebinde bulunması hukukun mümkün olmadığını, öncelikle olayda sahte kimliğin aldatma kabiliyeti üzerinde durulması gerektiğini, sahte kimliğin aldatma kabiliyeti var ise bu durumda kusurdan söz edilemeyeceğini, somut olayda sahte motorlu araç tescil belgesi ve sahte kimlik belgesi kullanılarak noterde satış işlemi yapıldığını, bu belgelerin aldatma yeteneğinin bulunması durumunda, 3.kişinin suç oluşturan bu eylemi nedensellik bağına keseceğinden, işlemi yapan noter kusurlu olarak ta sorumlu tutulamayacağını, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi' nin 09.02.2010 tarih ve 2009/7021E., 2010/1034 K, sayılı kararında belirtilmiş olduğu üzere, somut olayda kullanılan kimlik belgesinin iğfal kabiliyeti var ise davalıların kusurundan bahsedilmeyeceğinden, tazminata hükmedilemeyeceği, haksız fiile dayalı tazminat talebinde bulunulması için, kusurun varlığı yeterli olmayıp, zarar ile eylem arasında uygun illiyet bağının varlığı gerektiğini, illiyet bağının mağdurun zararının, zarar doğurucu eylemi yapan failin eyleminin sonucu olarak meydana gelmiş olmasını ifade edeceğini, failin eylemi ile zarar arasında mantıki anlamda sebep-sonuç ilişkisi bulunması gerektiğini, başka bir ifade ile haksız fiilde uygun illiyet bağının varlığının kabul edilebilmesi için normal şartlar altında, failin zarar doğurabilecek nitelikte olması gerekeceğini, müvekkili şirketin haberleşme hizmetinin, bankacılık işlemlerinde kullanılacağına dair bir öngörüsünün de olması söz konusu olmadığını, bir kişinin sim kartını elinde bulundurmak, normal şartlar altında kişinin banka hesabından para transfer eylemi gerçekleştirmeye sebep olabilecek nitelikte olmadığını,

müvekkili şirket tarafından sunulan haberleşme hizmetinin, böyle bir dolandırıcılık eylemine sebep olmayacağını aşıkardığını, haberleşme hizmetinin dolandırıcılık eyleminde kullanılmasının sorumlusunun müvekkili şirketin onayı olmadan para transferinde kullanan davacı banka ile banka müşterisinin olduğunu, aynı iddia ve taleplerle İstanbul 7.Asliye Ticaret Mahkemesinin 2011/321 E. dosyası ile açılan tazminat davasında mahkeme eylem ile zarar arasında illiyet bağı olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verdiğini, bir güven kurumu olarak faaliyet gösteren bankaların, işlem yapanın gerçek müşteri olup olmadığı konusunda, kimlik doğrulaması için ek güvenlik önlemi olarak getirdiği SMS ile (kısa mesajla) onay şifresi uygulamasında, SMS sisteminin risklerini de araştırması ve buna göre uyguladığı sistemde gerekli tedbirleri alması gerektiğini, müvekkili şirket ile ne davacı banka ve ne de dava dışı banka müşterisi arasında para transferlerinde cep telefonu ile onay verileceğine ilişkin her hangi bir sözleşme olmadığı gibi, müvekkili şirketin bu yönde bir güvenlik önlemine onayı ve rızası da yoktur. İnternet bankacılığı sistemi bir bankacılık işlemi olup, müvekkili şirketin hiçbir şekilde tasarrufta bulunamayacağı sistemdeki aksamalardan sorumlu tutulamayacağını, taraflar arasında çıkar ilişkisine dayalı olarak kullanılan sistemde meydana gelen aksaklıklardan, bu sistemin kullanılmasına rızası olmayan 3. kişinin sorumlu tutulması, hukuken mümkün olmadığı gibi hakkaniyet ilkesine de aykırı olduğunu, müvekkili şirketin herhangi bir yükümlülüğü bulunmamasına rağmen gerek bankalara ve gerekse BDDK yazılar göndererek gerekli önlemlerin alınması talebinde bulunulduğunu, örneğin müvekkili şirket 01.12.2009 tarihinden itibaren sim kartı değişikliği sorgulaması yapılmasına imkan veren bir web servis uygulaması başlattığı ve bankalar bu servisi kullanmaları yönünde uyarıldığını, söz konusu sistemin bankalar tarafından kullanılmaya başlanmasından sonra sistemi kullanmaya başlayan bankalar açısından dolandırıcılık eylemleri engellendiğini, davacı banka tarafından sistem Nisan 2011 tarihinden sonra kullanılmaya başlandığını, kabul anlamına gelmemekle birlikte, davacı tarafın uğramış olduğu zararı müvekkili şirketten talep hakkı kabul edilse bile, ana para dışındaki zarardan müvekkili şirketin sorumlu tutulması mümkün olmadığını savunarak, öncelikle süresinde açılmayan davanın zamanaşımı nedeniyle reddine, müvekkili şirket aleyhine açılan haksız ve hukuki dayanaktan yoksun davanın reddine, yargılama giderleri ile vekalet ücretinin davacı tarafa yüklenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

İLK DERECE MAHKEMESİ KARARININ ÖZETİ: İstanbul 9. Asliye Ticaret Mahkemesi' nin 13/12/2016 tarih ve 2014/1376 Esas - 2016/766 sayılı kararı ile;" İddia, savunma, alınan bilirkişi kök ve ek raporu ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, davacı bankanın Atatürk havalimanı şubesi müşterisi olan dava dışı ... e ait ... Numaralı sim kartının kötü niyetli 3. Şahıslar tarafından sahte nüfuscüzdanı ibraz edilmek suretiyle kopyasının çıkartılarak interaktif hesabına girilmesi ve rızası dışında havale işlemi yapılması nedeniyle, dava dışı ... tarafından İstanbul 20 asliye ticaret mahkemesinin 2011/149 E. Sayılı dosyası ile davacı banka aleyhine dava dışı banka müşterisi tarafından alacak davası açıldığı ve yapılan yargılama sonucunda , davanın kabulü ile 80.000 TL nin olay tarihi olan 25/03/2009 Tarihinden itibaren işleyecek reeskont faiziyle birlikte davacı bankadan tahsiline karar verildiği , söz konusu kararın Yargıtay 11. Hukuk dairesinin 2013/399 E. ,

2013/17695 K. Sayılı ilamıyla onandığı , kararın dava dışı banka müşterisi ... tarafından icra takibine konu edilmesi sonucu , davacı bankanın toplam olarak 172,962,26 TL ödemek zorunda kaldığı , davacının da , müşterisi ... in maruz kaldığı dolandırıcılık eyleminde , davalının aslı kusurlu iddiasıyla ödediği miktarın rücu tahsili amacıyla iş bu davayı açtığı , yapılan bilirkişi incelemesi sonucunda, ayrıntıları bilirkişi raporunda açıklandığı üzere, davacının aslı ve ağır kusurlu olduğu, davalısında tali kusurunun bulunduğu kusur oranını tespit mahkemeye ait olmakla birlikte , davacı iş bankasının % 70, davalı ... nin ise % 30 oranında müterafik kusurlu bulunduğu belirlenerek usulsuz işlemleri ile çekilen dava dışı banka müşterisine ait 80.000 TL nin % 30 tekabül eden 24.000 TL nin davacı bankadan talep edebileceği mütala olunmuşsa da , birebir benzer nitelikteki bir olay nedeniyle Diyarbakır 4. Asliye Hukuk Mahkemesi' nin 25/03/2015 Tarih , 2014/1214 E. , 2015/86 K. Sayılı ilamında, davacı bankaya % 25, davacı GSM şirketine ise % 75 kusur atfedilerek verilen kararın temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 30/05/2012 Tarih. 2015/15063 E., 2016/5874 K. Sayılı ilamıyla onanmasına karar verildiği, somut olayda da benzer bir şekilde davalı GSM şirketi sim kart değişim talebinin itinasız bir şekilde gerçekleştirerek ve gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak , davacı bankanın dava dışı müşterisinin dolandırılmasında bilirkişi raporunda belirtilen mütalanın aksine asli ve ağır kusurlu olduğu davacının da tali kusurlu olduğu, buna göre kusur oranlarının mahkememizce davacı bakımından % 25, davalı bakımından % 75 olduğu belirlenerek , davacının talep edebileceği 80.000 TL nin % 75 ine tekabül eden 60.000 TL' nin davalıdan alınarak davacıya verilmesi.." gerekçesi ile, "1- Davanın kısmen kabulü ile 60.000 TL nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine , fazlaya ilişkin talebin reddine, ... " karar verilmiş ve verilen karara karşı, taraf vekilleri tarafından istinaf başvurusunda bulunulmuştur.

İLERİ SÜRÜLEN İSTİNAF SEBEPLERİ: Davalı vekili istinaf dilekçesi ile, davanın haksız fiile dayalı tazminat davası olduğunu ve mahkemece ödeme tarihinin baz alınarak zamanaşımı itirazının reddedilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu, mahkemece kusur yönünden bilirkişi incelemesi yapılması ve itirazlar doğrultusunda ek rapor alınmasına rağmen, somut bir gerekçe belirtmeden bilirkişi raporunda belirlenen kusuru oranlarının dışına çıkılarak kusur oranı belirlenmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu, mahkemece atıf yapılan Diyarbakır 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2014/1214 Esas, 2015/86 Karar sayılı dosyasının celp edilmediğini, incelenmediğini ve somut olayın özellikleri irdelenmeden sadece gerekçeli karara atıf yapılarak hüküm kurulduğunu, müvekkili şirketin sorumlu olmadığına ilişkin olarak sunulan emsal kararlarının gerek bilirkişi raporları gerekse mahkeme kararı ve gerekse yüksek mahkemenin onama kararları sunulduğunu, yerel mahkemece inceleme imkanı bulunan emsal dosyanın yok sayılarak hiçbir şekilde somut olayın özelliklerinin bilinmediği bir karara atıf yapılmasının kabul edilemez olduğunu, gerekçeli kararda savunmaların hiçbir şekilde değerlendirilmediğini, gerek olayın oluşumu ve gerekse müvekkili şirketin somut olaydaki sorumluluk durumu irdelenmeden hüküm kurulduğunu, birçok aşaması bulunan internet bankacılığı sisteminde söz konusu aşamaların nasıl geçildiğini sorgulamayan mahkeme, müvekkili şirketin söz konusu sistem üzerinde hiçbir şekilde bir tasarrufa bulunamayacağının açıkça ortada

olmasına rağmen, müvekkili şirketin kusurlu olduğu yönündeki kanaatin kabul edilemez olduğunu, mahkemece somut olaydaki uyuşmazlıktaki değerlendirmenin yalnızca kusurun varlığıyla sınırlı tutulduğunu, kabul anlamına gelmemekle birlikte haksız fiilin diğer şartlarının varlığı değerlendirilmeden varılan kanaatin eksik ve hatalı olduğunu, somut olayda müvekkili şirkete atfedilebilecek bir kusurun varlığı kabul edilse bile zarar ile eylem arasında uygun illiyet bağı bulunmadığını, haksız fiil nedeniyle tazminata hükmedilebilmesi için uygun illiyet bağının varlığının sabit olduğunu, zarar ile eylem arasında uygun illiyet bağının olması gerektiğini, bir zararla fiil arasında uygun illiyet bağı bulunduğunu kabul edebilmek için, söz konusu haksız fiilin, hayat tecrübelerine, olayların normal akışına göre böyle bir zarara sebep olabilmesi gerekeceğini, illiyet bağının varlığından bahsedebilmek için bir sebebin zararı meydana getirmeye uygun bir sebep olup olmadığına bakılması gerektiğini, müvekkili şirketin haberleşme hizmetinin bankacılık işlemlerinde kullanılacağına dair bir öngörünün de olmasının söz konusu olmadığını, somut olayda zarar ile sim kart değişikliği eylemi arasında uygun illiyet bağı bulunmamakta olup, bu hususun yerel mahkeme kararında hiç değinilmediğini, kabul anlamına gelmemekle birlikte müvekkili şirketin hangi hukuki gerekçe ile dava dışı bayinin eylemlerinden sorumlu olduğuna ilişkin olarak bir değerlendirme yapılmadığı ve bu hususa ilişkin savunmalarının yok sayıldığını, müvekkili şirket ile ne davacı banka ne de dava dışı banka müşterisi arasında para transferlerinde cep telefonu ile onay verileceğine ilişkin herhangi bir sözleşme olmadığı gibi müvekkili şirketi bu yönde bir güvenlik önlemine rızası da olmadığını, müvekkili şirketin herhangi bir yükümlülüğü bulunmamasına rağmen, gerek bankalara gerekse BDDK 'ya yazılar göndererek önlemlerin alınması talebinde bulunduğunu, müvekkili şirketin ısrarları üzerine söz konusu sistemin kullanılmaya başlanmasından sonra sistemi kullanmaya başlayan bankalar açısından dolandırıcılık eylemlerinin engellendiğini, bu nedenlerle istinaf başvurusunun kabulü ile, öncelikle icranın geri bırakılmasına, istinaf incelemesi sonucu ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, davanın zamanaşımı nedeniyle reddine, aksi halde esastan reddine, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin karşı tarafa yükletilmesine karar verilmesini talep etmiştir. Davacı vekili katılma yoluyla sunduğu istinaf dilekçesi ile, davanın yasal süresi içerisinde açıldığını ve davalı GSM şirketinin zamanaşımı itirazının yerinde olmadığını, mahkeme gerekçeli kararında tüm delil ve beyanların değerlendirildiğini, hüküm kısmında da gerekçesi ile açıkça izah edildiğini, söz konusu olayda davalı GSM şirketinin meydana gelen zararda ağır kusuru bulunduğunu, bu durumun gerekçeli kararın hüküm kısmında belirtildiğini, GSM şirketleri Bankalar gibi imtiyazlı şirketler olduğunu, dolayısıyla Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna bağlı olarak kamu adına ve kamu yararına lisanslı olarak işlem yaptığını, bu nedenle bile davalı şirketi sim kart değişikliği yaparken kimlik kontrolü yapmak konusunda yeterli ve gerekli güvenlik önlemlerini almayarak ağır kusurlu olduğunu, davalı tarafın istinaf dilekçesinde müvekkili bankanın üzerine düşen yasal zorunluluklarını yerine getirmedi yönündeki beyanlarının gerçeği yansıtmadığını, Bankacılık Düzenleme Denetleme Kurumu tarafından 14 Eylül 2007 tarih ve 26643 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan "Bankalarda Bilgi Sistemleri Yönetiminde Esas Alınacak İlkelerle İlişkin Tebliğ" uyarınca belirlenen esaslar çerçevesinde ve İnternet Bankacılığına

Girişlerde Tek Kullanımlık Şifre Uygulaması hakkında Türkiye Bankalar Birliği tarafından 16.12.2009 tarihli Kamuoyu Duyurusu ile getirilen tek kullanımlık şifre uygulamasını, Bankanın yasal mevzuata uygun olarak uygulandığını, kaldı ki, tek kullanımlık şifre uygulaması 2010 yılından itibaren zorunlu hale getirilmiş olmakla beraber müvekkilinin 2009 yılı itibarıyla bu uygulamayı başlattığını, bilirkişilerce de yapılan tespitlere göre, müvekkilinin basiretli bir tacirin alabileceği tüm önlemleri fazlası ile aldığı ve üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirdiğini, bankacılık sektöründe müşteri güvenliği ve emniyeti açısından tüm önlemlerin alınmasını ilk ve öncü olan müvekkilinin sanal ortamda gerçekleştirilen işlemler hakkında da sektörün öncü isimlerinden olduğunu, BTK ve BDDK tarafından internet bankacılığı yoluyla gerçekleşen dolandırıcılık olaylarının engellenmesini teminen 2010 yılından itibaren çalışmalara başladığını, müvekkili bankanın üzerine düşen edimi eksiksiz olarak yerine getirdiğini, dava konusu olayda illiyet bağının varlığının izahtan varestede olduğunu, davalı şirketin hat sahibi kişiye sim kartını teslim etmeseydi banka müşterisinin hesabından paralar çekilmeseydi ve dava konusu zarar oluşmayacağını, bu nedenle meydana gelen zararda GSM şirketi tarafından uygun illiyet bağı kurulduğunu, yerleşik Yargıtay kararlarına göre de davalı tarafın bayisi ile birlikte söz konusu zarardan müteselsilen sorumlu olduğunu, davalı şirketin kendi ifa yardımcısı konumundaki bayilerin dikkatsiz ve özensiz davranışları sonucu sebep oldukları zararı tazmin etmek durumunda olduğunu, bayinin gerekli dikkat ve özen göstermeden verdiği hizmet nedeniyle müşterinin / üçüncü şahısların uğradığı bayi ve operatör şirketi tarafından karışlanması gerektiğini, somut olayda, ... A.Ş.'nin sim kart değişikliğinde ...'in nüfus cüzdanı bilgileri ile üçüncü kişi tarafından getirilen nüfus cüzdanı bilgilerini doğru bir şekilde karşılaştırmadığı ve ...'e ait orjinal imza ile hat yenilenirken atılan imzayı karşılaştırmadığı, bu nedenlerle, üzerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirmediğinden dava konusu olayda kusurlu olduğunu, banka müşterisi ... tarafından müvekkili aleyhine İstanbul 20. Asliye Ticaret Mahkemesi' nin 2011/149 E. sayılı dosyası ile açılan davada 2012/210 K sayılı ilam ile davanın kabulüne ve 80.000TL'nin olay tarihi olan 25.03.2009 tarihinden itibaren işleyecek reeskont faizi ile davalı müvekkili bankadan alınmasına karar verildiğini, karar ile ilgili olarak ... tarafından müvekkili Banka aleyhine İstanbul Anadolu ... İcra Müdürlüğü' nün ... E. ve İstanbul Anadolu İcra Müdürlüğü... E. sayılı ile başlatılan icra takibi sonucunda 23.12.2013 tarihinde 162.046,26-TL ve 20.01.2014 tarihinde 10.916,00-TL olmak üzere toplam 172.962,26-TL ödendiğini, bankaca ödenmek zorunda kalınan 172.962,26-TL'nin ilgili icra takipleri sonucu ödendiği tarihten itibaren asli kusurlu davalı GSM şirketi tarafından karşılanması için mevzu dava açıldığını, bu hususun Mahkeme tarafından göz ardı edilerek 80.000-TL üzerinden hesaplama yapıldığını, oysa işbu davada talep olunan, asli kusurlu GSM şirketinin sahte evrak ile yapılan başvuru neticesinde yetkisiz kişilere sim kart vermesi nedeniyle oluşan haksız fiil neticesinde müvekkili bankaca ödenmek zorunda kalınan 172.962,26-TL'nin yasal faiziyle birlikte tahsiline ilişkin olduğunu, dava konusu talebin 172.962,26.-TL üzerinden kusur hesaplaması yapılması gerekirken sadece 80.000.-TL üzerinden hesaplama yapılmasının hatalı olduğunu, davalının sorumluluğu haksız fiil ve rücu sorumluluğundan doğmakta olduğundan ödeme yapılması ile ödenen miktar üzerinden temerrüde düşüğünü, davalının temerrüdü ödeme anı ile gerçekleştiğini, dava

ile gerçekleştiğinin kabulü hukuken mümkün olmadığını, bu nedenle bir an için kusur hesabı yapılması gerekse dahi hesaplamanın 172.962,26.-TL'ye ödeme tarihinden itibaren yasal faiz işletilerek dava tarihi itibarıyla yapılması gerektiğini, bu nedenlerle, istinaf başvurusunun kabulü ile davalı istinaf sebeplerinin reddine, davalı GSM şirketi ... A.Ş. tarafından sim kart kopyalanması nedeniyle müşteriye ödenmek zorunda kalınan 172.962,26 TL' nin ödeme tarihinden itibaren işleyecek olan kanuni faiziyle birlikte tahsili ile yapılan yargılama giderleri ile vekalet ücretinin davalı tarafa yükletilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

DAİREMİZİN İLK KARARI: Dairemizin 26/10/2017 tarih ve 2017/505 Esas - 2017/592 Karar sayılı ilk kararı ile; “ Davacı banka ile davalı şirket arasında sim kart değişikliğinin bildirilmesine ilişkin bir protokol ve sözleşmesinin bulunmadığı, bankaların bir güven kurumu olarak faaliyet göstermeleri nedeni ile müşterilerince kendilerine tevdi edilen mevduatı korumakla yükümlü oldukları, internet bankacılığı üzerinden işlem yapan kişinin gerçek müşteri olup olmadığı konusunda kimlik doğrulaması için ek güvenlik önlemlerinin davacı bankaca alınması gerektiği, sim kartın yenilenmesinin kendisine bildirilmesi konusunda her türlü tedbiri almasının gerektiği, sms ile onay şifresi uygulamasına sms sistemin risklerinin araştırılarak buna göre bankanın uyguladığı sistemde gerekli her türlü tedbiri almasının özen yükümlülüğünün bir sonucu olduğu, davalı şirketin verdiği sim kartın dolandırıcılık eyleminde kullanılacağını bilmesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla davalının eylemi ile doğan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmadığı, ilk derece mahkemesince karar gerekçesinde emsal gösterilip yer verilen Yargıtay 11. HD 2015/15063 E. 2016/5874 K. 30/05/2016 tarihli kararının yerleşmiş içtihadı olmadığı ve ayrıca benzer konuda dairemizin 2017/423 E. 2017/403 K. 12/07/2017 tarihli kararına dayanak olan Yargıtay 4. HD 02/12/2016 T. 2014/16532 E. 2015/13984 K. sayılı Yargıtay kararındaki prensipler dikkate alındığında, davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulüne, kabule göre davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilerek, ilk derece mahkemesi kararının HMK 353/1-b2 maddesi uyarınca ortadan kaldırılarak, davanın tümüyle reddine karar verilmesi gerektiği ... “ gerekçeleri ile;

“A-Davacı vekilinin katılma yoluyla yaptığı istinaf başvurusunun HMK 353/1-b1 maddesi uyarınca ESASTAN REDDİNE,

B-Davalı vekilinin istinaf başvurusunun KABULÜ ile HMK 353/1-b2 maddesi gereğince hükmün ORTADAN KALDIRILMASINA, dairemizce yeniden esas hakkında hüküm kurulmasına, 1-DAVANIN REDDİNE, ... “ karar verilmiş ve verilen karara karşı, davacı vekili tarafından temyiz kanun yoluna başvurulmuştur.

YARGITAYIN İLK BOZMA İLAMI: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi' nin 20/06/2019 tarih ve 2017/5251 Esas - 2019/4658 Karar sayılı ilamı ile; “1-Dava, davacı bankanın müşterisi olan dava dışı ...'e ait SIM kartının dava dışı kişiler tarafından kopyasının çıkartılarak interaktif hesabına girilmek suretiyle rızası dışında havale yapıldığı iddiasıyla, ... tarafından İstanbul 20. Asliye Ticaret Mahkemesi' nin 2011/149 Esas sayılı dosyasında davacı banka aleyhine açılan davanın kabulüne karar verilmesi sonucu icra dosyasına konu edilen borcun 172.962,26 TL olarak davacı bankaca ödendiği ve zarardan davalı ... A.Ş.'nin sorumlu olduğu iddiasına dayalı alacak istemine ilişkindir. Mahkemece, kusur oranlarının davacı

bakımından % 25, davalı bakımından % 75 olduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne hükmedilmiş; Bölge Adliye Mahkemesince ise davalının eylemi ile doğan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmadığı gerekçesiyle, HMK'nın 353/1-b.2 maddesi gereğince hükmün ortadan kaldırılmasına, yeniden esas hakkında hüküm kurulmasına ve davanın reddine karar verilmiştir. Mahkemeye sunulan bilirkişi raporu ile, davalının yetkilendirdiği abone merkezinde banka müşterisine ait GSM hattının yeni sim kartı hazırlanıp gerçek hat abonesinin kimlik fotokopisini sunan yetkisiz kişiye verilmemiş olsaydı, hesaptan para çıkışlarında banka tarafından gönderilen işlem onay şifresinin, yetkisiz kişilerin eline geçmeyeceği ve dolayısıyla dava dışı banka müşterisinin hesabından dava konusu miktarda paranın transfer edilemeyecek olduğu, bu nedenle davalının ifa yardımcısı sayılan abone merkezinin kimlik kontrolündeki eylemi ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının bulunduğu, ayrıca sim kartı değişikliğini onaylayıp hemen aktif hale getirenin de davalı olduğu, davacı banka gibi GSM hattı operatörü davalının da internet bankacılığı kullanan banka müşterilerinin GSM hatlarının sim kartlarının dolandırıcılar tarafından, hesaptan para çıkışlarında banka sistemi tarafından otomatik olarak kısa mesajla gönderilen işlem onay kodunu (dinamik şifre) ele geçirmek için, hat abonesi adına sahte kimlik düzenlenerek GSM hat operatörlerinin yetkili kıldıkları abone merkezlerinde kolaylıkla değiştirildiğini bildiği, GSM operatörünün görevinin içeriği ne olursa olsun gönderilen kısa mesajı (SMS) yetkisiz bir kişiye değil, gerçek GSM hattı abonesine iletmek olduğu, tüm bu sebepler dikkate alındığında, oluşan davaya konu zararda, davalının da kusur ve sorumluluğunun bulunduğu bildirilmiştir. Bu suretle, Bölge Adliye Mahkemesince, ortaya çıkan zararda hem davacı bankanın hem de davalının kusurunun bulunduğu göz ardı edilerek, davalının fiiliyle ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmadığı gerekçesiyle İlk Derece Mahkemesinin kararının kaldırılmasına, davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir. 2-Bozma sebep ve şekline göre davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, ... “ gerekçeleri ile; “(1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz isteminin kabulü ile Bölge Adliye Mahkemesi kararının BOZULMASINA, (2) numaralı bentte açıklanan nedenle, davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, ... “ karar verilmiştir. Duruşma yapılarak, usul ve yasa uygun görülen bozma kararına uyulmasına karar verilmiştir.

DAİREMİZİN İLK BOZMA SONRASI VERİLEN İKİNCİ KARARI: Dairemizin 19/09/2019 tarih ve 2019/1670 Esas - 2019/1220 Karar sayılı ilk kararı ile; “Sonuç olarak: ilk derece mahkemesinin kusur oranlarını tayin ederken bilirkişi raporundaki belirlemeden uzaklaştığı ve uzaklaşma sebebini hukuken geçerli argümantasyonla ifade ettiği, davaya yol açan olayda davacının tali, davalının ise asli ve ağır kusurlu kabul edilmek suretiyle hüküm kurulduğu, davacının müşterisine ait hesabı ve müşteri bilgilerini muhafaza etmede kusurlu olduğu fakat davalının bayisinin usulsüz sim kart verdiği, gerekli araştırmayı yapmadığı, 3. Şahısların talebiyle müşterisinin sim kartını değiştirdiği ve böylelikle aynı zamanda davacı bankanın müşterisi olan ...’e GSM hattı üzerinden gönderilmesi gereken onay kodu-dinamik şifrenin, para transferini yapan dolandırıcıların eline geçmesini sağladığı, davalı GSM operatörünün eyleminin, oluşan zarar üzerindeki marjinal etkisi gözetildiğinde davalının

ağır ve asli kusurlu olduğu, ilk derece mahkemesinin taraflara yüklediği kusur oranlarının olayın oluşuna ve hakkaniyete uygun olup, her iki tarafın da oluşan zarardan kusurları oranında sorumluluklarının hukuki koşullarının oluştuğu ve ilk derece mahkemesince bunun gerekçelendirildiği, zararın tespitinde davacının zararın artmasına yol açan eylemlerini gözeterek tazminat miktarını belirlediği ve tarafların kabul edilen kusur oranında taraflara tahmil ettiği, her iki tarafın istinaf nedenlerinin de yerinde olmadığı kanaatine varılmıştır. Açıklanan nedenlerle; dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde, ve verilen kararın hukuken geçerli yöntemlerle gerekçelendirilmiş olmasına ve kararda usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, taraf vekillerinin her ikisinin de istinaf başvurularının esastan reddine karar verilmesi gerektiği..” gerekçeleri ile; “1-Tarafların istinaf taleplerinin HMK 353/1-b1 maddesi uyarınca ayrı ayrı REDDİNE, “ karar verilmiş ve verilen karara karşı, davalı vekili tarafından temyiz kanun yoluna başvurulmuştur.

YARGITAYIN İKİNCİ BOZMA İLAMİ: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’ nin 09/06/2021 tarih ve 2019/4877 Esas - 2021/4949 Karar sayılı ilamı ile;”6100 sayılı HMK’nın 373. maddesinin 1. bendi “Yargıtay ilgili dairesinin tamamen veya kısmen bozma kararı, başvurunun bölge adliye mahkemesi tarafından esastan reddi kararına ilişkin ise bölge adliye mahkemesi kararı kaldırılarak dosya, kararı veren ilk derece mahkemesine veya uygun görülecek diğer bir ilk derece mahkemesine, kararın bir örneği de bölge adliye mahkemesine gönderilir.” 2. bendi “Bölge adliye mahkemesinin düzelterek veya yeniden esas hakkında verdiği karar Yargıtayca tamamen veya kısmen bozulduğu takdirde dosya, kararı veren bölge adliye mahkemesi veya uygun görülen diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderilir.” şeklinde düzenlenmiş olup, Dairemizin yerleşik uygulamalarına göre Bölge Adliye Mahkemesinin, İlk Derece Mahkemesi kararını kaldırıp yeniden esas hakkında karar vermesi ve Bölge Adliye Mahkemesi kararının Yargıtay’ca bozulması halinde bozmaya karşı gerek direnme, gerekse bozmaya uyarak yeniden karar verme hak ve yetkisi Bölge Adliye Mahkemesine aittir. Bölge Adliye Mahkemesi’nin hüküm mahkemesi sıfatıyla verdiği yeniden esas hakkındaki karar sonrasında HMK’nın 360. maddesinin atfıyla ilk derece mahkemelerinde uygulanan yargılama usulüne göre yargılama yapıp öncelikle Yargıtay bozma kararına karşı HMK’nın 373/3. maddesi gereğince uyma veya direnme konusunda bir karar verir; bu kararı yine hüküm mahkemesi sıfatıyla vermektedir. Bozmaya uyduğu takdirde artık yargılamaya hüküm mahkemesi sıfatıyla devam etmekte olduğundan bozma kararına uygun olarak yeniden esas hakkında karar vermelidir. Somut olayda, İlk Derece Mahkemesinin 13.12.2016 tarihli davanın kısmen kabulüne dair kararına karşı taraf vekillerince istinaf yoluna başvurulması üzerine Bölge Adliye Mahkemesince 26.10.2017 tarihli kararla davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine, davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile hükmün ortadan kaldırılmasına, karar verilerek yeniden esas hakkında hüküm kurulmuş ve davanın reddine karar verilmiştir. Bu kararın davacı vekilince temyizi üzerine Dairemizin 20.06.2019 tarihli kararı ile Bölge Adliye Mahkemesi kararı bozulmuş, Bölge Adliye Mahkemesince Dairemizin bozma ilamına uyulmuştur. Bu durumda Bölge Adliye Mahkemesince hüküm mahkemesi sıfatıyla bozmaya uyulduğundan artık davanın esası hakkında yeniden hüküm kurulması gerekirken

bundan zuhulle bu kez denetim mahkemesi sıfatıyla tarafların istinaf taleplerinin HMK'nın 353/1-b1 maddesi uyarınca başvurunun esastan reddine dair karar verilmesi yerinde olmamış, Bölge Adliye Mahkemesi kararının bu yönden re'sen bozulması gerekmiştir. Bozma sebep ve şekline göre davalı vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek görülmemiştir. Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozulmasına, davalı vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına" gerekçeleri ve " Oluşa göre Bölge Adliye Mahkemesinin Dairemizin bozma ilamına uyarak İlk Derece Mahkemesi'nin kararına karşı yapılan istinaf başvurularının esastan reddine karar vermesinde muhakeme hukukuna bir aykırılık bulunmamaktadır. Bu sebeple Dairemizce işin esasının incelenmesi gerektiği görüşünde olduğumuzdan Sayın çoğunluğun kararın yazılı şekilde bozulması yönündeki görüşüne iştirak etmiyoruz. " karşı oyu ile; "(1) nolu bentte açıklanan nedenlerle, Bölge Adliye Mahkemesi kararının BOZULMASINA, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, ... " oy çokluğu ile karar verilmiş ve dairemizce önceki kararda ısrar edilmiştir.

DAİREMİZİN İKİNCİ BOZMA SONRASI VERİLEN ÜÇÜNCÜ KARARI: Dairemizin 16/09/2021 tarih ve 2021/1300 Esas - 2021/1214 Karar sayılı kararı ile; "Sonuç olarak: ilk derece mahkemesinin kusur oranlarını tayin ederken bilirkişi raporundaki belirlemeden uzaklaştığı ve uzaklaşma sebebini hukuken geçerli argümantasyonla ifade ettiği, davaya yol açan olayda davacının tali, davalının ise asli ve ağır kusurlu kabul edilmek suretiyle hüküm kurulduğu, davacının müşterisine ait hesabı ve müşteri bilgilerini muhafaza etmede kusurlu olduğu fakat davalının bayisinin usulsüz sim kart verdiği, gerekli araştırmayı yapmadığı, 3. Şahısların talebiyle müşterisinin sim kartını değiştirdiği ve böylelikle aynı zamanda davacı bankanın müşterisi olan ...'e GSM hattı üzerinden gönderilmesi gereken onay kodu-dinamik şifrenin, para transefini yapan dolandırıcıların eline geçmesini sağladığı, davalı GSM operatörünün eyleminin, oluşan zarar üzerindeki marjinal etkisi gözetildiğinde davalının ağır ve asli kusurlu olduğu, ilk derece mahkemesinin taraflara yüklediği kusur oranlarının olayın oluşuna ve hakkaniyete uygun olup, her iki tarafın da oluşan zarardan kusurları oranında sorumluluklarının hukuki koşullarının olduğu ve ilk derece mahkemesince bunun gerekçelendirildiği, zararın tespitinde davacının zararın artmasına yol açan eylemlerini gözeterek tazminat miktarını belirlediği ve tarafların kabul edilen kusur oranında taraflara tahmil ettiği, her iki tarafın istinaf nedenlerinin de yerinde olmadığı kanaatine varılmıştır. Direnme gerekçesi: Somut olayda Yargıtay bozma kararı incelendiğinde; bozma sebebinin HMK'nın 371/1 Maddesinde yer alan a, b, c bentlerinde düzenlenen maddi hukuka veya usule ilişkin mutlak bozma sebepleri kapsamında olmadığı anlaşılmaktadır. Yargıtay bozma kararı usuli nitelikte olup HMK 371/1-ç maddesinde belirtilen nispi bozma mahiyetindedir. Öncelikle tartışılması gereken husus bozma sebebinin Dairemizce verilmiş olunan kararın esasını, hükmü ve dolayısıyla davanın taraflarının hukukunu etkileyip etkilemeyeceği hususudur. Belirtilen bozma sebebine göre Dairemizce tarafların istinaf başvurularının esastan reddi yerine, ilk derece Mahkemesinin kararının aynen yeniden verilmesi halinde ilk derece mahkemesinin istinafa konu kararının esasında herhangi bir değişiklik yaratmayacağı gibi bu bağlamda tarafların hak ve sorumluluklarında herhangi bir değişiklik yaratmayacağıda açıktır. Zira, Dairemizce

verilen tarafların istinaf taleplerinin ayrı ayrı esastan ret kararının mahiyeti itibariyle, ilk derece mahkemesi kararının usul ve yasaya uygun olduğunun kabul edildiği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla Yargıtay 11. HD tarafından verilen nispi nitelikteki bozma sebebi aşağıda açıklanacağı üzere Dairemizce benimsenmemekle birlikte esasa etkili ve hükmün sonucunu değiştirecek mahiyette olmadığından öncelikle bu nedenden dolayı direnme kararı vermek gerekmiştir. Yargıtay 11. HD bozma kararında; daha önce verilen Dairemiz kararının bozulması üzerine verilen uyma kararı ile Dairemizin hüküm mahkemesi haline geldiğini, artık denetim mahkemesi olarak değil HMK'nın 360.maddesi atfıyla talep ve hüküm mahkemesi sıfatıyla yeniden esas hakkında karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Somut olayda; Dairemizce verilen 26/10/2017 tarih 2017/505 Esas - 2017/592 Karar sayılı ilamında HMK 355. Maddesi gereğince denetim yapılarak davacının istinaf talebinin esastan reddine davalının istinaf talebinin kabulü ile HMK'nın 353/1-b2 maddesi uyarınca ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılarak yeniden hüküm kurmak suretiyle davanın reddine karar verilmiştir. Bu kararın davacı tarafca temyizi üzerine Yargıtay 11 HD.'nin 20/06/2019 T. 2017/5251 E. 2019/4658 K. Sayılı ilamı ile Dairemiz kararı esastan bozulmuştur. Bozma üzerine duruşma açılarak bozmaya uyma kararı verilerek bu kez direnmeye konu olan Dairemizin 19/09/2019 T. 2019/1670 Esas - 2019/1220 Karar sayılı ilamıyla HMK 355. maddesi kapsamında tarafların istinaf sebeplerine bağlı olarak ilk derece mahkemesi kararında hukuki vaka ve hukuki denetim yapılarak mahkemenin istinafa konu kararı usul ve yasaya uygun görüldüğünden HMK'nın 353/1-b1 maddesi uyarınca tarafların istinaf taleplerinin ayrı ayrı esastan reddine karar verilmiştir. Dairemizce verilen en son kararda Yargıtay 11. HD tarafından yukarıda belirtilen şekilde usuli eksik nedeniyle bozulmuştur. İstinaf incelemesinde temel amaç hukuka aykırı olarak verildiği iddia edilen ilk derece mahkemesi kararının denetimini sağlamaktır. Hukukumuzda yeniden yargılama yapma ilkesini benimsemiş geniş anlamda istinaf ilkesi değil, dar anlamda istinaf ilkesi benimsenmiştir. Dar anlamda istinaf incelemesinde; ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararların sadece denetlenmesi söz konusu olup, temyiz incelemesinden farklı olarak sadece hukuki denetim değil, maddi vaka denetimi de yapılmaktadır. Maddi olay denetiminin yapılması davanın yeniden görülmesi anlamında olmayıp, ilk derece mahkemesinin maddi olayı usul ve yasaya uygun olarak değerlendirilip değerlendirilmediği konusu ile sınırlıdır. Bu bağlamda istinaf mahkemesinde yapılan denetim sonucunda ilk derece mahkemesi kararında yanlışlık görülmesi halinde usul ve esas yönünden hatalı bulunan kararın kaldırılarak yerine usul ve yasaya uygun hükmün kurulması yargılamayı hızlandırmaya yönelik düzenlemedir. Yapılan denetim sonunda, hukuka aykırı bulunan ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak istinaf mahkemelerinin gerekli kararı vermesi istinaf mahkemelerinin, ilk derece mahkemesi gibi talep ve hüküm mahkemesi olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmayacaktır. Bu açıklamalar doğrultusunda, istinaf mahkemesi tarafından verilen kararın temyiz edilerek bozulması ve bozulan karara istinaf mahkemesince uyulması halinde de, kanun yolu içerisinde yer alan istinaf mahkemelerinin denetim mahkemesi sıfatı değişmeyecektir. Nitekim bazı Yargıtay kararlarında, ilk derece mahkemelerince verilen kararların 353/1-b2 maddesi kapsamında kaldırılarak istinaf mahkemesince yeniden verilen kararın bozulması halinde yapılan bozmalarda tarafların

istinaf taleplerinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir şeklinde bozma kararı verilerek istinaf mahkemelerinin hüküm mahkemesi değil istinaf sebeplerine bağlı denetim mahkemesi olduğu vurgulanmaktadır. (Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 26/05/2021 tarih ve 2020/5724 Esas 2021/5514 Karar) Temyizi üzerine bozulan karar tüm hukuki neticeleri ile birlikte ortadan kalkar. Yargılama, bozma öncesi eski haline döner. Dairemizce verilen ilk derece mahkeme kararını ortadan kaldıran ilk karar bozularak ortadan kalktığından yok hükmündedir. İstinafa konu ilk derece mahkemesi kararı ise tüm hukuki sonuçları ile birlikte varlığını sürdürmektedir. Yine tarafların istinaf talepleri halen geçerli olup yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. İstinaf mahkemesince bu aşamadan sonra yapılacak iş, uyulan Yargıtay karar gerekçesi doğrultusunda ve HMK'nın 355.maddesi uyarınca tarafların istinaf sebepleri ile bağlı olarak vaka ve hukuki denetim yaparak istinaf başvurularını karara bağlamaktan ibarettir. İstinaf mahkemelerinin ise denetim görevini yaparak HMK'nın 341- 359. Maddeleri arasında düzenlenen hükümlere göre karar vermesi zorunludur. İstinaf mahkemelerinin kararlarının bozulup uyulması halinde hüküm mahkemesi haline geleceğine dair ne 5235 sayılı kanunda, nede HMK'da hiçbir düzenleme yer almamaktadır. Kanun koyucu istinaf mahkemelerinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla yani hüküm mahkemesi sıfatıyla görev yapacağı düzenlemeye sadece HMK 439/1. maddesindeki hakem kararının iptali davasında yer vermiştir. Bunun dışında başka bir düzenleme yoktur. Ayrıca bu konuda HMK'nın 360.maddesinin uygulanmasını gerektirir hüküm eksikliği veya yasal boşlukta bulunmamaktadır. Zira, İstinaf mahkemesince Yargıtay bozma ilamına uyulması halinde HMK'nın 353/1-b1,2,3 355. 356.maddelerinde belirtilen şekilde yeniden istinaf başvuruları hakkında bir karar vermek gerekecektir. Aksi halde yani istinaf mahkemesince hüküm mahkemesi gibi karar verilmesi halinde tarafların istinaf talepleri hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmemiş olacaktır. Diğer taraftan somut olaydaki gibi hüküm mahkemesi olarak verilecek kararda, hem tarafların istinaf taleplerinin ayrı ayrı esastan retlerine karar verilip hem de, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak aynı kararın tekrar verilmesi halinde ise, hüküm kendi içerisinde çelişecektir. İstinaf mahkemesince hüküm mahkemesi gibi verilecek karar yukarıda açıklanan nedenlerle istinaf kanun yolu hükümlerine aykırılık teşkil edeceği gibi, istinaf taleplerinin reddi veya kabulüne bağlı olarak hükmedilecek harç iadesi ve yargılama giderleri konusunda da belirsizliğe sebep olabilecektir. Belirtilen nedenlerle ve Dairemiz kararını bozan Yargıtay kararındaki karşı görüş Dairemizce de benimsenmek suretiyle önceki kararda ısrar edilmiştir. Açıklanan nedenlerle dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, uyma kararı verilen Yargıtay bozma ilamındaki gerekçelere göre; mahkeme kararının gerekçesinde, dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde ve kararda, usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmadığı gibi kamu düzenine de aykırılık tespit edilemediğinden, taraf vekillerinin her ikisinin de istinaf başvurularının esastan reddine, Dairemizin bozulan kararında direnilmesine karar verilerek aşağıdaki gibi hüküm kurmak gerekmiştir. “ gerekçeleri ile; “1-Dairemizin 19/09/2019 tarih ve 2019/1670 Esas 2019/1220 Karar sayılı kararında DİRENİLMESİNE, 2-Tarafların istinaf taleplerinin HMK 353/1-b1 maddesi uyarınca ayrı ayrı ESASTAN REDDİNE, ... “ karar verilmiş ve verilen karara karşı, davalı vekili tarafından temyiz kanun yoluna başvurulmuştur.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULUNUN BOZMA İLAMİ: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15/11/2022 tarih ve 2021/11-974 Esas - 2022/1519 Karar sayılı ilamı özetle; “51. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; ilk derece mahkemesinde davanın kısmen kabulüne karar verildiği, bu karara karşı taraf vekillerince istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine bölge adliye mahkemesince istinaf başvurusu yerinde bulunup ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak davanın reddine karar verildiği, anılan kararın davacı vekilince temyizi üzerine Özel Dairece, karar bozularak dosyanın kararı veren bölge adliye mahkemesine gönderildiği, bölge adliye mahkemesince bozma ilamına uyularak ilk derece mahkemesi kararına yönelik taraf vekillerinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verildiği, bu kararın davalı vekilince temyizi üzerine kararın Özel Daire tarafından bölge adliye mahkemesince yeniden hüküm tesis edilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulduğu ve bölge adliye mahkemesince önceki hükümde direnildiği anlaşılmaktadır. 52. Şu hâlde; bölge adliye mahkemesince ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak hüküm mahkemesi sıfatıyla yeniden esas hakkında hüküm kurulmakla ilk derece mahkemesi kararı hukukî varlığını kaybetmiştir. Bölge adliye mahkemesi tarafından Özel Daire bozma kararına uyulmakla yapılan yargılama ilk derece mahkemesi kararının istinaf incelemesi mahiyetinde değildir. Bu itibarla Özel Daire bozma ilamına uyan bölge adliye mahkemesince uyulan bozma kararı doğrultusunda uyuşmazlığı sona erdirecek, infaza elverişli hüküm kurulması gerekirken, hayatiyetini kaybetmiş ilk derece mahkemesi kararı ile ilgili istinaf incelemesi yapılarak istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. 53. Hâl böyle olunca Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken önceki hükümde direnilmesi doğru değildir. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır. “ gerekçeleri ile; “Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 371. maddesi gereğince BOZULMASINA, ... “ karar verilmiştir.

DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GEREKÇE: Dava, davacı bankanın müşterisi olan dava dışı ...'e ait SIM kartının dava dışı kişiler tarafından kopyasının çıkartılarak interaktif hesabına girilmek suretiyle rızası dışında havale yapıldığı iddiasıyla, ... tarafından İstanbul 20. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2011/149 Esas sayılı dosyasında davacı banka aleyhine açılan davanın kabulüne karar verilmesi sonucu icra dosyasına konu edilen borcun 172.962,26 TL olarak davacı bankaca ödendiği ve zarardan davalı ... A.Ş.'nin sorumlu olduğu iddiasına dayalı alacak istemine ilişkindir. Mahkemeye sunulan bilirkişi raporu ile, davalının yetkilendirdiği abone merkezinde banka müşterisine ait GSM hattının yeni sim kartı hazırlanıp gerçek hat abonesinin kimlik fotokopisini sunan yetkisiz kişiye verilmemiş olsaydı, hesaptan para çıkışlarında banka tarafından gönderilen işlem onay şifresinin, yetkisiz kişilerin eline geçmeyeceği ve dolayısıyla dava dışı banka müşterisinin hesabından dava konusu miktarda paranın transfer edilemeyeceği olduğu, bu nedenle davalının ifa yardımcısı sayılan abone merkezinin kimlik kontrolündeki eylemi ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının bulunduğu, ayrıca sim kartı değişikliğini onaylayıp hemen aktif hale getirenin de davalı olduğu, davacı banka gibi GSM hattı operatörü davalının da internet bankacılığı kullanan banka müşterilerinin GSM hatlarının

sim kartlarının dolandırıcılar tarafından, hesaptan para çıkışlarında banka sistemi tarafından otomatik olarak kısa mesajla gönderilen işlem onay kodunu (dinamik şifre) ele geçirmek için, hat abonesi adına sahte kimlik düzenlenerek GSM hat operatörlerinin yetkili kıldıkları abone merkezlerinde kolaylıkla değiştirildiğini bildiği, GSM operatörünün görevinin içeriği ne olursa olsun gönderilen kısa mesajı (SMS) yetkisiz bir kişiye değil, gerçek GSM hattı abonesine iletmek olduğu, tüm bu sebepler dikkate alındığında, oluşan davaya konu zararda, davalının da kusur ve sorumluluğunun bulunduğu bildirilmiştir. Mahkememizce daha önce uyma kararı verilen Yargıtay 11. Hukuk Dairesi' nin 20/06/2019 tarih ve 2017/5251 Esas - 2019/4658 Karar sayılı ilamı ile; ortaya çıkan zararda hem davacı bankanın hem de davalının kusurunun bulunduğu, davalının fiiliyle ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağı bulunduğu dolayısıyla oluşan zarardan tarafların kusurları oranında sorumlu olacağı sübuta ermiştir. Olayın meydana geliş şekline ilişkin bilirkişi raporundaki tespitlere göre; davalının bayisinin usulsüz sim kart verdiği, gerekli araştırmayı yapmadığı, 3. Şahısların talebiyle müşterisinin sim kartını değiştirdiği ve böylelikle aynı zamanda davacı bankanın müşterisi olan ...'e GSM hattı üzerinden gönderilmesi gereken onay kodu-dinamik şifrenin, para transefini yapan dolandırıcıların eline geçmesini sağladığı, davalı GSM operatörünün eyleminin, oluşan zarar üzerindeki marjinal etkisi gözlemlendiğinde davalının ağır ve asli kusurlu olduğu, davacı bankasında bu ihtimalleri gözeterek gerekli tedbirleri almaması nedeniyle, müşterisine ait hesabı ve müşteri bilgilerini muhafaza etmede tali kusurlu olduğu kabul edilerek, somut olayda davacının % 25, davalının ise %75 oranında kusurlu olduğu kabul edilmiştir. Davacı bankanın dava dışı müşterisinin hesabında bulunan 80.000,00 TL'nin üçüncü kişiler tarafından başka hesaplara havale yoluyla hukuka aykırı olarak transfer edildiği sabittir. Davacı bankanın mahkeme kararı sonrasında yasal yollara başvurarak icra takibi neticesinde ödemekle yükümlü olduğu parayı 172.962,26 TL olarak ödediği anlaşılmaktadır. Davacı banka müşterisinin zararını karşılayıp, kusuru oranında ilgililere rücu etmesi gerekirken, sorumluluğunu kabul etmeyerek ödemekle yükümlü olduğu paranın artmasına yol açmıştır. Davacı bankanın olay sonrasında ödemesi gereken miktar yönünden zarar gören olarak kabulü halinde dahi, kendi eylemleriyle zararının artmasına etkili olduğu, her ne kadar yasa yoluna başvurma hakkı ise de, olayın ve müşterisinin zararının da sabit olduğu, bankanın kendi sorumluluğunu göz ardı ederek müşterisinin zararını olduğu anda gidermediği ve böylelikle kendi zararının da artmasına yol açtığı anlaşılmaktadır. 6098 sayılı TBK'nın 52.maddesine göre zarar göre zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hakim tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Davacı bankanın zararın artmasına yol açan eylemlerini göz önüne alarak gerçek zarar miktarı 80.000,00 TL olarak belirlenmiş, tespit edilen bu zarar miktarından davacının tespit ve kabul edilen kusur oranı tenzil edilerek, davacının sonuç itibarı ile 60.000.TL tazminat talep hakkı bulunduğu anlaşıldığından, davanın kısmen kabul kısmen reddine karar verilerek aşağıdaki gibi hüküm kurmak gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle; 1-Davanın KISMEN KABULÜ ile; 60.000,00 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline, Fazlaya ilişkin talebin reddine,

İLK DERECE MAHKEMESİ YÖNÜNDEN: 2-Dairemiz karar tarihine göre alınması gereken 4.098,60 TL harçtan, davacı tarafından peşin olarak yatırılan 2.953,80 TL harcın mahsubu ile bakiye 1.144,80 TL harcın davalıdan tahsili ile hazineye gelir kaydına, 3-Davacı tarafından yatırılan toplam 2.982,8 TL harcın (25,20 TL başvurma harcı + 2.953,80 TL peşin harç + 3,80 vekalet harcı) harcın davalıdan alınarak davacıya verilmesine, 4-İlk Derece Mahkemesinde yapılan yargılama sırasında, davacı tarafından sarf edildiği anlaşılan 1.000 TL. Bilirkişi ücreti ile 186,00 TL posta gideri olmak üzere; toplam 1.186,00 TL yargılama giderinin davanın kabul/ ret oranına göre (% 34,69) hesap ve takdir edilen 411,43 TL'sinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, bakiyesinin davacı üzerinde bırakılmasına, 5-İlk Derece Mahkemesinde yapılan yargılama sırasında, davalı tarafından sarf edildiği anlaşılan 46,00 TL yargılama giderinin davanın kabul/ ret oranına göre (% 65,31) hesap ve takdir edilen 31,00 TL'sinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, bakiyesinin davalı üzerinde bırakılmasına, 6-Davacı taraf kendisini vekille temsil ettirdiğinden, dairemiz karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT göre kabul edilen miktar üzerinden hesaplanan 9.600,00 TL nispi vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, 7-Davalı taraf kendisini vekille temsil ettirdiğinden, dairemiz karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT göre reddedilen miktar üzerinden hesaplanan 17.944,34 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, 8-Bakiye gider avansının talep halinde avansı yatıran ilgili tarafa iadesine,

İSTİNAF YÖNÜNDEN: 9-Harçlar Kanunu gereğince istinaf edenler tarafından yatırılan istinaf kanun yoluna başvurma harçlarının hazineye gelir kaydına, 10-Harçlar Kanunu gereğince ve dairemiz karar tarihi itibarıyla davacıdan alınması gereken 179,90 TL istinaf karar harcından, davacı tarafından istinaf aşamasında peşin olarak yatırılan 31,40 TL'nin mahsubu ile bakiye 148,5 TL harcın davacıdan tahsili ile hazineye gelir kaydına, 11-Harçlar Kanunu gereğince ve dairemiz karar tarihi itibarıyla davalıdan alınması gereken 4.098,60 TL istinaf karar harcından, davalı tarafından istinaf aşamasında peşin olarak yatırılan 1.024,65 TL'nin mahsubu ile bakiye 3.073,95 TL harcın davalıdan tahsili ile hazineye gelir kaydına, 12-İstinaf kanun yoluna başvuranlar tarafından istinaf aşamasında sarf edilen harç ve yargılama giderlerinin kendileri üzerinde bırakılmasına, 13-İstinaf yönünden davacı kendisini vekille temsil ettirdiğinden dairemiz karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT 2. Kısım 2. Bölüm 17/b maddesine göre hesap ve takdir olunan 5.500,00 TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, 14-İstinaf yönünden davalı kendisini vekille temsil ettirdiğinden dairemiz karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT 2. Kısım 2. Bölüm 17/b maddesine göre hesap ve takdir olunan 5.500,00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, Dair olarak, hazır olan taraf vekillerinin yüzüne karşı HMK'nın 362/1-a maddesi uyarınca kesin olarak verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı. 02/03/2023

4.İPOTEĞE KONU TAŞINMAZ ÜZERİNDEKİ ŞERHİN KALDIRILMASINA YÖNELİK ALACAKLI VEKİLİNİN TALEBİ ALACAĞIN TAMAMININ HARİCEN TAHSİL EDİLDİĞİNE KARİNE TEŞKİL EDER. (23.08.2023)

ANTALYA BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ

12. HUKUK DAİRESİ

Esas Numarası: 2023/490

Karar Numarası: 2023/561

Karar Tarihi: 01.03.2023

HARÇ ALINMAKSIZIN HACZİN KALDIRILMASI İSTEMİNİN REDDEDİLMESİ SEBEBİYLE İCRA MAHKEMESİNE YAPILAN ŞİKAYETİN KABULÜNE KARAR VERİLMESİ İSTEMİ

İPOTEĞE KONU TAŞINMAZ ÜZERİNDEKİ ŞERHİN KALDIRILMASINA YÖNELİK ALACAKLI VEKİLİNİN TALEBİNİN ALACAĞIN TAMAMININ HARİCEN TAHSİL EDİLDİĞİNE KARİNE TEŞKİL ETMESİ

TAŞINMAZ ÜZERİNDEKİ ŞERHİN KALDIRILMASI İÇİN TAHSİL HARCININ ÖDENMESİ ZORUNLU OLMASI

İCRA MÜDÜRLÜĞÜNCE TAHSİL HARCININ ALINMASINA YÖNELİK İŞLEMİN YERİNDE OLMASI SEBEBİYLE HARÇ ALINMAKSIZIN HACZİN KALDIRILMASI İSTEMİNİN REDDEDİLMESİNİN HUKUKA AYKIRI OLDUĞUNA İLİŞKİN ŞİKAYETİN REDDİNE KARAR VERİLMESİNİN HUKUKA UYGUN OLMASI

ÖZETİ: Dava, harç alınmaksızın haczin kaldırılması isteminin reddedilmesi sebebiyle icra mahkemesine yapılan şikayetin kabulüne karar verilmesi istemine ilişkindir. Alacaklı tarafından borçlular aleyhine takibe geçildiği, ipoteğe taşınmazlar üzerine şerh işlendiği, alacaklı vekili tarafından şerhin kaldırılması talebi üzerine icra müdürlüğünce bakiye harcın tamamlanması halinde işlem yapılmasına karar verildiği bunun üzerine borçlu tarafından hacizlerin kaldırılmasının talep edildiği, icra müdürlüğünce daha önce harç alınmasına karar verildiği ve harç alınmadan müteakip işlemlere devam edilemeyeceğinden talebin bu aşamada reddine karar verildiği anlaşılmıştır. İpoteğe konu taşınmaz üzerindeki şerhin kaldırılmasına yönelik alacaklı vekilinin talebi, alacağın tamamının haricen tahsil edildiğine karine teşkil edeceğinden mahkemece borçlunun şikayetin reddine yönelik ilk derece mahkemesi kararının usul ve esas yönünden hukuka uygundur.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde istinaf yolu ile tetkiki davacı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için düzenlenen inceleme raporu dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü: Davacı vekili dilekçesinde özetle; alacaklı vekilinin satış talebine istinaden, müvekkilinin taşınmazının belirli bir bölümünün satıldığını, alacağın bir kısmının karşılandığını ve 243.190,60 TL tahsil harcının yatırıldığını, müvekkilinin taşınmazının üzerine 11/12/2017 tarihinde haciz konulduğunu, 10/12/2018 tarihinde satış talebinde bulunduğunu, 19/08/2022 tarihinde satışın düşürülmesi talebinde bulunulduğunu ve satışın düşürüldüğünü, haczin düşmüş olmasından dolayı haczin kaldırılması için talepte bulunduklarını, talebin reddedildiğini, icra müdürlüğü tarafından 1 yıllık süre hesaba katılmaksızın usul ve yasaya aykırı olarak harç istenildiğini bu nedenle şikayetin kabulüne, borçlunun taşınmazları üzerindeki tüm hacizlerin harçsız olarak kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili dilekçesinde özetle; müvekkili bankanın davalı taraf sıfatı bulunmadığını, müvekkili aleyhine vekalet ücreti ve yargılama giderine hükmedilmemesini talep etmiştir.

Mahkemece; İİK 150/c fıkrası gereğince ipoteğe konu taşınmaz üzerindeki şerhin kaldırılmasına yönelik alacaklı vekilinin talebi, alacağın tamamının haricen tahsil edildiğine karine teşkil edeceğinden, şerhin kaldırılması için anılan yasa hükmüne uygun olarak tahsil harcının ödenmesi zorunlu olup icra müdürlüğünce tahsil harcının alınmasına yönelik işlemin yerinde olduğu anlaşıldığından şikayetin reddine karar verilmiştir.

Davacı vekili dava dilekçesindeki beyanlarını tekrarlar kararın kaldırılmasını talep etmiştir.

Somut olayda alacaklı tarafından borçlular aleyhine takibe geçildiği, ipoteğe taşınmazlar üzerine İİK 150/c şerhi işlendiği, alacaklı vekili tarafından 22/08/2022 tarihinde İİK 150/c şerhinin kaldırılması talebi üzerine icra müdürlüğünce bakiye harcın tamamlanması halinde işlem yapılmasına karar verildiği bunun üzerine davacı tarafından İİK 106, 110 gereği hacizlerin kaldırılmasının talep edildiği, icra müdürlüğünce 24/08/2022 tarihinde daha önce harç alınmasına karar verildiği ve harç alınmadan müteakip işlemlere devam edilemeyeceğinden talebin bu aşamada reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

İİK 150/c fıkrası gereğince ipoteğe konu taşınmaz üzerindeki şerhin kaldırılmasına yönelik alacaklı vekilinin talebi, alacağın tamamının haricen tahsil edildiğine karine teşkil edeceğinden mahkemece davacı borçlunun şikayetin reddine yönelik ilk derece mahkemesi kararının usul ve esas yönünden hukuka uygun olduğu anlaşıldığından, ileri sürülen istinaf sebepleri yerinde olmadığından, davacının istinaf başvurusunun HMK'nun 353-(1)-b-1 maddesi uyarınca esastan reddine karar vermek gerektiği anlaşılmıştır.

KARAR: Yukarıda açıklanan nedenler ve gerekçe ile;

1- Davacının istinaf başvurusunun esastan reddine,

2- Alınması gereken istinaf karar harcından (maktu) peşin olarak alınan harcın mahsubu ile 99,20 TL bakiye istinaf karar harcının istinaf yasa yoluna başvurana tamamlatılarak hazineye gelir kaydına,

3- Davacı tarafından istinaf yoluna başvuru için yapılan masrafların davacı üzerinde bırakılmasına,

4- Taraflarca yatırılan istinaf gider avansının sarf edilmeyen kısmının yatırımlara iadesine,

Talep edilen harç miktarı göz önüne alınarak 6763 sayılı Kanunun 4. Maddesi ile değişik İcra ve İflas Kanununun 364/1 maddesi uyarınca 01/03/2023 tarihinde oybirliğiyle kesin karar verildi.

5.ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİ ŞARTLARININ YERİNE GETİRİLMEMESİ GEREKÇESİYLE ALACAKLININ ÜZERİNDE ANLAŞMAYA VARILAN TAKİP DOSYASI ÜZERİNDEN TAKİBE DEVAM ETMESİNDE YASAL ENGEL BULUNMAMAKTADIR (16.08.2023)

YARGITAY

12. HUKUK DAİRESİ

Esas Numarası: 2022/9640

Karar Numarası: 2023/2630

Karar Tarihi: 13.04.2023

ARABULUCULUK TUTANAĞININ YENİ BİR İCRA DOSYASI ÜZERİNDEN TAKİBE KONULMASI GEREKİRKEN İLAMSIZ TAKİP ÜZERİNDEN TAKİBE KONULMASININ HUKUKA AYKIRI OLMASI SEBEBİYLE İCRA MEMURUNUN İŞLEMİNİ ŞİKAYET

ARABULUCULUK TUTANAĞI UYARINCA TAKSİTLERDEN HERHANGİ BİRİNİN AKSATILMASI HALİNDE BAŞVURUCUNUN İCRA DOSYASI KAPAK HESABI ÜZERİNDEN TAKİBE DEVAM EDEBİLMESİ

BORÇLUNUN ARABULUCULUK SÖZLEŞMESİNDEKİ ŞARTLARI YERİNE GETİRMEDİĞİ GEREKÇESİYLE TAKİBE DEVAM EDİLMESİNDE YASAL BİR ENGEL BULUNMAMASI SEBEBİYLE İCRA MEMURU TARAFINDAN İLAMSIZ TAKİBE DEVAM EDİLMESİNE KARAR VERİLMESİNİN HUKUKA UYGUN OLMASI

ÖZETİ: Dava, arabuluculuk tutanağının yeni bir icra dosyası üzerinden takibe konulması gerekirken ilamsız takip üzerinden takibe konulmasının hukuka aykırı olması sebebiyle icra memurunun işlemine şikayete ilişkindir. Uyuşmazlık, arabuluculuk tutanağına dayalı olarak icra dosyası üzerinden duran takibe devam edilip edilemeyeceğine ilişkindir. Arabuluculuk tutanağında taksitlerden herhangi birinin aksatılması halinde başvurunun icra dosyası kapak hesabı üzerinden takibe devam edebileceği hususu karar altına alındığı, borçlunun arabuluculuk sözleşmesindeki şartları yerine getirmediği gerekçesiyle takibe devam edilmesinde yasal bir engel bulunmadığı gerekçesiyle İcra Hukuk Mahkemesi'nin kararında Mahkemenin vakia ve hukuki değerlendirmesi bakımından usul ve esas yönünden yasaya aykırı bir durum bulunmamaktadır.

Taraflar arasındaki icra memur muamelesine şikayetten dolayı yapılan yargılama sonunda İlk Derece Mahkemesince şikayetin reddine karar verilmiştir.

Kararın davacı borçlu vekili tarafından istinaf edilmesi üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince başvurunun esastan reddine karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi kararı davacı borçlu vekili tarafından temyiz edilmekle; kesinlik, süre, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönünden yapılan ön inceleme sonucunda, temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve Tetkik Hâkimi ... tarafından hazırlanan rapor dinlendikten sonra dosyadaki belgeler incelenip gereği düşünüldü:

I. DAVA

Borçlu vekili şikayet dilekçesinde; aleyhine başlatılan ilamsız icra takibinde, müvekkilinin itirazı üzerine takibin durduğunu, takip alacaklısı ile arabuluculuk yoluna başvurduklarını ve 134.100,00 TL ödeme yapılması yönünde anlaşma sağlandığını, anlaşma bedelinin pandemi sebebiyle ödenememesi üzerine aynı icra dosyası üzerinden arabuluculuk tutanağına icra edilebilirlik şerhi alınarak ilamlı icra takibi başlatıldığını ve takibe devam edildiğini, itiraz üzerine duran ilamsız takibin, itirazın iptali veya itirazın

kaldırılması talebi olmaksızın devam edemeyeceğini yine arabuluculuk tutanağı yeni bir icra dosyası üzerinden takibe konulması gerekirken ilamsız takip üzerinden takibe konulmasının hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek takibin durdurulmasını ve hacizlerin fekkini talep etmiştir.

II. CEVAP

Alacaklı vekili cevap dilekçesinde; arabuluculuk tutanağı kapsamında ödenmesi gereken bedelin ödenmediğini, mahkemeyi yanıltıcı şekilde gerçeğe aykırı beyanda bulunulduğunu beyan ederek talebin reddini istemiştir.

III. İLK DERECE MAHKEMESİ KARARI

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile taraflar arasında imzalanan 18.11.2019 tarihli anlaşma belgesinin içeriğinde toplam 134.100,00 TL'lik borcun altı eşit taksitle ödenmesine karar verildiği, taksitlerden herhangi birinin aksatılması halinde takibe devam edileceği kararlaştırıldığından, arabuluculuk anlaşma belgesinin borçlu tarafından kabul edildiği ve icra edilebilirlik şerhi ile ilam niteliği kazanan belgeye dayalı olarak takip başlatılmasında hukuka aykırı bir durumun bulunmadığı gerekçesiyle şikayetin reddine karar verilmiştir.

IV. İSTİNAF

A. İstinaf Yoluna Başvuran

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davacı borçlu vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

B. İstinaf Sebepleri

Şikayet dilekçesindeki sebepleri tekrar ederek kararın kaldırılmasını istemiştir.

C. Gerekçe ve Sonuç

Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile arabuluculuk tutanağında taksitlerden herhangi birinin aksatılması halinde başvurunun icra dosyası kapak hesabı üzerinden takibe devam edebileceği hususu karar altına alındığı, borçlunun arabuluculuk sözleşmesindeki şartları yerine getirmediği gerekçesiyle takibe devam edilmesinde yasal bir engel bulunmadığı gerekçesiyle İstanbul 25. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 16.03.2021 tarih 2020/1147 Esas - 2021/471 Karar sayılı kararında Mahkemenin vakia ve hukuki değerlendirmesi bakımından usul ve esas yönünden yasaya aykırı bir durum bulunmadığından davacının istinaf başvurusunun HMK 353(1)-b/1 maddesi gereğince esastan reddine karar verilmiştir.

V. TEMYİZ

A. Temyiz Yoluna Başvuran

Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davacı borçlu vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

B. Temyiz Sebepleri

Arabuluculuk sözleşmesindeki takibin devamına şeklindeki hükmün geçerli olmadığını, icra takibinin durması sebebiyle itirazın kaldırılması veya itirazın iptali talebinde bulunulması gerektiğini, Arabuluculuk Kanunu'nun 15/4 maddesi uyarınca yargısal yetkinin kullanımı olarak hakim tarafından yapılabilecek işler arabulucu tarafından yapılamayacağını beyanla kararın bozulmasını istemiştir.

C. Gerekçe

1. Uyuşmazlık ve Hukuki Nitelendirme

Uyuşmazlık, arabuluculuk tutanağına dayalı olarak icra dosyası üzerinden duran takibe devam edilip edilemeyeceğine ilişkindir.

2. İlgili Hukuk

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunun 18. maddesi, 2004 sayılı İcra İflas Kanununun 68/1 ve 67/1. maddeleri

3. Değerlendirme

1. Bölge adliye mahkemelerinin nihai kararlarının bozulması 6100 sayılı Kanun'un 371 inci maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür.

2. Temyizen incelenen karar, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, uyuşmazlığa uygulanması gereken hukuk kuralları ile hukuki ilişkinin nitelendirilmesine, dava şartlarına, yargılama ve ispat kuralları ile kararda belirtilen gerekçelere göre usul ve kanuna uygun olup davacı borçlu vekilince temyiz dilekçesinde ileri sürülen nedenler kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

VI. KARAR

Açıklanan sebeplerle;

Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının 2004 sayılı Kanun'un 364/2. maddesi göndermesiyle uygulanması gereken 6100 sayılı Kanun'un 370 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ONANMASINA,

Alınması gereken 179,90 TL temyiz harcından evvelce alınan harç varsa mahsubu ile eksik harcın temyiz edenden tahsiline,

Dosyanın İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine,

13.04.2023 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

6.BORÇLUNUN VEFATI HALİNDE BORÇTAN MÜTESELSİLEN SORUMLU HALE GELEN YASAL MİRASÇISINA TEMSİL KAYYUMU ATANMIŞ İSE KAYYUMUN DA TAKİPTE TARAF GÖSTERİLMESİ GEREKİR (09.08.2023)

İZMİR BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ

11. HUKUK DAİRESİ

Esas Numarası: 2022/1983

Karar Numarası: 2023/300

Karar Tarihi: 24.02.2023

GENEL NAKDİ GAYRİNAKDİ KREDİ SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN ALACAĞIN, MÜŞTEREK BORÇLU VE MÜTESELSİL KEFİLİN MİRASÇILARINDAN TAHSİLİ AMACIYLA BAŞLATILAN İCRA TAKİBİNE İTİRAZIN İPTALİ VE İCRA İNKAR TAZMİNATI İSTEMİ KÜÇÜĞE BABASINDAN KALAN MİRAS VE ŞİRKETE İLİŞKİN YAPILACAK HER TÜRLÜ İŞLEMLERDE KÜÇÜĞÜ TEMSİL ETMEK ÜZERE TEMSİL KAYYIMI ATANMASI

BANKA TARAFINDAN BAŞLATILAN İCRA TAKİBİNDE KÜÇÜĞÜN TEMSİL KAYYIMININ TARAF OLARAK GÖSTERİLMEMESİ SEBEBİYLE KÜÇÜK YÖNÜNDEN TEFRİK EDİLEN İTİRAZIN İPTALİ DAVASININ DAVA ŞARTI YOKLUĞUNDAN USULDEN REDDİNE KARAR VERİLMESİ

ÖZETİ: Dava, genel nakdi gayrinakdi kredi sözleşmesinden kaynaklanan alacağın, müşterek borçlu ve müteselsil kefilin mirasçılarından tahsili amacıyla başlatılan icra takibine itirazın iptali ve icra inkar tazminatı istemine ilişkindir. Sulh Hukuk Mahkemesinin dosyasında davalı küçük ...'e babası ...'den kalan miras ve şirket hisselerine dair yapılacak her türlü işlemlerde ...'i temsil etmek üzere temsil kayyımı olarak ...'in atanmasına karar verilmiş olup, banka tarafından başlatılan icra takibinde küçük ...'in temsil kayyumunun taraf olarak gösterilmediği anlaşıldığından, ilk derece mahkemesince, 2022/136 Esas sayılı dosyadan küçük ... yönünden tefrik edilen davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine dair kararında usul ve yasaya aykırılık görülmemiştir.

İzmir 6.Asliye Ticaret Mahkemesinin 20.09.2022 tarih 2022/715 E. - 2022/636 K. sayılı kararın Dairemizce incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve istinaf dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, üye ... tarafından düzenlenen rapor dinlenip ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendi.

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ :

DAVA :Davacı vekili, mahkemenin 2022/136 Esas sayılı dosyasında davalılar ... Şti, ..., ..., Küçük ... velisi ..., Küçük ... velisi ... ve Kayyım ... aleyhine açılmış dava dilekçesinde, müvekkili banka ile ... Şti. arasında Genel Nakdi Gayrinakdi Kredi Sözleşmesi imzalandığını ve ticari kredi kullandırıldığını, anılan sözleşmeyi dava dışı müteveffa ...'in müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla imzaladığını, ...'in vefatından sonra borçlu şirketin ortaklık yapısının değiştiğini ve davalılardan ...'in kredi sözleşmelerini müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla imzaladığını, İzmir 18. İcra Müdürlüğünün 2021/12600 Esas sayılı dosyasındaki alacağa ve dolayısıyla işbu davaya konu 3500-586438 numaralı taksitli ticari krediye müteveffa ...'in müşterek borçlu ve müteselsil kefil olduğunu, davalılardan ...'in ise mirasçı sıfatıyla borçtan sorumlu hale geldiğini, borçlu firmayla imzalanan sözleşmeler uyarınca borçlu şirkete verilen krediye ilişkin taksitlerin ödenmemesi ve Manisa 2. Noterliğinin 13/10/2021 tarih ve 27243 yevmiye no.lu ihtarnameye rağmen borcun ödenmemesi üzerine borçlu şirket ve müteveffa kefilin mirasçıları hakkında İzmir 18. İcra Müdürlüğünün 2021/12600 Esas sayılı dosyasından takip işlemlerine geçildiğini, davalıların icra takibinde ödeme emrine, borca, faize, faiz oranına, işlemiş faize ve tüm ferilerine itiraz ettiklerini, davalılardan ... Şti, ... ve ... ile ...'in yetkiye de itiraz ettiklerini, itiraz

üzerine takibin durduğunu, dava şartı olan arabulucuk başvurusundan sonuç alınamadığını, davalıların borca itirazının haksız ve kötü niyetli olduğunu, takipten itibaren işleyecek faiz oranının da tamamen yasal ve haklı olduğunu, faizin, taraflar arasındaki sözleşmeye ve yasalara uygun olduğunu, bu yöndeki itirazın da yasal dayanağı olmadığını, takip dosyasına örnekleri ibraz edilen sözleşmede davalıların itiraz ettikleri bütün hususlarda düzenlemeler bulunduğunu, takip konusu alacağın likit ve muayyen olduğunu, müvekkili bankanın tarafları arasında imzalanan sözleşmelerin kendisine tanıdığı yetkiler dahilinde, tamamen yasal olarak alacağını tahsil etmek için icra takibi yürüttüğünü, bir kısım davalılarca İzmir İcra Müdürlüklerinin yetkisine itiraz edilmiş ise de; dava dışı şirket ile müvekkili banka arasında imzalanan sözleşmenin 13/14. maddesinde İzmir Mahkeme ve İcra Dairelerinin yetkili olduğu şekilde düzenleme ile davalıların İzmir Mahkeme ve İcra Dairelerinin yetkili olduklarını kabul ettiklerini, HMK'nun 6. maddesi gereğince davalı gerçek ya da tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesinin yetkili mahkeme olduğunu, dolayısıyla icra takibinin yetkili icra dairesinde açıldığını, yetki itirazının haksız olduğunu bildirerek takibe konu edilen fazlaya ilişkin her türlü hak ve alacağı saklı kalmak kaydı ile şimdilik İzmir 18. İcra Müdürlüğünün 2021/12600 Esas sayılı dosyadan başlatılan yasal takibe borçlular tarafından yapılan itirazların şimdilik 1.550.000,00 TL üzerinden iptaline ve takibin devamına, hakkında yapılan yasal takibe haksız ve kötüniyetli olarak itiraz eden davalılar hakkında %20 den aşağı olmamak kaydı ile kötüniyet tazminatı hükmedilmesine, yetki itirazının reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece 2022/136 Esas sayılı dosyada 15/09/2022 tarihli duruşmada verilen ara karar ile ... yönünden dosyanın tefrikine karar verilmiştir.

İLK DERECE MAHKEMESİ KARARININ ÖZETİ : Mahkemece, İzmir 18. İcra Müdürlüğünün 2021/12600 Esas sayılı dosyasında davacı tarafça ..., ..., ..., ... Şti ve ... aleyhine 1.641.448,07 TL'nin tahsili istemiyle ilamsız icra takibi başlatıldığı; Manisa 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2020/1596 Esas 2020/1618 Karar sayılı dosyasında 25/12/2020 tarihli karar ile küçük ...'e babası ...'den kalan miras ve şirket hisselerine dair yapılacak her türlü işlemlerde ...'i temsil etmek üzere temsil kayyımı olarak ...'ın atanmasına karar verildiği; Manisa 1. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2021/1456 Esas 2022/673 Karar sayılı dosyasında 29/03/2022 tarihli karar ile ilgili mahkemenin 2021/1212 Esas sayılı dosyasında görülen ortaklığın giderilmesi davasında küçüğün menfaatinin diğer davalılar ile çatışması dolayısıyla TMK'nun 426/1-2. maddeleri gereğince ...'e ...'ın temsil kayyımı olarak atanmasına karar verildiği; dosyaya ibraz edilen arabuluculuk son tutanağında arabuluculuk görüşmesine ... ve ... vekilinin telefon yoluyla katıldığı; mahkemenin 2022/136 Esas sayılı dosyasında davacı tarafça İzmir 18. İcra Müdürlüğünün 2021/12600 E. sayılı dosyasında başlatılan icra takibine itiraz nedeniyle ..., ..., ..., ... Şti. ve ... aleyhine itirazın iptaline yönelik dava açıldığı, İzmir 18. İcra Dairesinin 2021/12600 Esas sayılı dosyasında takip borçluları arasında bulunan küçük ... ve velisi ...'in bulunduğu, ...'e Manisa 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2020/1596 Esas 2020/1618 Karar sayılı kararı ile küçük ...'in babası ...'den kalan miras ve şirket hisselerine dair yapılacak her türlü işlemlerde küçük ...'i temsil etmek üzere; Manisa 1. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2021/1456 Esas 2022/673 Karar sayılı kararıyla da Manisa 1. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2021/1212 Esas sayılı

dosyasında temsil etmek üzere ...'ın temsil kayyumu olarak atanmasına karar verildiği; ancak işbu davaya konu İzmir 18. İcra Müdürlüğü'nün 2021/12600 sayılı icra takibinde küçük ...'in kayyumunun taraf olarak gösterilmediği, velisi ...'in icra takibine itiraz ettiği ve arabuluculuk görüşmelerinin ... ile ...'in vekili tarafından gerçekleştirildiği, bu nedenle ... yönünden usulüne uygun yapılmış bir icra takibinin bulunmadığı gibi arabuluculuk dava şartının usulüne uygun gerçekleşmediği; 2022/136 Esas sayılı dosyasından ... yönünden tefrik edilen davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilmiştir.

Karara karşı, davacı vekilince istinaf yoluna başvurulmuştur.

İSTİNAF NEDENLERİ : Davacı vekili, davalı aleyhine icrai işlemlere başlandığı ihtiyati haciz kararına itiraz davası da dahil olmak üzere, icra dosyasına yapılan itiraz, tüm arabuluculuk süreçleri ve hatta İzmir 6. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2022/136 E. sayılı dosyasında Av. ... ve Av. ...'nun ... vekili sıfatıyla vekaletname sunmak suretiyle dosyada taraf olarak yer aldıklarını, küçük ...'e kayyım atanması talebiyle Manisa 2. Sulh Hukuk Mahkemesi nezdinde açılan davanın dava dilekçesinin de Av.... ve Av.... tarafından verildiğini, dolayısıyla tüm dosyalara Karşıyaka 3. Noterliği'nin 21.12.2020 tarih ve 22335 yevmiyeli vekaletnamesini sunarak ... vekili sıfatına haiz olduklarını ileri süren Av.... ve Av....'nun beyanları karşısında müvekkili bankanın ...'e kayyım atanıp atanmadığını araştırma yükümlülüğünün bulunmadığını, kabul anlamına gelmemek kaydıyla, davada müvekkili banka aleyhine 4.600,00 TL tutarında vekalet ücreti hükmedilmesinin müvekkili bankanın tarafı olmadığı bir kayyım atanması davasının sonucundan bilgi sahibi olmasını beklemek anlamına geleceğinden sırf bu yönüyle dahi kararın kaldırılmasının gerektiğini, ayrıca kayyım atanmasına ilişkin davayı, işbu davaya konu icra takip dosyasına vekaletname sunarak itiraz eden ve tüm arabuluculuk görüşmelerine katılan Av.... açmış olduğundan, kayyım atanması kararından bihaber olduğunu ileri sürebilecek durumda olmadığını, Manisa 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2021/1456 Esas 2022/673 Karar sayılı dosyasında, ...'ın Manisa 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2021/1212 esas sayılı ortaklığın giderilmesi davasında temsil kayyumu olarak atanmasına karar verildiğini, ... ortaklığın giderilmesi davasında ...'e temsil kayyumu olarak atanmış iken, yerel mahkemenin dosyaya sunulan vekaletnameleri göz ardı ederek Av.... ve Av....'yu vekil olarak tanımamasının hatalı olduğunu, ...'ın Manisa 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2021/1212 esas sayılı ortaklığın giderilmesi davasında temsil kayyumu olarak atandığını, ... velisi ... tarafından Av.... ve Av....'ya verilen vekaletnamedeki temsil yetkisini ortadan kaldırmadığını, kabul anlamına gelmemek kaydıyla, ...'ın küçük ...'in anneannesi, davalı ...'in annesi olduğunu, ... ile ...'in de menfaatlerinin çatıştığının söylenebileceğini, mahkemece ...'ın Av.... ve Av....'ya vekaletname verip vermediğinin araştırılmadığını, tüm süreçleri başından beri takip eden alacaklı ve davacı sıfatına haiz müvekkili Bankaya bu hususlarda beyanda bulunma/açıklama yapma hakkı dahi tanınmadığını belirterek kararın kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

GEREKÇE: Dava, genel nakdi gayrinakdi kredi sözleşmesinden kaynaklanan alacağın, müşterek borçlu ve müteselsil kefilin mirasçılarında tahsili amacıyla başlatılan icra takibine itirazın iptali ve icra inkar tazminatı istemine ilişkindir. Dairemizce HMK'nın 355. maddesi uyarınca istinaf nedenleriyle ve kamu düzeniyle sınırlı

olarak istinaf incelemesi yapılmıştır.

Davacı banka ile (eldeki davanın tefrik edildiği 2022/136 E. Sayılı ana davada davalı) Şti. arasında imzalanan 17.07.2019 tarihli Genel Nakdi Gayrinakdi Kredi Sözleşmesi uyarınca sözü edilen şirkete kredi kullandırıldığı, davalı ...'in murisi ...'in kredi sözleşmesini müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla imzaladığı, ...'in 09.12.2020 tarihinde vefat ettiği, kredi borcunun ödenmemesi üzerine kefil ...'in mirasçıları aleyhine İzmir 18. İcra Müdürlüğünün 2021/12600 Esas sayılı dosyasında ilamsız icra takibi başlatıldığı, borçluların itirazı üzerine takibin durduğu anlaşılmıştır.

Manisa 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2020/1596 Esas 2020/1618 Karar sayılı dosyasında davalı küçük ...'e babası ...'den kalan miras ve şirket hisselerine dair yapılacak her türlü işlemlerde ...'i temsil etmek üzere temsil kayyımı olarak ...'in atanmasına karar verilmiş olup, davacı banka tarafından başlatılan icra takibinde davalı küçük ...'in temsil kayyumunun taraf olarak gösterilmediği anlaşıldığından, ilk derece mahkemesince, 2022/136 Esas sayılı dosyadan davalı küçük ... yönünden tefrik edilen davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine dair kararında usul ve yasaya aykırılık görülmemiş olup, davacı vekilinin istinaf sebebinin reddi gerekmiştir.

Bu durumda, istinaf kanun yoluna başvuranın dilekçesinde yer verdiği itirazların açıklanan gerekçe ışığında yerinde olmamasına, kararda kamu düzenine ilişkin bir aykırılık bulunmamasına, kararının usul ve esas yönünden hukuka uygun olmasına göre, duruşma açılmasına gerek görülmeyerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1-b-1 maddesi gereğince istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM : Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1-Davacı vekilinin istinaf başvurusunun Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1-b-1 maddesi uyarınca ESASTAN REDDİNE,

2-Davacı yönünden istinaf karar harcı olan 179,90 TL'den peşin alınan 80,70 TL'nin mahsubu ile bakiye 99,20 TL'nin davacıdan alınarak hazineye gelir kaydına,

3-İstinaf başvurusu nedeniyle davacı tarafından yapılan giderlerin kendi üzerlerinde bırakılmasına,

Dosya üzerinden yapılan inceleme neticesinde, kararın tebliğinden itibaren iki hafta içinde Yargıtay ilgili Hukuk Dairesinde temyiz yolu açık olmak üzere 24.02.2023 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

7. BİNANIN PROJE VE YAPIM AŞAMASINDA YETERSİZLİKLER OLMASI İLE ZEMİN ETÜT RAPORU OLMADAN BİNAYA RUHSAT VERİLMESİ NEDENİYLE ALIŞVERİŞ MERKEZİNİN DEPREMDE YIKILMASINDA, BİNA SAHİBİNİN EYLEMİ BİLİNÇLİ TAKSİRLE ÖLDÜRME SUÇUNU OLUŞTURUR (21.06.2023) YARGITAY

12. CEZA DAİRESİ

Esas Numarası: 2020/11701

Karar Numarası: 2022/9939

Karar Tarihi: 13.12.2022

TAKSİRLE ÖLDÜRME SUÇU

ZEMİN RAPORU VE STATİK RAPORLARI OLMAYAN RUHSATLARA BİNAEN İNŞA EDİLMESİ SONUCU BİNANIN MEYDANA GELEN DEPREM NEDENİ İLE YIKILMASINDA YAPI SAHİBİ SANIĞIN OBJEKTİF OLARAK VAR OLAN DİKKAT VE ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ ÖNGÖREBİLECEK VE YERİNE GETİREBİLECEK DURUMDA OLMASI

SANIĞIN TEKNİK ŞARTLARA AYKIRI DAVRANMASI, ÜZERİNE DÜŞEN DİKKAT VE ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRI DAVRANMASI SEBEBİYLE SANIĞIN EYLEMİNİN BİLİNÇLİ TAKSİRLE ÖLDÜRME SUÇUNU OLUŞTURMASI

ÖZETİ: Bina sahibi olan sanık tarafından inşaatına başlanılacak ve daha sonra ilave kat sebebiyle yeniden yapı ruhsatı alınacak yapının statik hesap raporu, zemin etüt raporu ve elektrik tesisat projeleri olmadan yapı ruhsatları verilmesi nedeniyle; İmar Kanunun “Ruhsat alma şartları” başlıklı ilgili maddesindeki, “Yapı ruhsatı almak için belediye, valilik bürolarına yapı sahipleri veya kanuni vekillerince dilekçe ile müracaat edilir. Dilekçeye sadece tapu (istisnai hallerde tapu senedi yerine geçecek belge) mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa, ebatlı kroki eklenmesi gereklidir. Belediyeler veya valiliklerce ruhsat ve ekleri incelenerek eksik ve yanlış bulunmuyorsa müracaat tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde yapı ruhsatı verilir. Eksik veya yanlış olduğu takdirde; müracaat tarihinden itibaren onbeş gün içinde müracaatçıya ilgili bütün eksik ve yanlışları yazı ile bildirilir. Eksik ve yanlışlar giderildikten sonra yapılacak müracaattan itibaren en geç onbeş gün içinde yapı ruhsatı verilir.” hükmüne aykırı davrandığı; binanın mevcut taşıyıcı elemanlarının donatı detaylandırmasında yetersizlikler olduğu, beton içerisinde standart dışı agregaların mevcut olduğu, kolon boyutları, donatı çap ve adetlerinde farklılıklar görüldüğü, malzeme kalitesinde, binanın proje ve yapım aşamasında yetersizlikler olması ve statik hesap raporu, elektrik tesisat projeleri ile zemin etüt raporu olmadan binaya ruhsat verilmesi, zemin raporu ve statik raporları olmayan ruhsatlara binaen inşa edilmesi sonucu binanın meydana gelen deprem nedeni ile yıkılmasında, sanığın objektif olarak var olan dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmasına rağmen, İmar Kanununa, 1975 Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik hükümlerine ve dönem itibarıyla bilim ve fennin gerektirdiği teknik şartlara aykırı davrandığı, üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, mevcut sonucun gerçekleşmesinde etkili olduğu, bu nedenle meydana gelen ölümler bakımından sanığın eyleminin bilinçli taksirle öldürme suçunu oluşturacağı gözetilmeksizin, görevi kötüye kullanma suçu bakımından değerlendirme yapılarak, suçun zamanaşımına uğradığı gerekçesi ile sanık hakkında düşme kararı verilmesi kanuna aykırı olmuştur.

Taksirle öldürme suçundan sanıklar ... ve ...'in mahkumiyetine, sanık ...'nin beraatine ilişkin hükümler ile görevi kötüye kullanma suçundan sanık ... hakkında verilen

düşme hükmü, sanıklar ... ve ... müdafileri, katılanlar vekilleri ve mahalli Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Depremde ..., ... ve ...'in ölümleri nedeniyle suçtan doğrudan zarar gördüğü anlaşılan müştekiler ...K., ... ve ...'nin 5271 sayılı CMK'nın 260. maddesi uyarınca katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar gören sıfatıyla temyiz hakkının bulunduğu kabul edilerek, vekilleri aracılığı ile hükmü temyiz etmek suretiyle katılma iradesini ortaya koyan müştekilerin, CMK'nın 237/2. maddesi uyarınca davaya katılmalarına, vekillerinin de katılanlar vekilleri olarak kabulüne karar verilerek yapılan incelemede;

23.10.2011 tarihinde yerel saatle 13:41 sıralarında, merkez üssü ... ili, ... ilçesinde meydana gelen ve merkez üssü Kasımoğlu köyü civarı, değeri değişik kuruluşlara göre 7,1 ile 7,3 arasında değişen, odak derinliği 19,02 km olan depremin meydana gelmesi üzerine Latifiye Mahallesi Delibaş Petrol Sokakta bulunan... marketin de bulunduğu ...'e ait olan apartmanın yıkılması ve çökmesi sonucu on bir kişinin öldüğü, yapılan ölü muayene ve otopsi işlemleri sonucu ölenlerin göçüğe (depreme) bağlı olarak hayatlarını kaybettiklerinin tespit edildiği olayda;

... Teknik Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Dekanlığına bağlı İnşaat Mühendisliği Bölümü tarafından Temmuz 2012 tarihinde hazırlanan bilirkişi raporuna göre; binanın yapım yılı tam olarak bilinmemekte olup, 23.11.2011 tarihli bilirkişi raporuna göre bina 17 yıl önce inşa edildiği, binanın 1982 ve 1990 tarihli olmak üzere iki adet ruhsatnamesinin olduğu, 1990 tarihinde düzenlenen ruhsatnamenin ilave kat nedeniyle düzenlendiği, deprem zamanında binanın giriş katının... market, üst katının kafe olarak kullanıldığı, diğer iki katında ise toplam dört daire bulunduğunun tespit edildiği, 1982 tarihli ruhsatnamede mimari ve statik proje sahibi ve fenni mesulün ..., 1990 tarihli ruhsatnamede mimari ve statik proje sahibi ve fenni mesulün ... olduğu, binanın yapı kullanma izin belgesinin bulunmadığı, apartmana ait mimari ve statik projelerin olmasına rağmen, zemin etüt raporu, statik hesap raporları ve elektrik tesisat projelerinin bulunmadığı, B. apartmanının yapım yılına göre 1975-Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik kapsamına girmekte olduğu,

23.11.2011 tarihli bilirkişi raporuna göre, binanın taşıyıcı sistemi betonarme olup, zemin ve 3 normal olmak üzere toplam 4 kattan, yapı ruhsatına ve mimari projeye göre de göre de binanın toplam 4 kattan oluşmakta olduğu, yapı ruhsatında belirtilen zemin ve normal kat yüksekliklerinin mimari ve statik proje ile uyumlu olduğu, binaya ait karot numuneleri üzerinde gerçekleştirilen merkezi basınç deneyi sonucunda, numunelerin ortalama basınç dayanımının 12.30N/mm2 olarak elde edildiği, elde edilen bu ortalama basınç dayanımının ise, 1975 yılında yayımlanan Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkındaki Yönetmelikte belirtilen minimum beton sınıfı olan B160'tan düşük olduğunun tespit edildiği, binanın mevcut taşıyıcı elemanlarının donatı detaylandırmasında yetersizlikler olduğu, yine bilirkişi raporu ile proje verilerine göre zemin kat kolon boyutları, donatı çap ve adetlerinde farklılıklar olduğu, beton numuneleri içerisinde boyut itibarıyla standart dışı büyüklükte agregalar olduğunun belirlendiği,

Mahkemece hükme esas alınan 25.12.2015 tarihli bilirkişi heyet raporunda; dava konusu depremde yıkılan... Apartmanına ilişkin görsel ve deneysel olarak tespit edilen

teknik yetersizliklerle itibar edildiği, sanıklar ... ve ...'nın yıkılan binanın iki ayrı yapı ruhsatında (1982-1990) tarihli fenni mesulü oldukları, ancak karotların alındığı yapı elemanlarının katlarının tespit edilebilmesi durumunda; yani fenni mesullerin hangisinin veya her ikisinin birden kusurlu olduğunun tespit edilmesi durumunda; kusurlu fenni mesulün/mesullerin fenni mesul olmaktan kaynaklanan görevlerini yerine getirmediği/getirmedikleri, dolayısıyla binanın yıkılmasına neden olan imalat hatalarından sorumlu olduğu/oldukları, yapı sahibi sanık ...'in binanın yapımından sorumlu olduğu halde yürürlükteki imar kurallarına uygun bir inşaat yaptırmamasından dolayı sorumluluğunun bulunduğu, imar ve belediye mevzuatına göre belediyelerin ruhsat verdikleri inşaatların yapımıyla ilgili denetleme görevlerinin, binanın inşaat tekniğine göre inşa edilip edilmediğini kapsamadığı, bu nedenle belediye görevlisi ... hakkında yapılacak değerlendirmede bu hususun dikkate alınması gerektiği, ancak gerek bilirkişi raporlarından, gerekse KTÜ raporundan anlaşılabileceği üzere somut olayda, B. alışveriş merkezi (apartmanı) için statik hesap raporu olmadığı halde yapı ruhsatı verildiğinden, bu hususun sabit olması halinde statik hesap raporu olmayan binaya ruhsat veren, bu hususta üzerlerine düşen dikkat ve özeni göstermeyen sanık ...'in meydana gelen ölüm ve yaralanmalar bakımından cezai sorumluluğu yoluna gidilmesi gerektiği sonucuna sonucuna varıldığı,

Dosya kapsamında mevcut bilirkişi raporları, yapılan inceleme, değerlendirme ve deliller neticesinde; 2. derece deprem bölgesinde yer alan... alışveriş merkezi (apartmanının) taşıyıcı elemanların donatı detaylandırmasında yetersizlikler olduğu, binada projelendirme, yapım ve ... bitimi aşamalarında Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkındaki Yönetmelik ve İmar Kanunu esaslarına yeterince uyulmadığının belirlendiği,

İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğünün soruşturma aşamasında belediye görevlisi olan sanık ... hakkında yaptığı ön inceleme sonucunda aldığı 08.02.2013 tarih ve 2013/11 sayılı kararında; yapı ruhsatının, zemin etüt raporu ile statik hesap raporları olmadan verilmesi nedeniyle, 3194 sayılı İmar Kanunun 22. maddesine aykırı hareket edildiği gerekçeleri ile soruşturma izni verildiği anlaşılmakla yapılan incelemede;

I- Sanıklar ... ve ...'in taksirle öldürme suçundan mahkumiyetine ilişkin hükümlere yönelik, sanıklar ... ve ... müdafileri, katılanlar vekilleri ile mahalli Cumhuriyet savcısının temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanıklar ... ve ... müdafilerinin, katılanlar vekilleri ile mahalli Cumhuriyet savcısının yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;

3194 sayılı İmar Kanunun 28. maddesinde yapının fenni mesuliyetini üzerine alan meslek mensuplarının, (fenni mesul mimar ve mühendisler uzmanlık alanlarına göre) yapının, tesisatı ve malzemeleri ile birlikte, Kanuna, ilgili diğer mevzuata, uygulama imar planına, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere, standartlara ve teknik şartnamelere uygun olarak inşa edilmesini denetlemekle görevli olduğu, ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılması halinde durumu ruhsatı veren Belediyeye bildirmekle mükellef olduğunun düzenlendiği, ancak sanık ...'nın fenni mesul olmaktan kaynaklanan denetim görevini yerine getirmediği, dolayısıyla binanın yıkılmasına neden olan imalat hatalarından sanık ...'nın sorumlu

olduğu,

Sanık ...'in ise, söz konusu binanın sahibi ve müteahhidi olarak yapımından sorumlu olduğu halde, yürürlükteki kurallara uygun bir inşaat yaptırmak bakımından kendi üzerine düşen dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle kusurlu olduğunun kabul ve tespit edildiği olayda;

1-Taksirli suçlar açısından temel cezanın belirlenmesinde; TCK'nın 61/1. ve 22/4. madde ve fıkralarında yer alan ölçütlerden olan failin kusuru, meydana gelen zararın ağırlığı, suçun işleniş biçimi ile suçun işlendiği yer ve zaman nazara alınmak suretiyle, aynı Kanunun 3/1. maddesi uyarınca işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olacak şekilde maddede öngörülen alt ve üst sınırlar arasında hakkaniyete uygun bir cezaya hükmolunması gerekirken, yürürlükteki kurallara uygun bir inşaat yaptırmak bakımından dikkat ve özeni göstermeyen, binadaki malzeme ve donatı yetersizliklerini denetlemeyen, bu nedenle ikinci derece deprem bölgesinde bulunan... alışveriş merkezi (apartmanının) tamamen çökmesine ve on bir kişinin göçük altında kalarak ölmesine asli kusurlu olarak neden olan sanıklar ... ve ... hakkında, ... ve hakkaniyet kuralları uyarınca cezada orantılılık ilkesi gözetilerek alt sınırdan daha fazla uzaklaşmak suretiyle ceza tayini gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurularak sanıklar hakkında eksik cezaya hükmolunması,

2-Depremde yıkılan... alışveriş merkezi apartmanından alınan karot numunelerinin teknik bilirkişiler tarafından incelenmesi neticesinde; binaya ait karot numuneleri üzerinde gerçekleştirilen merkezi basınç deneyi sonucunda, numunelerin ortalama basınç dayanımının 12.30N/mm2 olarak elde edildiği, elde edilen bu ortalama basınç dayanımının ise, 1975 yılında yayımlanan Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkındaki Yönetmelikte belirtilen minimum beton sınıfı olan B160'tan düşük olduğunun tespit edildiği, binanın mevcut taşıyıcı elemanlarının donatı detaylandırmasında yetersizlikler olduğu, yine bilirkişi raporu ile proje verilerine göre zemin kat kolon boyutları, donatı çap ve adetlerinde farklılıklar olduğu, beton numuneleri içerisinde boyut itibarıyla standart dışı büyüklükte agregalar olduğunun belirlendiği, bu yetersizlik ve eksikliklerin binanın yıkılmasında etkili olduğu; sanıkların yıkılan binanın proje aşamasında, yapım aşamasında ve ... bitimi aşamasında, üzerilerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği, öngörülebilir bu netice bakımından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan sanıklar ... ve ... hakkında bilinçli taksirin koşullarının oluştuğu anlaşılmakla, tayin olunan cezalarında 5237 sayılı TCK'nın 22/3. maddesi uyarınca arttırım yapılması gerektiğinin gözetilmemesi,

3-TCK'nın 53/6. maddesinde "belirli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkumiyet halinde 3 aydan 3 yıla kadar bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınabileceğine karar verilebileceğinin düzenlendiği, bir mesleğin icrasının yasaklanabilmesi için ruhsatnameye bağlı olarak yürütülmesi gerekmekte olup, inşaat mühendisi olduğu anlaşılan sanık ...'nın çalışmasının ruhsatnameye bağlı olarak yürütülen bir meslek olmadığı nazara alınmadan, çalışma hürriyetini kısıtlayacak şekilde mesleğini icrasında bulunmaktan 1 yıl süre ile yasaklanmasına karar verilmesi,

4-Taksirle işlenen suçlarda iştirak hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilerek, yargılama giderinin her bir sanığa sebebiyet verdikleri tutar kadar ayrı ayrı yükletilmesine

karar verilmesi gerekirken, yargılama giderlerinin eşit olarak tahsiline karar verilmesi,

Kanuna aykırı olup, sanıklar ... ve ... müdafilerinin, katılanlar vekillerinin ve mahalli Cumhuriyet savcısının temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden, hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca tebliğnamedeki isteme aykırı olarak BOZULMASINA;

I- Sanık ...'nın taksirle öldürme suçundan beraatine ilişkin hükme yönelik, katılanlar vekilleri ile mahalli Cumhuriyet savcısının temyiz itirazlarının incelenmesinde; Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, incelenen dosya kapsamına göre, katılanlar vekilleri ile mahalli Cumhuriyet savcısının yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Dosya içeriğine; binanın 30.07.1982 tarihli ruhsatnamesinde mimari ve statik proje sahibi ve fenni mesulün ... olduğu ve binanın mimari proje ve statik proje işi ile inşaatın tekniğine uygun imal edilmesinde sorumluluk üstlendiği, 23.11.2011 tarihli bilirkişi raporu, 23.01.2012 tarihli ön inceleme raporuna göre de; binanın temel hariç tüm katlarının yıkıldığının belirlendiği, sanık ...'nın ifadelerinde de, ...'in müracaatı üzerine iki katlı yığma konut projesi yaptığını, aynı ada ve parsel üzerinde 1990 yılında ...'in ... Belediyesine müracaatı üzerine betonarme ve statik projeleri ... tarafından yapılan, toplam dört katlı kargas bina yapıldığını, kendi sorumluluğunun toplamda 200 metrekaarelik 2 katlı bina ile sınırlı olduğunu beyan ettiği anlaşılmakla; 30.07.1982 tarihli ruhsatnamede... alışveriş merkezi apartmanının zemin ve bir kat olmak üzere toplam iki katın teknik uygulama sorumluluğunu üstlenen sanığın binanın yapımı aşamasında fiilen denetim yapmaması, fiilen denetim yapmadığı söz konusu binada yönetmelikte belirtilen minimum beton sınıfı olan B160'ı sağlamayan beton kullanılması, binanın mevcut taşıyıcı elemanlarının donatı detaylandırmasında yetersizlikler olması, kolon boyutları, donatı çap ve adetlerinde farklılıklar oluşuna ilişkin tespitler ile birlikte binanın temel hariç tamamen yıkılmış olması dikkate alındığında; inşaatın tekniğine uygun imal edilmesinde, 30.07.1982 tarihli ruhsatnameye göre kısmen de olsa binaya ilişkin sorumluluk üstlenen sanık ...'nın yıkılan binanın proje aşamasında, yapım aşamasında ve ... bitimi aşamasında, üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği ve binanın tamamen yıkılmasında öngörülebilir bu netice bakımından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan sanık ... hakkında bilinçli taksirle öldürme suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, oluşa ve dosya kapsamına uygun olmayan gerekçelerle sanık ...'nın beraatine karar verilmesi,

Kanuna aykırı olup, katılanlar vekillerinin ve mahalli Cumhuriyet savcısının temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca tebliğnamedeki isteme aykırı olarak BOZULMASINA;

II-Sanık ... hakkındaki düşme hükmüne yönelik, katılanlar vekilleri ile mahalli Cumhuriyet savcısının temyiz itirazlarının incelenmesine gelince;

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, incelenen dosya kapsamına göre, katılanlar vekilleri ile mahalli Cumhuriyet savcısının yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;

07.08.2012 tarihli bilirkişi raporunda, binaya ait iki yapı ruhsatının bulunduğu,

30.07.1982 tarihli yapı ruhsatında düzenleyen, kontrol eden ve onaylayan belediye görevlilerinin imzaları ve isimlerinin yazmadığını, 31.07.1990 tarihli yapı ruhsatında ise, düzenleyen, kontrol eden ve onaylayan belediye görevlilerinin imzalarının yer aldığı ancak isimlerinin yer almadığının belirtildiği, yapılan araştırma sonucunda 1982 ve 1990 tarihlerinde belediye fen memurunun sanık ... olduğunun tespit edildiği ve hakkında taksirle öldürme suçundan dava açıldığı,

... Teknik Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Dekanlığına bağlı İnşaat Mühendisliği tarafından düzenlenen Temmuz 2012 tarihli raporda; “deprem nedeni ile yıkılan binada ... aşaması ve sorumluluk ilişkilendirilmesi” adı altında tablo hazırlandığı, söz konusu binanın yapılış tarihi itibarıyla, 1975-Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik kapsamına girmekte olduğu, binaya ait karot numuneleri üzerinde gerçekleştirilen merkezi basınç deneyi sonucunda, numunelerin ortalama basınç dayanımının 12.30N/mm2 olarak elde edildiği, elde edilen bu ortalama basınç dayanımının ise, 1975 yılında yayımlanan Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkındaki Yönetmelikte belirtilen minimum beton sınıfı olan B160’tan düşük olduğunun tespit edildiği, binanın mevcut taşıyıcı elemanlarının donatı detaylandırmasında yetersizlikler olduğu, yine bilirkişi raporu ile proje verilerine göre zemin kat kolon boyutları, donatı çap ve adetlerinde farklılıklar olduğu, beton numuneleri içerisinde boyut itibarıyla standart dışı büyüklükte agregalar olduğunun belirlendiği, bu yetersizlikler dolayısıyla proje müellifleri, yapı sahibi ve müteahhidinin, teknik uygulama sorumlusunun ve belediyenin ilgili birimlerinin sorumlu olduğunun belirtildiği, ayrıca binanın ... bitimi aşamasında biten bina inşaatının projeye uygunluğunun denetlenmediği, bu nedenle belediyenin teknik uygulama yetkililerinin sorumlu olduğunun bildirildiği, mahkemece hükme esas alınan 25.12.2015 tarihli bilirkişi heyet raporunda da, B. alışveriş merkezi (apartmanı) için statik hesap raporu olmadığı halde yapı ruhsatı verildiğinden, bu hususun sabit olması halinde statik hesap raporu olmayan binaya ruhsat veren, bu hususta üzerine düşen dikkat ve özeni göstermeyen sanık ...’ın meydana gelen ölüm ve yaralanmalar bakımından cezai sorumluluğu yoluna gidilmesi gerektiği sonucuna varıldığı,

İnşaatın yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 1580 sayılı Belediyeler Kanunun “Belediyenin Vazifeleri” başlıklı 15. maddesinin 79. bendinde “İmar planlarının yapımı ve uygulanması ile yapıların inşaat ve iskan ruhsatı aşamasında, Türk Standartları Enstitüsünün ilgili standardına uygunluk sağlamak, uygulamaları denetlemek ve bütünlüğü sağlayıcı tedbirler alma” hükmünün yer aldığı,

Buna göre, bina sahibi olan sanık ... tarafından inşaatına başlanılacak ve daha sonra ilave kat sebebiyle yeniden yapı ruhsatı alınacak yapının statik hesap raporu, zemin etüt raporu ve elektrik tesisat projeleri olmadan yapı ruhsatları verilmesi nedeniyle; 3194 sayılı İmar Kanunun “Ruhsat alma şartları” başlıklı 22. maddesindeki, “Yapı ruhsatı verilmek için belediye, valilik bürolarına yapı sahipleri veya kanuni vekillerince dilekçe ile müracaat edilir. Dilekçeye sadece tapu (istisnai hallerde tapu senedi yerine geçecek belge) mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa, ebatlı kroki eklenmesi gereklidir. Belediyeler veya valiliklerce ruhsat ve ekleri incelenerek eksik ve yanlış bulunmuyorsa müracaat tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde yapı ruhsatı verilir. Eksik veya yanlış olduğu takdirde; müracaat tarihinden

itibaren onbeş gün içinde müracaatçıya ilgili bütün eksik ve yanlışları yazı ile bildirilir. Eksik ve yanlışlar giderildikten sonra yapılacak müracaattan itibaren en geç onbeş gün içinde yapı ruhsatı verilir.” hükmüne aykırı davrandığı; binanın mevcut taşıyıcı elemanlarının donatı detaylandırmasında yetersizlikler olduğu, beton içerisinde standart dışı agregaların mevcut olduğu, kolon boyutları, donatı çap ve adetlerinde farklılıklar görüldüğü, malzeme kalitesinde, binanın proje ve yapım aşamasında yetersizlikler olması ve statik hesap raporu, elektrik tesisat projeleri ile zemin etüt raporu olmadan binaya ruhsat verilmesi, zemin raporu ve statik raporları olmayan ruhsatlara binaen inşa edilmesi sonucu binanın meydana gelen deprem nedeni ile yıkılmasında, sanık ...’ın objektif olarak var olan dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmasına rağmen, İmar Kanununa, 1975 Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik hükümlerine ve dönem itibarıyla bilim ve fennin gerektirdiği teknik şartlara aykırı davrandığı, üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, mevcut sonucun gerçekleşmesinde etkili olduğu, bu nedenle meydana gelen ölümler bakımından sanık ...’ın eyleminin bilinçli taksirle öldürme suçunu oluşturacağı gözetilmeksizin, görevi kötüye kullanma suçu bakımından değerlendirilerek, suçun zamanaşımına uğradığı gerekçesi ile sanık ... hakkında düşme kararı verilmesi,

Kanuna aykırı olup, katılanlar vekilleri ile mahalli Cumhuriyet savcısının temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK’un 321. maddesi uyarınca tebliğnamedeki isteme aykırı olarak BOZULMASINA; 13.12.2022 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

8. HAKSIZ AZLEDİLDİĞİNİ İDDİA EDEN VE YAZILI ÜCRET SÖZLEŞMESİ YAPMAYAN AVUKATIN AVUKATLIK KANUNU 164.MADDESİ KAPSAMINDAKİ VEKALET ÜCRETİ TALEBİ BELİRSİZ ALACAK DAVASINA KONU EDİLEBİLİR (14.06.2023)

YARGITAY

HUKUK GENEL KURULU

Esas Numarası: 2020/279

Karar Numarası: 2022/3

Karar Tarihi: 18.01.2022

BELİRSİZ ALACAK DAVASI

VEKİL İLE MÜVEKKİL ARASINDA ÜCRET SÖZLEŞMESİ BULUNMAMASI

VEKALET ÜCRETİNİN BELİRSİZ OLMASI

VEKALET ÜCRETİ TALEBİNE KONU DAVANIN DEĞERİNİN BELLİ OLMAMASI

VEKİLİN VEKÂLET ÜCRETİ HESAPLAYARAK ÖDENMESİ İÇİN İHTAR GÖNDERMESİ

VEKALET ÜCRETİ İÇİN İCRA TAKİBİ BAŞLATILMASI

ÖZETİ: Belirsiz alacak davasının varlığından söz edebilmek için aranan ilk şart alacağın belirsizliği ya da alacak miktarının belirlenebilmesinin davanın açıldığı

tarihte alacaklıdan beklenememesi veya imkânsız olması şartı objektif ölçütlere göre belirlenmesidir. Tıpkı maddî veya manevî tazminat davalarında zararı ve kusuru takdir ederken hâkimin adalet ve hakkaniyet duygularıyla hareket edeceği hâllerde davanın açılması anında bir belirsizlikten söz edileceği gibi, eldeki davada da davacı avukatın hak ettiği vekâlet ücreti ancak mahkemenin takdir ve belirlemesiyle ortaya çıkacaktır. Zira Avukatlık Kanunu'nun ilgili maddesi Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde şeklinde açıklanan koşul ile alacağın belirsiz olması durumuna işaret etmektedir. Taraflar arasında vekâlet ücretine ilişkin bir kararlaştırma olmaması nedeniyle ücret ancak mahkemece yapılacak tahkikat sonucunda belirleneceğinden davacının dava açarken vekâlet alacağının ne olduğunu bildiğinden yahut net olarak belirleyebildiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Alacak belirsiz olduğundan davacı yargılama sırasında talep sonucunu artırabilir; bu hâlde davanın ıslahı kurumundan bahsedilemez ve artılan talep yönünden davalının zamanaşımı def'i de dinlenmez. Talep artırımında bulunulmaz ise mahkeme alacağın miktarını tespit etmek ve taleple bağlı kalarak dava dilekçesinde gösterilen değer üzerinden alacağa hükmetmek durumundadır.

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ : 1. Asliye Hukuk Mahkemesi

1. Taraflar arasındaki "alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda,.... Asliye Hukuk Mahkemesince verilen davanın kabulüne ilişkin karar her iki taraf vekilinin temyizi üzerine Yargıtay (kapanan) 13. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2.Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3.Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I.YARGILAMA SÜRECİ

Davacı İstemi:

4. Davacı vekili; avukat olan müvekkilinin davalının vekili olarak bir kısım dava ve işleri takip ettiğini, görevini gereği gibi ifa etmesine rağmen 25.10.2010 tarihinde haksız şekilde azledildiğini, haksız azil nedeniyle 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 163 ve 164. Maddeleri çerçevesinde hak edilen (takip edilen işlerin değeri üzerinden %20 oranıyla hesaplanan) vekâlet ücretinin ödenmesi için davalıya gönderilen ihtardan sonuç alamadıklarını, kendilerini oyalayan davalı hakkında zamanaşımının dolmasına birkaç ay kala muaccel 7.949.333,34TL ücret alacağı ve fer'ilerinden (fazlaya ilişkin hakları saklı tutarak) 4.000.000TL'lik kısım için13. İcra Müdürlüğünün 2015/94533 sayılı dosyası ile icra takibi başlattıklarını ancak vekâlet ücretinin vekil olarak takip edilen davanın 39.666.666,70TL olan müddeabihin yüzde onundan aşağı olamayacağını bilmesine rağmen davalının bu takibe dâhi itiraz ettiğini, eldeki dava ile haksız azil nedeniyle doğan vekâlet ücreti alacaklarının tespit edilmesini istediklerini, Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesine göre müddeabihin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasında ücrete hükmedilecek olması nedeniyle belirlenecek avukatlık ücretinin henüz bilinmediğini, bu nedenle davanın 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 107. maddesi çerçevesinde belirsiz

alacak davası olarak açılması gerektiğini ileri sürerek davanın belirsiz alacak davası olarak kabulüyle, vekâlet ücretinin en üst haddeden tespitine, fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak kaydıyla 20.000TL'nin azil tarihinden, bu yerinde görülmezse ihtarnamenin tebliği tarihinden başlayacak avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş, yargılama süreci içinde 18.01.2017 tarihli dilekçeyle HMK'nın 107/2. maddesi gereği dava değerini 5.921.204,15TL olarak arttırdıkları bildirilmiştir.

Davalı Cevabı:

5.Davalı vekili; iddiaya konu alacak miktarının belirli olması nedeniyle HMK'nın 107/1. maddesinin uygulanamayacağını, zira davacı avukatın gerek müvekkili aleyhine başlattığı icra takibinde gerekse gönderdiği ihtarnamelerde alacak miktarını açıkça belirterek talepte bulunduğunu, dolayısıyla, harç ödemekten kaçınmak için davanın bu şekilde açıldığını, alacağın belirsiz olduğundan bahsedilemeyeceğinden HMK'nın 109/2 maddesi çerçevesinde dava değerinin tam olarak gösterilerek harcın tamamlanması gerektiğini, esas yönünden ise azlin haklı olması nedeniyle vekâlet ücreti alacağının mevcut olmadığını belirterek davanın reddini savunmuş, davacının talep arttırım dilekçesi üzerine alacağın zamanaşımına uğradığını belirtmiştir.

Mahkeme Kararı:

6..... Asliye Hukuk Mahkemesinin ön inceleme aşamasında verdiği 01.09.2015 tarihli, 2015/369 E., 2015/535 K. sayılı kararıyla uyuşmazlığın 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında kaldığından bahisle tüketici mahkemelerinin görevli olduğu belirtilerek dava (göreve ilişkin dava şartı yokluğundan) reddedilmiştir.

7.Bu karara karşı davacı vekilinin temyiz itirazları üzerine Yargıtay (kapanan) 13. Hukuk Dairesinin 03.12.2015 tarihli, 2015/36358 E., 2015/35352 K. sayılı kararıyla, asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu gözetilerek işin esasının incelenmesi gerektiği gerekçesiyle karar bozulmuştur.

8.Mahkemecebozmayauyularak yapılan yargılama sonunda 09.02.2017 tarihli, 2016/59 E., 2017/128 K. sayılı karar ile; azlin haksız olduğu ve benimsenen bilirkişi raporunda tespit olunan şekilde davacının Avukatlık Kanunu'nun 164/4. maddesi çerçevesinde takip edilen dosyanın dava değerinin %15 i üzerinden vekâlet ücretine hak kazandığı gerekçesiyle davanın (bedel artırımı ile birlikte) kabulüne, dava değeri dikkate alınarak önceden tahsil edilmiş 63.584,85TL nin tenzili ile 5.938,703,15TL vekâlet ücreti alacağının dava tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

9.Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde her iki taraf vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

10.Yargıtay (kapatılan) 13. Hukuk Dairesinin 24.01.2019 tarihli ve 2018/4827 E., 2019/591 K. sayılı kararı ile; "...1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Dava, haksız azilden kaynaklı vekalet ücreti alacağını tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Davalı ile vekili avukat davacı arasındaki vekalet ilişkisi 25.10.2010 tarihli azilname ile son bulmuş; davacı avukat tarafından davalı müvekkiline 12.11.2010 tarihli ihtarname keşide edilerek fazlaya ilişkin haklar saklı tutulup 7.949.333,34TL vekalet ücreti ve KDV alacağının ödenmesi talep edilmiş ve bunun üzerine davalı aleyhine fazlaya ilişkin hakları saklı tutularak 4.000.000TL üzerinden 17.06.2015 tarihinde icra takibine geçildiği anlaşılmıştır. Davacının talep ettiği vekalet ücreti alacağı, HMK m. 107/2 “Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.” şeklinde yer alan düzenlemeye göre belirsiz alacak davasına konu edilemeyecek nitelikte olduğundan; söz konusu 12.11.2010 tarihli ihtarname ile alacağın tamamı muaccel hale geldiğinden, dava tarihi itibarıyla talep konusu yapılmayan alacak için 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 147.maddesi (Mülga 818 s.BK.126.) gereğince vekalet sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olup, bu sürenin geçmesi ile zamanaşımına uğrayacağı, değerlendirilerek karar verilmesigerekirken, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Kaldı ki Mahkemece, davanın vekalet sözleşmesinden kaynaklanmış olması nedeniyle 6502 sayılı yasa gereğince tüketici mahkemesi görevli olduğu gerekçesiyle davanın usulden reddine ilişkin verilen ilk karar, davacının temyizi üzerine Dairemizin 03.12.2015 tarih 2015/36358 E ve 2015/35352 K sayılı ilamı ile bozulmuş, bozmaya uyularak yapılan yargılama sırasında 18.01.2017 tarihli ıslah dilekçesiyle davacı, talebini 5.941,204,15-TL olarak ıslah ettiğini ifade etmiş, mahkemece ıslah edilen talep esas alınarak davanın kabulüne karar verilmiştir. Oysa ki, 4.2.1948 tarih, 10/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince bozmadan sonra ıslah yapılması mümkün değildir. Bu nedenle davacının ıslahtan önceki talebi dikkate alınarak sonucuna uygun bir hüküm kurulması gerekirken, mahkemece yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

O halde mahkemece yukarıda açıklanan ilkeler ışığında; zamanaşımına uğramış olan vekalet ücret alacakları için aynı zamanda bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı da değerlendirilerek karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile yanılıgılı karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.Kabule göre de; mahkemecedavacının haksız nedenlerle azledildiği kabul edilmiş ve yargılama sırasında alınan bilirkişi raporunda vekalet ücreti hak kazandığı kabul edilerek %15 üzerinden davalının vekalet ücreti hesaplanmış olup, mahkemece de anılan rapor benimsenerek davalının vekalet ücretini %15 üzerinden hesaplanmış ise de, Avukatlık Kanununun 164/4. Maddesine göre; “Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde, değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilamın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık

ücreti olarak belirlenir.” Bu halde davanın ve takibin parayla değerlendirilmesi halinde %10 ile %20 arasında oran belirlenirken hangi ölçünün esas alındığının da gerekçeli olması gerekir. Mahkemece, %10 oranın aşılması halinde kararda bu oranın esas alınmasına ilişkin somut dayanaklar gösterilmelidir. Mahkemece, avukatlık ücret alacağına ilişkin %15 uygulanmasının somut yasal dayanakları gösterilerek hüküm tesis edilmesi gerekirken, yazılı şekilde soyut ifadelerle hüküm tesisi uygun görülmemiştir...” gerekçesi ile karar davalı yararına bozulmuştur.

Direnme Kararı:

11.Mahkemenin 16.07.2019 tarihli ve 2019/351 E., 2019/377 K. sayılı kararı ile; ilk karar gerekçesi genişletilmek ve somut olayda belirsiz alacak davası açılmasının mümkün olduğu açıklanmak suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

12.Direnme kararısüresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II.UYUŞMAZLIK

13.Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; haksız azledilen davacı avukatın Avukatlık Kanunu’nun 164/4. maddesi çerçevesinde vekâlet ücreti alacağının tahsilini istediği eldeki davada, mahkemece davanın belirsiz alacak davası olarak nitelendirilip bu bağlamda dava değerini arttıran talep dilekçesindeki alacak miktarı yönünden zamanaşımının işlemeyeceği değerlendirilerek davanın kabulüne karar verilmesinin yerinde olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

III.GEREKÇE

14. Öncelikle belirtilmelidir ki, davalı vekilitemyiztalebindedirenmekararının gerçekte yeni hüküm teşkil ettiği itirazında bulunmuş ise de, yeni hükümden bahsedilebilmesi için mahkemenin yeni bir bilgi, belge ve delile dayanarak veya bozmadan esinlenip gerekçesini değiştirmesi gerekir. Oysa somut olayda belirsiz alacak davası olarak davanın görülemeyeceği yönündeki bozma kararı sonrasında mahkemenin bozma gerçeğini karşılamak amacıyla ilk karar gerekçesini genişletmek suretiyle hüküm kurduğu, bu hâlde direnme kararının yeni hüküm niteliğinde olmadığı ve temyiz incelemesinin bu nedenle Hukuk Genel Kurulu tarafından yapılması gerektiği açıktır.

15. Bu tespitten sonra uyuşmazlığın incelenmesine geçildiğinde; belirsiz alacak davasıyla ilgili açıklamalarda bulunulması faydalı olacaktır.

16. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 107. maddesiyle mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda (HUMK) yer almayan yeni bir dava türü olarak belirsiz alacak ve tespit davası kabul edilmiştir. Söz konusu madde; “1-Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

2-Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

3-Ayrıca, kısmi eda davasının açılabilirdiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir” şeklinde düzenlenmiş olup 28.07.2020 tarihli ve 31199 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un (7251 sayılı Kanun) 7. Maddesi ile 2. fıkra değiştirilmiş, 3. fıkra ise yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıca maddenin başlığı “belirsiz alacak ve tespit davası” iken “belirsiz alacak davası” olarak değiştirilmiştir.

17.7251 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle değişik HMK’nın 107. maddesi; “(1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir

(2) (Değişik:22/7/2020-7251/7 md.) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda, hâkim tarafından tahkikat sona ermeden verilecek iki haftalık kesin süre içinde davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın talebini tam ve kesin olarak belirleyebilir. Aksi takdirde dava, talep sonucunda belirtilen miktar veya değer üzerinden görülüp karara bağlanır.

(3) (Mülga:22/7/2020-7251/7 md.)” şeklindedir.

18.Buna göre belirsiz alacak davası; davanın açıldığı tarihte alacağın tutarının ya da değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin davacıdan beklenemeyeceği ya da bunun olanaksız olduğu durumlarda, alacaklının, hukuksal ilişkiyi ve en az bir tutar ya da değeri belirterek açabileceği dava olarak tanımlanabilir (Türk Hukuk Lûgatı, Ankara 2021, C.1., s. 148).

19.Hükümet tasarısında yer almayan belirsiz alacak davasını düzenleyen 107. madde Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından esasen baştan miktar veya değeri tam tespit edilemeyen bir alacakla ilgili hak arama durumunda olan kişinin, hukuk sisteminde karşılaştığı güçlüklerin bertaraf edilerek hak arama özgürlüğü çerçevesinde mümkün olduğunca en geniş şekilde korunmasının sağlanması gerekçesi ile ihdas edilmiş ve kanunlaşmıştır.

20.İsviçre ve Alman hukuklarında “rakamlandırılmamış alacak davası” olarak anılan bu tür bir dava açılabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibarıyla uyumsuzluğa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafça belirlenememesi gereklidir. Belirleyememe hâli, davacının gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen, miktar veya değerin belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklenilmemesi durumuna ya da objektif olarak imkânsızlığa dayanmalıdır.

21.Madde gerekçesinde; “Bu davanın kabul edilmesinin artık salt hukukî korumanın ötesine geçilerek ‘etkin hukukî koruma’nın gündeme gelmiş olmasının da bunu gerektirdiği belirtildiği gibi, hak arama durumunda olan kişi, talepte bulunacağı hukukî ilişkiyi, muhatabını ve bu ilişkiden dolayı talep edeceği miktarı asgarî olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen, alacağının tamamını tam olarak tespit edemeyebilecektir. Belirsiz alacak ve tespit davalarına ilişkin hükümlerin mukayeseli hukukta da yer aldığı

dikkate alınarak, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklının, hukukî ilişki ile asgarî bir miktar ya da değeri belirterek belirsiz alacak davası açabilmesi kabul edilmiştir. Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır. Belirsiz alacak veya tespit davası açıldıktan sonra, yargılamanın ilerleyen aşamalarında, karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneğin, bilirkişi ya da keşif incelemesi sonrası), baştan belirsiz olan alacak belirli hâle gelmişse, davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilmesi benimsenmiştir. Miktarı belirsiz alacaklarda zamanaşımının dolmasına çok kısa sürenin var olduğu hâllerde yalnızca tespit yahut kısmi eda ile birlikte tespit davasının açılabilirdiği genel olarak kabul edilmektedir. Alacaklı, yalnızca eda davası veya yalnızca tespit davası yahut kısmi eda ile birlikte külli tespit davası açabilme seçeneklerine sahiptir. Hak arama özgürlüğünün (Any.m.36, İHAS.m.6) özünde varolan bu seçenekler, yasa veya içtihat yoluyla yasaklanamaz. Esasen tam veya kısmi olmasına bakılmaksızın her eda davasının temelinde bir külli tespit unsuru vardır. Başka deyimle eda hükmünde tertip olunan her durumun arkasında sorumluluk saptanmasını içeren bir zorunlu ön tespit kabulü mevcuttur” şeklindeki açıklamayla, alacağın belirsiz olup olmadığı ile ilgili olarak bazı kıstaslar kabul edilmiştir.

22.Bu kıstaslar, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin;

a) Davacının kendisinden beklenememesi,

b) Bunun olanaksız olması,

c) Açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olması olarak belirtilmektedir.

23.Belirsiz alacak davasının getirdiği en önemli etkin koruma, usul ekonomisi ve hak arama özgürlüğüne hizmet etmesi yanında, davacının yüksek yargılama giderlerine katlanma ve dava konusu hakkın zamanaşımına uğrama riskini azaltmasıdır.

24.Usul hukukunun maddi hukuk içinde gerçekleşen hakkın talep edilebilirliğini, tespitini belirli kurallara bağlayan hukuk dalı olması nedeniyle maddi hukuk için araç olduğu unutulmamalıdır.

25.Nitekim Hukuk Genel Kurulunun 04.11.2021 tarihli, 2021/(22)9-629 E., 2021/1334K. Sayılı kararında da aynı hususlara işaret edilmiştir.

26.Somut olayda davacı avukat haksız olarak azledildiği iddiasıyla eldeki davayı açmış olup Avukatlık Kanunu’nun 164/4. maddesi çerçevesinde talep edilen vekâlet ücreti alacağının belirsiz alacak niteliğinde olup olmadığının tespiti için öncelikle haksız azil ve bu durumun varlığı hâlinde avukatın hak ettiği vekâlet ücretine ilişkin açıklamada bulunulması faydalı olacaktır.

27.Avukatlık sözleşmesinin azil ile sona ermesi hâlinde avukatın, başta ücret olmak üzere, haklarının tespitinde azlin haklı olup olmadığı önem taşır. Zira Avukatlık Kanunu’nun 174/2. maddesinde “Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir. Şu kadar ki,

avukat kusur veya ihmaliinden dolayı azledilmiş ise ücretin ödenmesi gerekmez” hükmü mevcuttur ve buna göre avukatın kusur ve ihmaliine dayalı olmaksızın yapılan haksız azil sonucunda, avukatın vekâlet ücretinin tamamı, dava lehe sonuçlanıp kesinleşmiş gibi muaccel hâle gelecektir.

28.Anılan düzenlemeye göre; avukat haklı bir nedenle azledildiği takdirde ücrete hak kazanamaz. Haksız azil hâlinde ise hangi aşamada olursa olsun, üstlenilen işe dair ücretin tamamının avukata ödenmesi gerekir.

29.Haklı sebep kavramı kanunda tanımlanmamıştır. Azlin haklı olup olmadığı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 4. maddesi çerçevesinde hâkim tarafından belirlenir.Söz konusu belirlemede hâkim, somut olayın özellikleri ve dürüstlük kuralına göre (TMK m.2) sözleşme ile bağlı kalmanın taraflar için çekilmez hâle gelip gelmediğini göz önünde bulundurur.

30.Azlin haksız olduğu sonucuna varan hâkim Avukatlık Kanunu’nun 164/4. Maddesinin “Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesine uygulanır” hükmü çerçevesinde ücret alacağının ne olduğunu belirleyecektir.

31.Bu düzenleme, avukatın ücretinin önceden kararlaştırılmamış olması yahut kararlaştırmanın belirsiz veya tartışmalı olduğu durumlarda hâkimin ücret miktarını belirlemekle yetkili olduğunu ve bu yetkinin avukatın yine hâkim tarafından takdir olunacak emeğine göre takip olunan davanın değerinin yüzde onuyla yirmisi aralığında kullanılacağı kuralını öngörmektedir.

32.Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay irdelendiğinde; yukarıda da belirtildiği üzere belirsiz alacak davasının varlığından söz edebilmek için aranan ilk şart alacağın belirsizliği ya da Kanun’un lafzından hareketle oluşturulacak bir anlatımla, alacak miktarının belirlenebilmesinin davanın açıldığı tarihte alacaklıdan (davacıdan) beklenememesi veya imkânsız olması şartı objektif ölçütlere göre belirlenmesidir. Tıpkı maddî veya manevî tazminat davalarında zararı ve kusuru takdir ederken hâkimin adalet ve hakkaniyet duygularıyla hareket edeceği hâllerde davanın açılması anında bir belirsizlikten söz edileceği gibi, eldeki davada da davacı avukatın hak ettiği vekâlet ücreti ancak mahkemenin takdir ve belirlemesiyle ortaya çıkacaktır. Zira Avukatlık Kanunu’nun 164. maddesinin 4. fıkrası “Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde” şeklinde açıklanan koşul ile alacağın belirsiz olması durumuna işaret etmektedir.

33.Somut olayda taraflar arasında vekâlet ücretine ilişkin bir kararlaştırma olmaması nedeniyle ücret ancak mahkemece yapılacak tahkikat sonucunda belirleneceğinden

davacının dava açarken vekâlet alacağının ne olduğunu bildiğinden yahut net olarak belirleyebildiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

34.Alacak belirsiz olduğundan davacı yargılama sırasında HMK’nın 107/2. Maddesi çerçevesinde talep sonucunu artırabilir; bu hâlde davanın ıslahı kurumundan bahsedilemez ve artılan talep yönünden davalının zamanaşımı def’î de dinlenmez. Talep artırımında bulunulmaz ise mahkeme alacağın miktarını tespit etmek ve taleple bağlı kalarak dava dilekçesinde gösterilen değer üzerinden alacağa hükmetmek durumundadır.

35. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; somut olayda alacağın HMK’nın 107. maddesi uyarınca belirsiz olduğundan bahsedilemeyeceği, vekil ile müvekkil arasında ücret sözleşmesi bulunmadığı yahut ücretin belirgin olmadığı durumlarda uygulanan Avukatlık Kanunu’nun 164/4. maddesinde alacağı asıl belirleyen etkenin avukatın takip ettiği ve ücret alacağına esas kıldığı dava ve işin değeri olduğu, bu değer belli ve azil de haksız ise avukatın bu değer yüzde onu ile yüzde yirmisi arasında bir ücret alacağına hak kazanacağı, takip edilen dava veya işin gerçek değeri henüz ortaya konulmaksızın, örneğin avukatın müvekkili adına haksız fiilden kaynaklanan maddî ve manevî tazminat davası açması ancak tarafların kusur durumu ve meydana gelen sonucun ağırlığı yargılama içerisinde teknik bir incelemeyle henüz ortaya konulmaksızın azil gerçekleşirse, avukatın bu davaya dayalı ücret alacağını belirsiz alacak davası olarak ikame edebileceği, ancak somut olayda bu durumun söz konusu olmadığı, vekâlet ücreti talebine konu tapu iptal ve tescil davasının dava değerinin belli olduğu, nitekim davacının da bu değer üzerinden önce 164/4. maddenin üst haddi olan yüzde yirmi oranında vekâlet ücreti hesaplayarak ödenmesi için davalıya iki ayrı ihtar gönderdiği, sonrasında fazlaya ilişkin haklarını saklı tuttuğunu belirterek yüzde onu üzerinden hesapladığı tutar üzerinden icra takibi başlattığı gözetildiğinde artık söz konusu ücret iddiasını HMK’nın 107. maddesi çerçevesinde talep edilemeyeceği, aksini kabulün kanun koyucunun amacına aykırı olduğu gibi mahkemenin takdir hakkını kullandığı her davanın belirsiz alacak davası olarak sayılmasına sebep olabileceği oysa usul hukukunda esas olanın davacının alacağının tamamı veya bir kısmı için (HMK, m.109) dava açması olduğu, belirsiz alacak davasının ise istisnâî nitelik taşıdığı, bu nedenle Özel Daire kararının haklı ve yerinde bulunduğu, direnme kararının bozulması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

36.Sonuç itibarıyla mahkemenin eldeki davanın belirsiz alacak davası olduğu yönündeki direnme gerekçesi usul ve yasaya uygundur.

37.Ne var ki bozma nedenine göre davalı vekilinin hükmolunan alacak miktarına ilişkin temyiz itirazları Özel Daire tarafından incelenmediğinden dosyanın bu yönde temyiz incelemesi yapılmak üzere Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

IV.SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Direnme uygun olup davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE,

Ancak karar düzeltme yolunun açık olması sebebiyle öncelikle mahkemesince Hukuk Genel Kurulu kararının taraflara tebliği ile karar düzeltme yoluna başvurulması

hâlinde dosyanın Hukuk Genel Kuruluna, başvurulmaması hâlinde ise mahkemesince doğrudan Yargıtay 3. Hukuk Dairesine Gönderilmesine, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Geçici Madde 3" hükmü atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440 maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 18.01.2022 tarihinde yapılan ikinci görüşmede oy çokluğu ile karar verildi.

KARŞIOY

Davacivekili (24.07.2015 tarihli dava dilekçesinde), avukat olan müvekkilinin davalının vekili olarak bir kısım dava ve işleri takip ettiğini, görevini gereği gibi ifa etmesine rağmen 25.10.2010 tarihinde haksız şekilde azledildiğini, haksız azil nedeniyle 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 163 ve 164. maddeleri çerçevesinde hak edilen (takip edilen işlerin değeri üzerinden %20 oranıyla hesaplanan) vekâlet ücretinin ödenmesi için davalıya gönderilen ihtardan sonuç alamadıklarını, kendilerini oyalayan davalı hakkında zamanaşımının dolmasına birkaç ay kala muaccel 7.949.333,34TL ücret alacağı ve fer'ilerinden (fazlaya ilişkin hakları saklı tutarak) 4.000.000TL'lik kısım için Gaziantep 13. İcra Müdürlüğünün 2015/94533 sayılı dosyası ile icra takibi başlattıklarını ancak vekâlet ücretinin 39.666.666,70TL olan müddeabihin yüzde onundan aşağı olamayacağını bilmesine rağmen davalının bu takibe dahi itiraz ettiğini, eldeki dava ile haksız azil nedeniyle doğan vekâlet ücreti alacaklarının tespit edilmesini, Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesine göre müddeabihin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasında ücrete hükmedilecek olması nedeniyle belirlenecek avukatlık ücreti henüz bilinmediğinden davanın 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 107. maddesi çerçevesinde belirsiz alacak davası olarak açılması gerektiğini ileri sürerek davanın belirsiz alacak davası olarak kabulüyle, vekâlet ücretinin en üst haddten tespitine, fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak kaydıyla 20.000TL'nin azil tarihinden, bu yerinde görülmezse ihtarnamenin tebliği tarihinden başlayacak avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş, yargılama süreci içinde 18.01.2017 tarihli dilekçeyle HMK'nın 107/2. maddesi gereği dava değerini 5.921.204,15TL olarak arttırdıkları bildirilmiştir. Davalı vekili (21.08.2015 tarihli cevap dilekçesinde), iddiaya konu alacak miktarının belirli olması nedeniyle HMK'nın 107/1. maddesinin uygulanamayacağını, zira davacı avukatın gerek müvekkili aleyhine başlattığı icra takibinde gerekse gönderdiği ihtarnamelerde alacak miktarını açıkça belirterek talepte bulunduğunu, bu durumda, harç ödemekten kaçınmak için davanın bu şekilde açıldığının anlaşılacağını, alacağın belirsiz olduğundan bahsedilemeyeceğinden HMK'nın 109/2 maddesi çerçevesinde dava değerinin tam olarak gösterilerek harcın tamamlanması gerektiğini, esas yönünden ise azlin haklı olması nedeniyle vekâlet ücreti alacağının mevcut olmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece dosya üzerinden yapılan inceleme sonunda 01.09.2015 tarihli ilk kararlar uyuşmazlığın 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında kaldığından bahisle tüketici mahkemelerinin görevli olduğu belirtilerek dava reddedilmiş, bu karara karşı davacı vekilinin temyiz itirazları üzerine Özel Daire asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu gözetilerek işin esasına girilmesi gerektiği gerekçesiyle hükmü bozmuştur. Bozmaya uyularak yapılan yargılama

sonundamahkemece; azlin haksız olduğu ve benimsenen bilirkişi raporunda tespit olunan şekilde davacının vekâlet ücretine hak kazandığı gerekçesiyle davanın (bedel artırımı ile birlikte) kabulüne, dava değeri dikkate alınarak önceden tahsil edilmiş 63.584,85TL'nin tenzili ile 5.938,703,15TL vekâlet ücreti alacağının dava tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiştir.

Her iki taraf vekilinin temyiz itirazları üzerine Özel Daire; bozma kararının birinci bendinde davacının tüm, davalının sair temyiz itirazlarının reddetmiş, ikinci bent ile "...Dava, haksız azilden kaynaklı vekalet ücreti alacağını tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Davalı ile vekili avukat davacı arasındaki vekalet ilişkisi 25.10.2010 tarihli azilname ile son bulmuş; davacı avukat tarafından davalı müvekkiline 12.11.2010 tarihli ihtarname keşide edilerek fazlaya ilişkin haklar saklı tutulup 7.949.333,34 TL vekalet ücreti ve KDV alacağının ödenmesi talep edilmiş ve bunun üzerine davalı aleyhine fazlaya ilişkin hakları saklı tutularak 4.000.000,00-TL üzerinden 17.06.2015 tarihinde icra takibine geçildiği anlaşılmıştır. Davacının talep ettiği vekalet ücreti alacağı, HMK m. 107/2 "Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir." şeklinde yer alan düzenlemeye göre belirsiz alacak davasına konu edilemeyecek nitelikte olduğundan; söz konusu 12.11.2010 tarihli ihtarname ile alacağın tamamı muaccel hale geldiğinden, dava tarihi itibarıyla talep konusu yapılmayan alacak için 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 147.maddesi (Mülga 818 s.BK.126.) gereğince vekalet sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olup, bu sürenin geçmesi ile zamanaşımına uğrayacağı, değerlendirilerek karar verilmesi gerekirken, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir. Kaldı ki Mahkemece, davanın vekalet sözleşmesinden kaynaklanmış olması nedeniyle 6502 sayılı yasa gereğince tüketici mahkemesi görevli olduğu gerekçesiyle davanın usulden reddine ilişkin verilen ilk karar, davacının temyizi üzerine Dairemizin 03.12.2015 tarih 2015/36358 E ve 2015/35352 K sayılı ilamı ile bozulmuş, bozmaya uyularak yapılan yargılama sırasında 18.01.2017 tarihli ıslah dilekçesiyle davacı, talebini 5.941,204,15-TL olarak ıslah ettiğini ifade etmiş, mahkemece ıslah edilen talep esas alınarak davanın kabulüne karar verilmiştir. Oysa ki, 4.2.1948 tarih, 10/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince bozmadan sonra ıslah yapılması mümkün değildir. Bu nedenle davacının ıslahtan önceki talebi dikkate alınarak sonucuna uygun bir hüküm kurulması gerekirken, mahkemece yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir. O halde mahkemece yukarıda açıklanan ilkeler ışığında; zamanaşımına uğramış olan vekalet ücret alacakları için aynı zamanda bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı da değerlendirilerek karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile yanlış karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir..." gerekçesiyle hükmü davalı yararına bozmuştur.

Bozma kararına karşı mahkeme ilk karar gerekçesini genişletmek ve somut olayda belirsiz alacak davası açılmasının mümkün olduğunu açıklamak suretiyle direnme kararı vermiştir. Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmektedir. Direnme yoluyla

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; haksız azledilen avukatın vekâlet ücreti alacağının tahsilini istediği eldeki davada, mahkemece davanın belirsiz alacak davası olarak nitelendirilmesinin ve bu suretle dava değerini arttıran talep dilekçesindeki alacak miktarı yönünden zamanaşımının işlemeyeceği değerlendirilerek kabul kararı verilmesinin yerinde olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibarıyla uyuşmazlığa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafça belirlenememesi gereklidir. Belirleyememe hâli, davacının gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen, miktar veya değer belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklenmemesi durumuna ya da objektif olarak imkânsızlığa dayanmalıdır. Madde gerekçesinde; “Bu davanın kabul edilmesinin artık salt hukukî korumanın ötesine geçilerek “etkin hukukî koruma”nın gündeme gelmiş olmasının da bunu gerektirdiği belirtildiği gibi, hak arama durumunda olan kişi, talepte bulunacağı hukukî ilişkiyi, muhatabını ve bu ilişkiden dolayı talep edeceği miktarı asgarî olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen, alacağının tamamını tam olarak tespit edemeyebilecektir. Belirsiz alacak ve tespit davalara ilişkin hükümlerin mukayeseli hukukta da yer aldığı dikkate alınarak, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenmeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklının, hukukî ilişki ile asgarî bir miktar ya da değer belirterek belirsiz alacak davası açabilmesi kabul edilmiştir. Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır. Belirsiz alacak veya tespit davası açıldıktan sonra, yargılamanın ilerleyen aşamalarında, karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneğin, bilirkişi ya da keşif incelemesi sonrası), baştan belirsiz olan alacak belirli hâle gelmişse, davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilmesi benimsenmiştir. Miktarı belirsiz alacaklarda zamanaşımının dolmasına çok kısa sürenin var olduğu hâllerde yalnızca tespit yahut kısmi eda ile birlikte tespit davasının açılabilmesi genel olarak kabul edilmektedir. Alacaklı, yalnızca eda davası veya yalnızca tespit davası yahut kısmi eda ile birlikte külli tespit davası açabilme seçeneklerine sahiptir. Hak arama özgürlüğünün (Any.m.36, İHAS.m.6) özünde var olan bu seçenekler, yasa veya içtihat yoluyla yasaklanamaz. Esasen tam veya kısmi olmasına bakılmaksızın her eda davasının temelinde bir külli tespit unsuru vardır. Başka deyimle eda hükmünde tertip olunan her durumun arkasında sorumluluk saptanmasını içeren bir zorunlu ön tespit kabulü mevcuttur” şeklindeki açıklamayla, alacağın belirsiz olup olmadığı ile ilgili olarak bazı kıstaslar kabul edilmiştir. Bu kıstaslar, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin;

i-Davacının kendisinden beklenmemesi,

ii-Bunun olanaksız olması,

iii-Açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olması olarak belirtilmektedir. Bu ilkeler ışığında somut olay incelendiğinde, davacının avukat olduğu, haksız azil

edildiğini ileri sürerek eldeki davayı açtığı anlaşılmaktadır.

1136sayılıAvukatlık Kanununun 174. maddesi, davayavekâletteazilveya istifaya, bunların haklı nedenlere dayalı olup olmamasına göre değişen, farklı sonuçlar bağlamaktadır. Anılan madde uyarınca üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat hiçbir ücret isteyemez ve peşin aldığı ücreti geri vermek zorundadır. Avukatın haksız azli hâlinde ücretin tamamı verilir. Şu kadar ki, avukat kusur veya ihmalden dolayı azledilmiş ise ücretin ödenmesi gerekmez. 1136 sayılı Kanunun 174. maddesine göre avukat haklı bir nedenle azledildiği takdirde ücrete hak kazanamaz ise de haksız azil hâlinde, anılan madde uyarınca avukatlık ücretinin tamamının ödenmesi gerekir. Haksız azledilen vekilin avukatlık ücreti, ücret sözleşmesinde kararlaştırılan ücretin tamamıdır.

1136 sayılı Avukatlık Kanununun 164. maddesi; “Avukatlık ücreti, avukatın hukukî yardımının karşılığı olan meblâğı veya değeri ifade eder. Yüzde yirmibeşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir. İkinci fıkraya göre yapılacak sözleşmeler, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamaz. Avukatlık asgarî ücret tarifesi altında vekâlet ücreti kararlaştırılamaz. Ücretsiz dava alınması halinde, durum baro yönetim kuruluna bildirilir.(Değişik üçüncü ve dördüncü cümle:13/1/2004 – 5043/5 md.) Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır. Dava sonunda, kararla tarifeyle dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez.”

Şeklinde düzenlenmiş olup haksız azledildiğini ileri süren davacının yazılı sözleşmesi bulunmadığından Avukatlık Kanunu 164. maddesi gereğince talepte bulunabilecektir. Buradaki talebi de müddeabihin%10 ile %20’si arasında bir miktardır. Müddeabihin mevcut dosyada belli olduğu açık olup avukat olan davacı dosyadaki emek ve mesaisini dikkate alarak bu miktar üzerinden bir talepte bulunabilecektir. Dolayısı ile müddeabih belli olduğuna göre davacının da gerek ihtarname ile gerek icra takibi ile talep edeceği miktarı bildiği ve belirsiz alacak davası açısından, davacının kendisinden beklenmemesi, bunun olanaksız olması, açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olması olarak belirtilen ilkelerden bu dosya açısından bahsedilemeyeceği gibi davacı avukatın talep edeceği miktarı bilebilecek durumda olduğu açıktır. Ayrıca hâkimin%10 ile %20 arasında bir belirleme yapması tamamen takdire yönelik olup alacağın belirli veya belirsiz olmasına yönelik değildir. Yukarıda açıklanan gerekçe ile kararın bozulması gerektiğinden çoğunluk görüşüne katılamıyoruz.

9.SATIŞ BEDELİ TAŞINMAZIN GERÇEK DEĞERİNİN ALTINDA İSE SİRF BEDELİN DÜŞÜK OLMASI HİLENİN KANITI OLARAK KABUL EDİLEMEZ (24.05.2023)

YARGITAY

HUKUK GENEL KURULU

Esas Numarası: 2020/128

Karar Numarası: 2022/1415

Karar Tarihi: 02.11.2022

HİLE HUKUKSAL NEDENİNE DAYALI TAPU İPTALİ VE TESCİLİ İSTEMİ
TAPUDA GÖSTERİLEN SATIŞ BEDELLERİ İLE DAVALI TARAFINDAN YATIRILAN
BEDELİN TAŞINMAZIN GERÇEK DEĞERİNİN ALTINDA OLMASININ HİLENİN
KANITI OLARAK KABUL EDİLEMESİ

ÜÇ AYRI İŞLEMLE TEMLİKİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİNDE BU İŞLEMLERDEN
BİR TANESİNDE BİRİNDE ALDATILMIŞ OLUNDUĞU KABUL EDİLSE BİLE ÜÇ
İŞLEMİN DE HİLELİ OLMASININ HAYATIN OLAĞAN AKIŞINA AYKIRI OLMASI
KENTSEL DÖNÜŞÜM NEDENİYLE TAŞINMAZIN YIKILIP YERİNE YENİSİNİN
YAPILMASINA İLİŞKİN GİRİŞİMLERİN DAVALILARA YAPILAN TEMLİKLERDEN
SONRA ORTAYA ÇIKMASI

ÖZETİ: Dava, aldatma (hile) hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil istemine
ilişkindir. Düzenlenen bilirkişi raporuna göre tapuda gösterilen satış bedelleri ile davalı
tarafından yatırılan bedelin taşınmazın gerçek değerinin altında olması, hilenin kanıtı
olarak kabul edilemez. Tarafların babaanne-torun oldukları gözetildiğinde temlikte düşük
bedel gösterilmesi de hayatın olağan akışına uygundur. Aksine, tapuda uzun süreye yayılan
üç ayrı işlemle yapılan devirlerin her üçünün de hilenin etkisiyle gerçekleştirildiğini kabul
etmek hayatın olağan akışına aykırı olacaktır. Ayrıca kentsel dönüşüm nedeniyle taşınmazın
yıkılıp yerine yenisinin yapılmasına ilişkin girişimlerin de davalılara yapılan temliklerden
sonra ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Tüm bu nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından somut
olayda hile iddiasının ispat edilemediği sonucuna varılmıştır.

1. Taraflar arasındaki “tapu iptali ve tescil” davasından dolayı yapılan yargılama
sonunda, ... Asliye Hukuk Mahkemesince verilen davanın kabulüne ilişkin karar, davalılar
vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 1. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda
bozulmuş, mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği
görüşüldü.

I. YARGILAMA SÜRECİ

Davacı İstemi:

4. Davacı vekili 22.07.2013 harç tarihli dava dilekçesinde; ... İli, ... İlçesi,
... Mahallesi, 379 ada, 27 parselde bulunan taşınmazın meskene ait 7/650 payı ile özel
depoya ait 7/670 payının 79 yaşındaki müvekkili adına kayıtlı olduğunu, taşınmazın
mevki olarak çok revaçta ve kentsel dönüşüm kapsamında bulunması nedeniyle pek çok

müteahhidin ilgilendiğini, müvekkilinin tek oğlu bulunduğunu ve davalıların da torunları
olduğunu, ancak 12 yıl önce oğlunun eşinden boşanarak yeniden evlendiğini, davalıların
ise anneleri ile birlikte davaya konu evde oturmaya devam ederek davacıya düzenli şekilde
kira ödediklerini, davacının ...’te yaşaması ve apartmanda birlik sağlanamaması nedeniyle
müteahhitlerden gelen tekliflerin yıllarca sürüncemede kaldığını, bu aşamada torunlarının
resmî işlerde söz sahibi olmadıkları gerekçesiyle müvekkilinden defalarca yetki isteyip
baskı yaptıklarını, davacının meskene ait ¼ payı 2003 yılında davalı ...’e devrettiğini,
sonrasında da müvekkilinin sadece müteahhitlerle yapılacak anlaşmalarla ilgili yetki
verdiğini zannederek 2011 yılının Nisan ayında tapuya götürüldüğünü, taşınmazın 3/4
payının satış gösterilerek davalı ... adına tescil edildiğini, o sırada diğer davalının yurt dışında
olduğunu, Türkiye’ye döndüğünde yine aynı saikle tapuya götürülen davacıdan bu defa
da deponun tapusunun alındığını, devir karşılığında davacıya hiçbir bedel ödenmediğini,
hesabına görüntü amaçlı 60.000TL para yatırılmış ise de müvekkilinin bankaya götürülerek
paranın çekirildiğini ve elinden alındığını, müteahhitlerle anlaştığını zanneden davacının
bir satış amacı ve iradesi bulunmadığını, davalıların asıl maksadının müvekkilinin tek
çocuğu olan babalarının ikinci evliliği sebebiyle ikinci eşine düşecek olan mirastan mal
kaçırmak olduğunu, davacının yaşı gereği içinde bulunduğu acizyet sebebiyle yapılan
işlemleri anlamadığını, durum bu şekilde olmasına karşın davalıların müvekkiline 950TL
kira ödemeye devam ettiklerini, müvekkilinin en nihayetinde Ramazan ayı öncesinde ...’a
gelince durumu öğrendiğini ileri sürerek, davalılar adına yapılan tescillerin iptaliyle davacı
adına tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar Cevabı:

5. Davalılar vekili cevap dilekçesinde; müvekkillerinin anne ve babalarının
boşandıktan sonra davacının emekli maaşının kendisine yetmediği gerekçesi ve endişesi
ile torunları olan davalılara, kendisine ömür boyu bir emekli maaşı vermeleri kaydıyla
dava konusu taşınmazları devredeceği konusunda söz verip, 2003 yılında evin yarı payını
kendisinde bırakarak diğer yarı payını müvekkillerine devrettiğini, bu nedenle davalıların
2003 yılından itibaren artan oranda davacıya para ödediklerini, 2011 yılında ise davacının
...’e yerleşmeye karar verdiğini, bu nedenle kalan yarı payı da satmak istediğini, karşılığında
60.000TL para aldığını, taşınmazın ara sokakta ve ... katta olduğunu, 2011 yılında yarı payın
bu değerde olduğunu ve tapuda gerçek bir satış yapıldığını, kaldı ki 2011 yılında kentsel
dönüşüm gibi bir durumun söz konusu olmadığını, bu konudaki yasanın 2012 yılında
yürürlüğe girdiğini, ayrıca satıştan sonra babaannelerinin bakımsız kalmaması için her ay
kendisine para ödemeye devam ettiklerini, satışların davacının iradesine uygun şekilde
yapıldığını, davacının aradan 10 yıl geçtikten sonra taşınmazın müteahhitler tarafından
yeni bina yapılmak istenmesi sonucu taşınmazın değer kazanmasını fırsata dönüştürmek
istediğini ve kötü niyetli olduğunu, davacının oğlu ...’ün etkisinde kalarak dava açtığını,
ayrıca dava dilekçesinde hangi satış işlemi için iptal talebinde bulunulduğunun belli
olmadığını, ilk satışın üzerinden 10 yıl, ikinci satışın üzerinden ise 2 yıl süre geçtiğini,
iddianın gerçek dışı ve haksız olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

İlk Derece Mahkemesi Kararı:

6. ... Asliye Hukuk Mahkemesinin 02.04.2015 tarihli ve 2013/153 E., 2015/132 K.

sayılı kararı ile; davacı tanık beyanlarından, davalıların babaanneleri olan davacıya müteahhit ile yapılacak resmî işlemlerde kullanacaklarından bahisle imzası gerektiğini söyleyip tapuya götördükleri, satış işlemi yaptıklarını gizledikleri, davacının müteahhit ve apartman yönetimi ile ilgili işlemler sebebiyle imza verdiği zannı ile tapuda satış işlemine imza attığı, 27.08.2003 tarihinde 57.605TL olan 2/4 payın 20.000TL'ye; 26.04.2011 tarihinde değeri 330.979TL olan 2/4 payın ise 47.000TL'ye satıldığının işlem akit tablosunda gösterilmesine rağmen 60.000TL ödendiği savunularak banka kaydına dayanıldığı, ancak davacı tarafça belirtildiği üzere aynı miktar paranın bir gün sonra çekildiği, çekilen para karşılığında davacının mal varlığına ikame değer girmediği, 21 numaralı deponun 16.08.2011 tarihindeki değerinin 224.836TL olmasına rağmen 37.000TL'ye satış gösterildiği ve tüm satış işlemlerinin rayiç değerlerin çok altında olduğu, bir kimsenin satın aldığı taşınmaza kira ödemesinin hayatın olağan akışına uygun olmamasına rağmen davalıların davacıya düzenli kira ödemeye devam ettikleri, bu durumun eylemlerini gizlemeye yönelik davranış olduğu, böylece davacının iradesinin davalılar tarafından sakatlandığı, devir sırasındaki iradesinin satışa yönelik olmadığı, müteahhit ve apartman yönetimi ile ilgili işlemler sebebiyle imza verdiği kanaatine ulaşıldığı gerekçesiyle davanın kabulü ile davalılar adına kayıtlı payların iptaline ve taşınmazın tapu kaydının davacı adına tesciline karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı davalılar vekili tarafından süresi içinde temyiz isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 05.03.2018 tarihli ve 2015/9268 E., 2018/1720 K. sayılı kararı ile;

“...Davacının, 1 numaralı bağımsız bölümün 2/4 payını 27/08/2003 tarihinde eşit paylar ile davalılara satış suretiyle temlik ettiği, kalan payı ise 26/04/2011 tarihinde yine satış suretiyle davalı ...'ye devrettiği, 25/04/2011 tarihinde davalı ... tarafından davacının banka hesabına 60.000,00 TL para yatırıldığı, paranın daha sonra davacı tarafından bankadan çekildiği, 21 numaralı bağımsız bölümün ise 16/08/2011 tarihinde satış suretiyle davalı ...'e devredildiği, yargılama sırasında kentsel dönüşüm projesi kapsamında 26/06/2013 tarihli satış vaadi sözleşmesi ile taşınmazın yıkılarak yerine yeni bina yapıldığı ve davalıların 3 numaralı bağımsız bölümde 1/2'şer oranda paydaş oldukları sabittir.

Hile (aldatma), genel olarak bir kimseyi irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için onda kasten hatalı bir kanı uyandırmak veya esasen var olan hatalı bir kanıyı koruma yahut devamını sağlamak şeklinde tanımlanır. Hata da yanılma, hilede ise yanıltma söz konusudur. 6098 s. Türk Borçlar Kanununun (TBK) 36/1. (818 s. Borçlar Kanunun (BK) 28/1.) maddesinde açıklandığı üzere taraflardan biri diğer tarafın kasıtlı aldatmasıyla sözleşme yapmaya yöneltilmişse yanılma (hata) esaslı olmasa bile aldatılan taraf için sözleşme bağlayıcı sayılamaz. Değinilen koşulların varlığı halinde aldatılan taraf hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makale şamil) olarak ortadan kaldırabilir ve verdiği şeyi geri isteyebilir.

Öte yandan, hile her türlü delille ispat edilebileceği gibi iptal hakkının kullanılması hiç bir şekle bağlı değildir. Aldatmanın öğrenildiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde karşı tarafa yöneltilecek bir irade açıklaması, defi yahut dava yoluyla da

kullanılabilir.

Somut olaya gelince; davacının 27/08/2003, 26/04/2011 ve 16/08/2011 tarihli üç ayrı işlem ile davalılara temlik gerçekleştirdiği, dinlenen davacı tanıklarının davacının iddialarını kanıtlar mahiyette bilgi vermediği görülmektedir.

Davacının üç ayrı işlemle temlik gerçekleştirdiği gözetildiğinde, bunlardan birinde aldatılmış olduğu kabul edilse bile üç işlemin de hileli olduğunu söylemek hayatın olağan akışına aykırıdır.

Toplanan deliller ve tüm dosya içeriğinden temliklerin iradi olduğu ve hile iddiasının kanıtlanamadığı sonucuna varılmaktadır.

Hal böyle olunca; davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanılıklı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere hüküm tesisi isabetsizdir,...” gerekçesiyle karar oy çokluğu ile bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. ... Asliye Hukuk Mahkemesinin 29.01.2019 tarihli ve 2018/502 E., 2019/13 K. sayılı kararı ile; önceki karar gerekçesi tekrar edilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir. Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

11. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olayda, dava konusu taşınmazın davacı tarafından tapuda yapılan üç ayrı işlemle davalı torunlarına temlik edildiği gözetildiğinde, dosya kapsamı ve toplanan delillere göre her üç işlemde de davacının iradesinin hile ile sakatlandığı iddiasının ispat edilip edilmediği, varılacak sonuca göre davanın reddine karar verilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

12. Dava, aldatma (hile) hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkin olup, konu ile ilgili yasal düzenleme ve kavramların kısaca açıklanmasında yarar vardır.

13. Bilindiği üzere, özel hukukta kişilerin irade özgürlüğüne sahip oldukları ve ancak kendi özgür iradeleriyle hak sahibi olup, borç altına girecekleri temel bir ilke olarak benimsemiştir. Bu temel ilkenin doğal sonucu olarak borçlar hukuku alanında sözleşme özgürlüğü ilkesi esastır. Bu ilke sayesinde kişiler özel borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içerisinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme olanağı bulmaktadır. Bu bağlamda kişilerin işlem (sözleşme) iradelerinin sağlıklı olması ve gerçek iradelerini yansıtması büyük bir önem taşımaktadır. Çünkü irade açıklaması, bir hukukî işlemin temel kurucu unsurudur. Bu nedenle hukukî işlemin geçerli ve amacına uygun bir hukukî sonuç doğurabilmesi için o hukukî işlemi yapan kişi veya kişilerin sağlıklı bir şekilde oluşmuş iradelerinin bulunması ve yine bu iradelerinin istenilen hukukî sonuca uygun şekilde açıklanması gerekmektedir. Ancak çeşitli nedenlerle kişinin işlem iradesi oluşum ya da açıklama aşamasında sakatlanabilir. Bu sakatlık, iradenin özgür bir biçimde oluşmadığını veya gerçek iradeye uygun şekilde açıklanmadığını gösterir.

14. Bir sözleşme yapılırken taraflardan birinin işlem iradesinin oluşum veya beyanı aşamasında ortaya çıkan sakatlıklara irade bozukluğu denir (Fikret Eren: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. b., Ankara 2017, s. 392).

15. İrade bozukluğu hâlleri mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda (BK) "Rızadaki fesat" başlığı altında "Hata", "Hile" ve "İkrah" olarak 23 ila 31. maddeler arasında hükme bağlanmış iken, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 30 ila 39. maddeleri arasında bu defa "Yanılma", "Aldatma" ve "Korkutma" başlıkları altında düzenlenmiştir.

16. Türk hukukunda irade bozukluğuna bağlanan yaptırım ise bir kesin hükümsüzlük (butlan) hâli değildir. Mülga BK'nın 23 ve devamı maddelerinde "...ilzam olunamaz." (BK.23), "...o akit ile ilzam olunmaz." (BK.28), "...kendi hakkında lüzum ifade etmez" (BK.29/I), TBK'nda ise "...bağlı olmaz." (TBK.30), "...sözleşmeyle bağlı değildir." (TBK.36 ve 37/1) şeklindeki ibareler kullanılmak suretiyle irade bozukluğuyla yapılan sözleşmelerin, iradesi hata, hile veya ikrahla sakatlanan kimseyi bağlamayacağı öngörülmüş ve bu kişiye belli bir süre içerisinde kullanabileceği iptal hakkı tanımıştır. İrade bozukluğu hâlleri, tüm hukukî işlemler yönünden oldukça önem taşımakta ve koşulları olduğu takdirde yapılan işlemin iptal edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

17. Kanunlarımızda iradeyi bozan sebepler üç durum olarak hüküm altına alınmış olup, yanılma (hata), aldatma (hile) ve korkutma (ikrah) gerçekleşme biçimleri bakımından birbirinden farklıdır. Ayrıca irade bozukluğu sadece sözleşmelere özgü bir sakatlık hâli olmayıp, tek taraflı hukukî işlemler için de geçerlidir.

18. Yanılma (hata); iç irade ile beyan arasında istemeyerek meydana gelen bir uygunsuzluk hâlidir. Diğer bir anlatımla hata, bir hukukî işlem yaparken irade beyanında bulunan kimsenin düşünmediği, arzu etmediği bir husus için istemeyerek iradesini beyan etmesidir. İradesini beyan etmek isteyen kimse, kendi dalgınlığı veya yanlış anlaması sonucunda gerçek iradesini istemediği bir şekilde açığa vurmuş olabileceği gibi; hata, beyanda bulunan kişinin dışında ortaya çıkan bir takım nedenlerden ötürü de olabilir. Böylelikle kişi, gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunarak iradesini sakatlamaktadır. Yanılgıya düşen kişi karşı tarafın bir etkisi veya kusuru olmaksızın iradesine uygun olmayan bildirimde bulunmaktadır.

19. Aldatma da iradeyi sakatlayan sebeplerden biri olarak TBK'nın 36. maddesinde; "Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir.

Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir" şeklinde düzenlenmiştir.

20. Kanunda hilenin tanımına doğrudan yer verilmemiş ise de aldatma (hile); genel olarak, bir kimseyi irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için onda kasten hatalı bir kanı uyandırmak veya esasen var olan hatalı bir kanıyı korumak yahut devamını sağlamak şeklinde tanımlanır.

21. Görüleceği üzere hatada yanılma, hilede ise kasıtlı olarak yanıltma söz konusudur. Hilede irade sakatlığı iradenin beyanında değil, iradenin oluşumunda meydana

gelmektedir. İradenin oluşumundaki sakatlık ise kişinin kendisi dışında başka birinin kasıtlı bir aldatma fiiliyle gerçekleşmektedir. Nitekim, Hukuk Genel Kurulunun 20.10.2010 tarih ve 2010/1-502 E., 2010/536 K.; 08.07.2020 tarih ve 2017/1-1831 E., 2020/549 K. sayılı kararlarında, hilenin; gerçek durumu bilmesi hâlinde bir kimsenin kabul etmeyecek olduğu bir şeyi kabul etmesine diğer bir kimse tarafından yol açılması olduğu vurgulanmıştır.

22. Hilenin varlığının kabulü için bazı şartların gerçekleşmesine ihtiyaç vardır: Birinci şart "aldatma fiili"dir. Aldatan şahıs diğerini yanıltmış (hataya düşürmüş) olmalıdır. Fakat karşı tarafın düştüğü bu yanıltmanın esaslı olması gerekmez (TBK. m.36/1). Çünkü aldatan hiçbir surette korunmaya layık değildir. Aldatan, sözleşmenin yapılması ve özellikle görüşmeler sırasında, belirli konu ve hususlarda doğru olmayan bilgiler vermekte veya bazı hususları dürüstlük kuralına göre açıklaması gerekirken kasten gizlemektedir. İkinci şart; "aldatma kastı"dır. Aldatan, karşı tarafı sözleşme yapmaya ikna etmek için ona bilerek ve isteyerek (kasten) gerçek dışı beyanda bulunmuş olmalıdır. Başka bir deyişle, yalan söyleyende karşı tarafı aldatmak ve onun gerçeği bilmesi hâlinde yapmayacak olduğu bir sözleşmeyi yapmağa sevk etmek niyeti bulunmalıdır. Eğer bir kimse, bilmemesi ağır bir kusur teşkil etmesine rağmen, durumu bilmeden bir beyanda bulunmuş ise aldatma kastı yoktur. Üçüncü şart ise "illiyet bağı"dır. Sözleşme aldatma sonucu, onun etkisi ile yapılmalıdır. Aldatılan yapmış olduğu sözleşmeyi, aldatma olmasıydı ya hiç yapmayacak ya da daha iyi şartlarda yapacak idiyse, illiyet bağı gerçekleşmiş olur. Aldatma fiili, sözleşmenin kurulmasının asli şartı olmalı, aldatma ile sözleşmenin kurulması arasında tabi bir illiyet bağı bulunmalıdır (Fikret Eren: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 414 vd., HGK'nın 20.10.2010 tarih ve 2010/1-502 E., 2010/536 K.; 08.07.2020 tarih ve 2017/1-1831 E., 2020/549 K. sayılı kararları).

23. Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere taraflardan biri diğer tarafı hileyle sözleşme yapmaya yöneltmişse hata esaslı olmasa bile aldatılan taraf için sözleşme bağlayıcı sayılamaz. Değinen koşulların varlığı hâlinde aldatılan taraf, hakkını kullanmak suretiyle hukukî ilişkiyi geçmişe etkili (makale şamil) olarak ortadan kaldırılabilir ve verdiği şeyi geri isteyebilir.

24. Ancak, iradesi sakatlanan tarafın sözleşmeyi iptal hakkını kullanması TBK'nın 39. (BK m. 31.) maddesinde belli bir süreye bağlanmıştır. Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile ilgili olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır (TBK m. 39/1).

25. Buradaki süre Hukuk Genel Kurulunun 01.06.2011 tarih ve 2011/14-281 E., 2011/373 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere hak düşürücü süre niteliğindedir. Hak düşürücü sürenin Kanun'un açık hükmü uyarınca hata ve hilenin öğrenildiği tarihten itibaren başlayacağı kuşkusuzdur. İradesi sakatlanan tarafın hata veya hileyi öğrendiği andan itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmesi veya verdiği şeyi geri istemesi zorunludur.

26. Diğer taraftan, aldatmayı (hileyi) ispat yükü, aldatılan tarafa aittir. Hata, hile ve ikrah iddialarının senede bağlanması mümkün olmadığından senetle ispat edilmesinde

maddi imkânsızlık vardır. Bu nedenle hukukî işlemlerdeki irade bozukluğu iddiaları, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 203/1-ç maddesinde senede karşı senetle ispat zorunluluğunun istisnaları arasında sayılmıştır. Sözleşme resmî senetle yapılmış olsa dahi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) “Resmî belgelerle ispat” kenar başlıklı 7. maddesi “Resmî sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Bunların içeriğinin doğru olmadığını ispatı, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, her hangi bir şekle bağlı değildir” hükmünü taşıdığından, hile olgusunun tanık dâhil her türlü delille ispatı mümkündür.

27. Somut olayda; ... İli, ... İlçesi, ... Mahallesi, 379 ada 27 parselde bulunan 1 numaralı bağımsız bölüm davalıların babaannesi olan davacı adına kayıtlı iken, davacı 27.08.2003 tarihinde taşınmazın 2/4 payını kendi üzerinde tutarak, 2/4 payını eşit paylar ile davalılara satış suretiyle 20.000.000.000TL bedelle temlik etmiş, kalan payı da 26.04.2011 tarihinde yine satış suretiyle 47.000TL bedelle bu defa sadece davalı ...'e devretmiştir. Aynı yerde bulunan ve niteliği özel depo olan 21 numaralı bağımsız bölümü ise 16.08.2011 tarihinde 37.000TL bedelle diğer torunu ...'e satmıştır. Ancak, yargılamanın devamı sırasında kentsel dönüşüm projesi kapsamında tüm kat malikleri ile yüklenici arasında 26.06.2013 tarihli taşınmaz satış vaadi ve inşaat sözleşmesi yapılmış, bu sözleşme kapsamında eski bina yıkılarak yerine yeni bir bina inşa edilmiş ve yeni binanın 3 numaralı bağımsız bölümü 1/2'şer paylarla davalılar adına tescil edilmiştir.

28. Yukarıdaki genel açıklamalar kapsamında somut olay ele alındığında; davacı taraf tapuda 27.08.2003, 26.04.2011 ve 16.08.2011 tarihlerinde üç ayrı resmî işlemle gerçekleştirilen tüm bu temliklerin aldatma (hile) ile sakat olduğunu ileri sürerek, davalılar adına yapılan tescillerin iptalini talep etmiş ise de dava dilekçesinde 27.08.2003 tarihinde yapılan ilk satış işlemi bakımından davacının iradesinin ne şekilde hile ile fesada uğratıldığı konusunda herhangi bir vakıa ileri sürülmemiştir. Davacının yaşının verdiği acziyet nedeniyle yaptığı işlemleri anlayamadığı ileri sürülmüş ise de davacı bu satış işleminin yapıldığı tarihte 69 yaşında olup, işlem yapmak üzere tapu müdürlüğüne gittiğini anlayacak durumda olmadığı yönünde bir iddia bulunmamaktadır. Kaldı ki, satışa ilişkin resmî senedin düzenlendiği tarihte yürürlükte bulunan mülga Tapu Sicili Tüzüğü'nün 16. maddesine göre akdi gerektiren işlemlerde resmî senet düzenlenir. Düzenlenen resmî senet memur tarafından müdür ve tarafların huzurunda okunur. Taraflar isterlerse resmî senedi kendileri de alıp okuyabilirler. Resmî senede tarafların fotoğrafları yapıştırılır. Taraflar resmî senetteki imza yerine “okudum” ibaresini yazdıktan sonra, hem imza yerlerini ve hem de karşılıklı birbirlerinin fotoğrafı üzerini imzalarlar. Davacı da kendi huzurunda okunan resmî senedi “okudum” ibaresini yazmak suretiyle ilgili yerlerini imzalamıştır. Resmî senette yapılan işlemin satış olduğu da açıkça yazmaktadır. Yine, Tüzüğü'nün 101. maddesine göre tapu dairesinde akitli veya akitsiz işlemlerle ilgili olarak düzenlenen tapu senedi veya ipotek belgelerinin birer örneği, müdür tarafından hak sahiplerine verilir. Bu nedenle resmî senet içeriği kendi huzurunda okunmuş olan davacının, 2011 yılında yaptığı satış işlemlerinden sonra 2003 yılında yaptığı ilk temlik bakımından da iradesinin hile ile sakatlandığını ileri sürmesi, dava dilekçesinde o tarihteki herhangi bir vakıaya da dayanılmamış olması karşında inandırıcı bulunmamış ve iddianın ispat edilemediği

sonucuna varılmıştır.

29. Davacının 2011 yılı içerisinde yaptığı satış işlemlerinin ise hilenin etkisi ile gerçekleştiğini kabul etmek için dinlenen davacı tanık beyanları yeterli değildir. Keza, resmî memur önünde yukarıda niteliği açıklanan şekilde yapılan işlemler bulunmakta olup, sadece davacının yaşı gereği kandırılmaya müsait olduğu olgu... dayanılmıştır. Ancak hem davacı hem de davalı tanık beyanlarından davacı babaannenin yaptığı işlemlerin mahiyetini anlayabilecek durumda olduğu, davalı torunlarını çok sevdiği ve onlara düşkün olduğu, özellikle başka iki dairesini satarak sermaye yapıp iş kurması için parasını oğluna veren ancak kurduğu işi yürütemeyen oğlu nedeniyle torunlarına bir mal kalmayacağını düşünen davacının temlikleri iradi olarak gerçekleştirdiği anlaşılmaktadır. Kaldı ki, 26.04.2011 tarihinde davalılardan ...'e yapılan pay satışından önce davacının banka hesabına 25.04.2011 tarihinde “ev yarı hisse bedeli” açıklaması ile adı geçen davalı tarafından 60.000TL para yatırılmıştır. Düzenlenen bilirkişi raporuna göre tapuda gösterilen satış bedelleri ile davalı tarafından yatırılan 60.000TL bedel taşınmazın gerçek değerinin altında ise de sırf bedelin düşük olması hilenin kanıtı olarak kabul edilemeyeceği gibi tarafların babaanne-torun oldukları gözetildiğinde temlikte düşük bedel gösterilmesi de hayatın olağan akışına uygundur. Aksine, tapuda uzun süreye yayılan üç ayrı işlemle yapılan devirlerin her üçünün de hilenin etkisiyle gerçekleştirildiğini kabul etmek hayatın olağan akışına aykırı olacaktır. Ayrıca kentsel dönüşüm nedeniyle taşınmazın yıkılıp yerine yenisinin yapılmasına ilişkin girişimlerin de davalılara yapılan temliklerden sonra ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Tüm bu nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından somut olayda hile iddiasının ispat edilemediği sonucuna varılmıştır.

30. Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında, dosya kapsamı ve toplanan delillere göre somut olayda her üç temlikin de bedelsiz ve hileli yapıldığının ispat edildiği, temliklerin iradi olması durumunda davacının bunu tek seferde yapma imkânı varken üç ayrı işlemin yapılmış olmasının dahi hilenin bir göstergesi olduğu, davalıların satın aldıkları taşınmaz için her ay kira ödemeye devam etmelerinin de hileli eylemlerini gizlemeye yönelik olduğu, bu nedenle yerel mahkemece aynı gerekçelere değinilerek verilen direnme kararının onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

31. Hâl böyle olunca, yerel mahkemece Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

32. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

IV. SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle;

Davalılar vekilinin temyiz itirazının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında açıklanan nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen “Geçici Madde 3” atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA,

İstek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine,

Aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca kararın tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 02.11.2022 tarihinde yapılan ikinci görüşmede oy çokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Davacı ... 22.07.2013 tarihli dilekçesiyle torunları davalılar ... ve ...'in kendisini aldatarak sahip olduğu tek taşınmazın üç ayrı hileli işlemle elinden aldıkları iddiasıyla tapu iptal ve tescil talebinden bulunmuştur.

Davalılar eldeki davanın davacının oğlu kendilerinin babası ...'ın baskısıyla açıldığını davacı ile aralarında yaptıkları şifahi sözleşme ile ömür boyu maaş ödenmesi kaydıyla dava konusu taşınmazı devraldıklarını, 2003 tarihinden itibaren ödemelerine devam ettiklerini 2011 yılında 60.000,00TL ödeme yaptıklarını satıştan sonra da babaanne bakımsız kalmasın diye her ay 950,00TL para gönderdiklerini belirterek, taşınmazın babaannenin kendi arzusuyla satıldığı veya hibe edildiğini savunmuşlardır.

Mahkemece davacının resmî işlemlerde imzasının gerektiği telkiniyle tapuya götürüldüğü müteahhit ve apartman yönetimine imza verdiği zannıyla tapu da imza attığı bedeller arasında fahiş fark olduğu davalıların satın alma savunmasına rağmen kira ödemesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu ve davacı iradesinin sakatlandığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, hükmün davalılar tarafından temyizi üzerine Dairece "... Davacı 27.08.2003, 26.04.2011 ve 16.08.2011 tarihinde üç ayrı işlemle davalılara temlikini gerçekleştirdiği, davacı tanıklarının davacının iddialarını kanıtlar mahiyette bilgi vermediği görülmektedir. Davacının üç ayrı işlemle temlik gerçekleştirdiği gözetildiğinde, bunlardan birinde aldatılmış olduğu kabul edilse bile üç işlemin de hileli olduğunu söylemek hayatın olağan akışına aykırıdır. Temliklerin iradi olduğu ve hile iddiasının kanıtlanamadığı" gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiş, Mahkemece önceki gerekçelerle direnme kararı verilmiştir.

Somut olayda; davacı 05/06/1934 doğumlu olup, davalılar 06/05/1978 doğumlu ..., 05/02/1982 doğumlu ...'in babaanesidir. Davacının oğlu ile davalılar annesi 24.10.2000'de boşanmışlar, davacının oğlu 10.02.2001 tarihinde yeniden evlenip ...a yerleşmiş, davalılar ve annesi ise ...'da davacıya ait dava konusu evde oturmaya devam etmişlerdir. Davacı davalılar ve annelerinin taşınmazda kira karşılığı oturmalarına rıza göstermiş buradan aldığı kira bedeli ile tek başına ...'te oturduğu dairenin kirasını karşılamıştır. Davalıların annesi apartman yöneticisidir. Davacı 27/08/2003 tarihinde kendisi 69 torunları 21 ve 25 yaşındayken ... Mahallesindeki 1 nolu dairenin yarı payını eşit olarak davalılara satış suretiyle yine 26/04/2011 tarihinde davacı 77 yaşındayken bağımsız bölümde kalan ½ payını ...'ye satış suretiyle 16/08/2011 tarihinde de dairenin eklentisi olan özel depoyu ...'e satış suretiyle temlik etmiştir. Dava konusu taşınmaz 2013 yılında kentsel dönüşüm nedeniyle yıkılıp yeni bina yapılmış 3 nolu bağımsız bölümde davalılar ½'ser pay sahibi olmuşlardır. Davalıların ilk temlikin yapıldığı 2003 tarihinden itibaren kira açıklamasıyla davacıya her ay ödemede bulundukları sabittir. Yine 22/04/2011 tarihinde davacı hesabına davalıların annesi tarafından evin yarı hissesi bedeli açıklamasıyla 60.000,00TL yatırılmış,

bu ödeme dahi hileli işlemin kılıfı olarak düzenlenmiştir.

Hile (aldatma) genel olarak bir kimseyi irade beyanında bulunmaya özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için onda kasten hatalı bir kanı uyandırmak veya esasen var olan hatalı bir kanıyı korumak yahut devamını sağlamak şeklinde tanımlanır. Tüm dosya kapsamından yapılan üç temlikin de bedelsiz ve hileli olduğu sonucuna varılmıştır. Şöyle ki davacı tanığı ...'ya davalı vekilinin talebi üzerine sorulmuş tanık "torunlarını çok sevdiği için tapuda satış gibi gösterip evleri hibe etmiş ise ben bilemem" şeklinde beyanda bulunmuştur. Davalılar cevap dilekçelerinde dahi satış yanında hibe savunmasında bulunmuşlardır. Davacının temlik iradi olsaydı yani torunlarına satış veya hibe gibi işlem yapmak isteseydi tüm işlemlerini tek seferde yapabilirdi, üç ayrı işlemin yapılmış olması dahi hilenin göstergesidir. Davalılar davacı ile hep yalnız görüşmüşler, akrabalarını uzak tutmuşlardır. Davacı ve davalılar arasında babaanne torun ilişkisi vardır. Davalılar bu güveni kötüye kullanıp davacıyı yanıltmışlar, eylemleriyle özellikle satın aldıkları taşınmaza kira adı altında her ay para ödeyerek bu yanlışlığın düzeltilmesine engel olmuşlar, yani pekişmesine yol açmışlardır. Satın aldıkları taşınmaz için her ay kira ödemesinde bulunmak hileli eylemlerinin gizli kalmasının amaçlandığına da bir karinedir. Asıl olan yaşlı ve yalnız yaşayan davacının sahip olduğu tek taşınmazını hiç bir ihtiyacı yokken üstelik üç ayrı işlemle torunlarını satışının hayatın olağan akışına aykırı olmasıdır. Davalılar savunmalarında babalarının davacıya ait iki daireyi sattırdığını dava konusu taşınmazın bu nedenle babaanneleri tarafından kendilerine satıldığını belirtmişlerse de satılan dairelerin parasının davalıların anne ve babaları tarafından birlikte işyeri açmak için kullanıldığı anlaşılmaktadır. Sonuç olarak her üç temlikin de iradi olmadığı öncelikle apartman yönetimi için sonrasında müteahhitlik işlemleri için kullanılacağı telkiniyle imzası alınmak üzere davacının tapuya götürülerek hileye uğratıldığı bu iddianın da davacı tanıklarının beyanlarıyla kanıtlandığı sabit olmakla Mahkemece verilen direnme kararı onanmalıdır. Sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.

10. İCRA DAİRESİNDE İLERİ SÜRÜLMİYEN SEBEPLER YARGILAMADA DİNLENEMEZ (03.05.2023)

YARGITAY

12. HUKUK DAİRESİ

Esas Numarası: 2022/6469

Karar Numarası: 2022/9954

Karar Tarihi: 06.10.2022

DÖVİZE ENDEKSLİ KİRA BEDELİNİN TAHSİLİNE İLİŞKİN AÇILMIŞ İCRA TAKİBİNDE İTİRAZIN KALDIRILMASI İSTEMİ İLE TEMERRÜT NEDENİYLE TAHLİYE İSTEMİ

BELİRLİ SÜRELİ DÖVİZE ENDEKSLİ KİRA SÖZLEŞMESİNDE, SÖZLEŞME SÜRESİNİN TARAFLARCA UZATILMASI ÜZERİNE KİRAYA VEREN ALACAKLININ EKSİK KİRA BEDELİNİN ÖDENMESİ İSTEMİ
EKSİK KİRA BEDELİNİN TAHSİLİ İSTEMİ TAKİBE KONU DÖVİZE ENDEKSLİ KİRA BEDELİ KONUSUNDA İNCELEME YAPILMASININ GEREKMEŞİ

ÖZETİ: Taraflar arasında 30/12/2010-30/12/2020 tarihleri arası belirli süreli kira sözleşmesi imzalandığı, sözleşme bedelinin her yıl 50.000 Euro olarak ödenmesi kararlaştırıldığı, sözleşme süresinin taraflarca uzatılması üzerine kiraya veren alacaklının 31/12/2020-30/12/2021 tarihli kira döneminden eksik kalan 15.687,12 Euro kira alacağının ödenmesini talep ettiği taraflar arasında kira bedelinin ödenmesi konusunda mutabakata varılmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece icra dairesinde ileri sürülmeyen sebeplerin yargılamada dinlenemeyeceğinden takibe konu dövize endeksli kira bedeli konusunda inceleme yapılamayacağı gerekçesi hatalıdır.

“İçtihat Metni”

MAHKEMESİ : ... Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi

Yukarıda tarih ve numarası yazılı Bölge Adliye Mahkemesince verilen kararın müddeti içinde temyizden tetkiki davalı/borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

1-HUMK’nun 438. ve İİK’nun 366. madde hükümleri gereğince inceleme konusu işin niteliği bakımından temyiz tetkikatının duruşmalı olarak yapılması mümkün olmadığından, borçlunun duruşma talebinin REDDİNE,

2-Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Kiraya veren alacaklı tarafından kiracı borçlu hakkında başlatılan adi kira ve hasılat kiralara ilişkin icra takibinde, alacaklının icra mahkemesine başvurusunda; örnek 13 numaralı ödeme emrinin tebliği üzerine borçlunun yasal süresi içerisinde icra müdürlüğüne yaptığı itirazın kaldırılması ile temerrüt nedeniyle kiralananın tahliyesinin talep edildiği, ilk derece mahkemesince, İİK’ın 63. maddesi uyarınca kira bedelinin kesinleştiği, kira bedelinin yabancı para alacağı üzerinden talep edilemeyeceği savunmasının dinlenemeyeceği, ödeme iddiasının da ispat edilemediğinden davanın kabulü ile itirazın kaldırılmasına ve kiracının taşınmazdan tahliyesine karar verildiği, karara karşı borçlu tarafından istinaf yoluna başvurulması üzerine Bölge Adliye Mahkemesince istinaf başvurusunun HMK’nın 353/1-b-1. maddesi uyarınca esastan reddine karar verildiği görülmüştür.

İcra ve İflas Kanunu’nun 269/2. maddesi hükmü gereğince ödeme emrinin tebliği üzerine borçlu yedi gün içinde itiraz sebeplerini aynı yasanın 62. maddesi hükümleri dâhilinde icra dairesine bildirmeye mecburdur. Borçlu itirazında kira akdini ve varsa buna ait mukavelenamedeki imzasını açık ve kesin olarak reddetmez ise, akdi kabul etmiş sayılır. Borçlunun kira ilişkisine açıkça karşı çıkmaması karşısında İİK’nin 269/2. maddesi gereğince kira ilişkisinin kesinleştiğinin kabulü gerekir. Kira akdini, kira bedelini ve ödeme zamanı ile şeklini kanıtlama yükümlülüğü davacı alacaklıya, kira paralarının ödendiğini ispat külfeti de davalı borçluya aittir.

Öte yandan 12.09.2018 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararı, 06.10.2018 tarihli Resmi Gazete’de Yayınlanan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, 16.11.2018 tarihli

Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, Hazine ve Maliye Bakanlığı’nın 13.10.2020 tarihli Duyurusu ve meri yasal mevzuat karşısında döviz cinsinden sözleşme bedelinin ne şekilde belirleneceği açıklanmıştır.

Sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri, döviz cinsinden ve dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkün olmayan sözleşmelerin 32 Sayılı Karara İlişkin 2008-32/34 Sayılı Tebliğin 27. Maddesinde; ”Bu madde uyarınca sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkün olmayan sözleşmelerde yer alan bedellerin 32 sayılı Kararın Geçici 8 inci maddesi kapsamında Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenmesi zorunludur. ”hükmüne yer verilmiştir.Devamında aynı kanunun 28.maddesinde; “Bu madde uyarınca sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkün olmayan sözleşmelerde yer alan bedeller 32 sayılı Kararın Geçici 8 inci maddesi kapsamında Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenirken mutabakata varılamazsa; akdedilen sözleşmelerde döviz veya dövize endeksli olarak belirlenen bedeller, söz konusu bedellerin 2/1/2018 tarihinde belirlenen gösterge niteliğindeki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası efektif satış kuru kullanılarak hesaplanan Türk parası cinsinden karşılığının 2/1/2018 tarihinden bedellerin yeniden belirlendiği tarihe kadar Türkiye İstatistik Kurumunun her ay için belirlediği tüketici fiyat endeksi (TÜFE) aylık değişim oranları esas alınarak artırılması suretiyle belirlenir.

32 sayılı Kararın Geçici 8 inci maddesinin yürürlüğe girdiği tarihten önce akdedilen konut ve çatılı iş yeri kira sözleşmelerinde döviz veya dövize endeksli olarak belirlenen bedeller bu fıkranın ilk paragrafına göre iki yıllık süre için Türk parası olarak belirlenir. Ancak, Türk parası olarak belirlemenin yapıldığı kira yılının sonundan itibaren bir yıl geçerli olmak üzere; anılan paragraf uyarınca Türk parası olarak belirlenen kira bedeli, taraflarca belirlenirken mutabakata varılamazsa, belirleme tarihinden belirlemenin yapıldığı kira yılının sonuna kadar Türkiye İstatistik Kurumunun her ay için belirlediği tüketici fiyat endeksi (TÜFE) aylık değişim oranları esas alınarak artırılması yoluyla belirlenir. Bir sonraki kira yılı Türk parası cinsinden kira bedeli ise, taraflarca belirlenirken mutabakata varılamazsa, önceki kira yılında geçerli olan kira bedelinin Türkiye İstatistik Kurumunun belirlediği tüketici fiyat endeksi (TÜFE) aylık değişim oranları esas alınarak artırılması yoluyla belirlenir ve belirlenen Türk parası cinsinden kira bedeli bu fıkarda belirtilen iki yıllık sürenin sonuna kadar geçerli olur.

Bu madde uyarınca sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkün olmayan sözleşmelerde tahsili yapılmış veya gecikmiş alacaklar ile gayrimenkul kira sözleşmeleri kapsamında verilen depozitolar ve sözleşmelerin ifası kapsamında dolaşıma girmiş kıymetli evraklar için bu fıkra hükmü uygulanmaz.” hükmü düzenlenmiştir.

Bu maddeler uyarınca işbu kararın yürürlük tarihinden önce taraflar arasında akdedilen sözleşmelerdeki döviz cinsinden kararlaştırılmış bulunan bedeller belirtilen istisnalar dışında taraflarca yeniden belirleneceği, yeniden belirleme konusunda taraflar

arasında mutabakata varılmazsa yukarıda yer alan düzenlemeye göre kira bedelinin tespit edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Yine TBK'nın 26'ncı maddesinde; "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler." hükmüne yer verilmekle aynı kanunun 27/1. maddesinde ise; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Türk parasının kıymetinin korunması amacıyla yürürlüğe konulan mevzuatta 2018 yılında yapılan değişiklik ile döviz cinsinden ve dövize endeksli olarak sözleşme yapma özgürlüğüne sınırlama getirilmekle ekonomik kamu düzeninin korunması amaçlanmış olup bu durumun mahkemelerce resen dikkate alınması gerekmektedir.

Yukarıda bahsedilen yasal düzenlemeler bütün olarak değerlendirildiğinde somut olayda, taraflar arasında 30/12/2010-30/12/2020 tarihleri arası belirli süreli kira sözleşmesi imzalandığı, sözleşme bedelinin her yıl 50.000 Euro olarak ödenmesi kararlaştırıldığı, sözleşme süresinin taraflarca uzatılması üzerine kiraya veren alacaklının 31/12/2020-30/12/2021 tarihli kira döneminden eksik kalan 15.687,12 Euro kira alacağının ödenmesini talep ettiği taraflar arasında kira bedelinin ödenmesi konusunda mutabakata varılmadığı anlaşılmaktadır.

O halde mahkemece İİK'nun 63. maddesi uyarınca icra dairesinde ileri sürülmeyen sebeplerin yargılamada dinlenemeyeceğinden takibe konu dövize endeksli kira bedeli konusunda inceleme yapılamayacağı gerekçesi hatalıdır. Kamu düzeni ile ilgili bu değişikliğin değerlendirilmesi ile oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup Bölge Adliye Mahkemesi kararının kaldırılarak İlk Derece Mahkemesi kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ :

Borçlunun temyiz isteminin kısmen kabulü ile yukarıda yazılı nedenlerle 5311 sayılı Kanun ile değişik İİK'nun 364/2. maddesinin göndermesiyle uygulanması gereken 6100 sayılı HMK'nun 373/1. maddesi uyarınca, ... Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesinin 13.04.2022 tarih ve 2022/830 E. 2022/1089 K. sayılı kararının (KALDIRILMASINA), ... İcra Hukuk Mahkemesinin 22.02.2022 tarih ve 2021/167E.-2022/77 K. sayılı kararının (BOZULMASINA), peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine, dosyanın İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin de Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, 06/10/2022 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

10. ANAYASA MAHKEMESİ HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI (HAGB) KURUMUNU DÜZENLEYEN KURALIN İPTALİNE KARAR VERDİ.

Anayasa Mahkemesi, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB) kurumunu düzenleyen kuralın iptali"ne karar verdi.

** Mezkûr Karar'a aşağıda yer verilmiştir;*

ANAYASA MAHKEMESİ

Esas Numarası: 2022/120

Karar Numarası: 2023/107

Karar Tarihi: 01.06.2023

Resmî Gazete Sayısı: 32266

Resmî Gazete Tarihi: 01.08.2023

5271 SAYILI CEZA MUHALEMESİ KANUNUNUN 231. MADDESİNİN (5) NUMARALI FIKRASININ BİRİNCİ CÜMLESİNİN İPTALİ

5271 SAYILI CEZA MUHALEMESİ KANUNUNUN 231. MADDESİNİN (5) NUMARALI FIKRASININ İKİNCİ VE ÜÇÜNCÜ CÜMLELERİ İLE (6), (7), (8), (9), (10), (11) VE (13) NUMARALI FIKRALARININ İPTALİ

5271 SAYILI CEZA MUHALEMESİ KANUNUNUN 231. MADDESİNİN (12) NUMARALI FIKRASININ İPTALİ

5271 SAYILI CEZA MUHALEMESİ KANUNUNUN 231. MADDESİNİN (14) NUMARALI FIKRASININ İPTALİ

5271k/231

5560kd/23

7445kd/21

5728kd/562

ÖZETİ: 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine;

A. 6/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle eklenen;

1. (5) numaralı fıkranın birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Muammer TOPAL, Recai AKYEL, Selahaddin MENTEŞ, İrfan FİDAN ile Muhterem İNCE'ninkarşıoqları ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükmünün Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

2. (5) numaralı fıkranın ikinci ve üçüncü cümleleri ile (6), (7), (8), (9), (10), (11) ve (13) numaralı fıkraların 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALLERİNE, iptal hükümlerinin Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

B. 28/3/2023 tarihli ve 7445 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle değiştirilen (12) numaralı fıkranın 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE, iptal hükmünün Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

C. 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 562. maddesiyle değiştirilen (14) numaralı fıkranın 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince

İPTALİNE, iptal hükmünün Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ Hakkında.

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun;

A. 231. maddesine 6/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle eklenen (5), (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12) ve (13) numaralı fıkraların,

B. 231. maddesinin 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 562. maddesiyle değiştirilen (14) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın 17. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebidir.

OLAY: Sanıklar hakkında kasten yaralama ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarından açılan ceza davasında itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un itiraz konusu kuralların da yer aldığı 231. maddesi şöyledir:

“Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması

Madde 231 – (1) Duruşma sonunda, 232 nci maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır.

(2) Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir.

(3) Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hâl varsa bu da bildirilir.

(4) Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir.

(5) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir. (Ek cümle: 22/7/2010 - 6008/7 md.) Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.

(7) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. (Ek cümle: 18/6/2014-6545/72 md.) Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) (Değişik: 23/1/2008 – 5728/562 md.) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin YILDIRIM, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ,

Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, Basri BAĞCI, İrfan FİDAN ve Kenan YAŞAR'ın katılımlarıyla 13/10/2022 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle başvuruya engel bir durumun varlığı ve başvurunun konusuz kalması sorunları görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın "Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi" başlıklı 152. maddesinin dördüncü fıkrasında "Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz." denilmiştir.

3. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da "Mahkemenin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılamaz." hükmüne yer verilmiştir.

4. 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (6) numaralı fıkrasına 22/7/2010 tarihli 6008 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle eklenen ikinci cümleye yönelik iptal talebi, Anayasa Mahkemesinin 16/2/2012 tarihli ve E.2011/41, K.2012/25 sayılı kararıyla esastan reddedilmiş ve bu karar 13/10/2012 tarihli ve 28440 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek reddedilen itiraz başvurusuna konu kural hakkında yeni bir başvurunun yapılabilmesi için önceki kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 13/10/2012 tarihinden başlayarak geçmesi gereken on yıllık süre henüz dolmamıştır.

5. Ayrıca anılan Kanun'un 231. maddesinin (8) numaralı fıkrasına 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 72. maddesiyle eklenen ikinci cümleye yönelik iptal talebi de Anayasa Mahkemesinin 17/6/2015 tarihli ve E.2015/23, K.2015/56 sayılı kararıyla esastan reddedilmiş ve bu karar 26/6/2015 tarihli ve 29398 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek reddedilen itiraz başvurusuna konu kural hakkında yeni bir başvurunun yapılabilmesi için önceki kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 26/6/2015 tarihinden başlayarak geçmesi gereken on yıllık süre henüz dolmamıştır.

6. Öte yandan Anayasa Mahkemesinin 20/7/2022 tarihli ve E.2021/121, K.2022/88 kararıyla Kanun'un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasının iptaline ve kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Anılan karar 23/9/2022 tarihli ve 31962 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bu itibarla kuralın iptaline yönelik itiraz başvurusunun konusunun kalmadığı anlaşılmıştır. Dolayısıyla konusu kalmayan başvuru hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

7. Açıklanan nedenlerle 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun;

A. 231. maddesine 6/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle eklenen;

1. a. (6) numaralı fıkra 22/7/2010 tarihli ve 6008 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle eklenen ikinci cümleye,

b. (8) numaralı fıkra 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 72. maddesiyle

eklenen ikinci cümleye,

yönelik itiraz başvurusunun Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince REDDİNE,

2. (12) numaralı fıkra hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

3. a. (5) numaralı fıkranın,

b. (6) numaralı fıkranın birinci cümlesinin,

c. (7) numaralı fıkranın,

ç. (8) numaralı fıkranın birinci, üçüncü ve dördüncü cümlelerinin,

d. (9), (10), (11) ve (13) numaralı fıkraların,

esasının incelenmesine,

B. 231. maddesinin 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 562. maddesiyle değiştirilen (14) numaralı fıkrasının esasının incelenmesine,

OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

III. ESASIN İNCELENMESİ

8. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Ahmet Hakan SOYTÜRK tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükümleri, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Anlam ve Kapsam

9. 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinde hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) düzenlenmiştir. HAGB, ceza yargılaması sonucunda verilecek mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının belirli şartlara bağlı olarak ertelenmesini ifade etmektedir.

10. Anılan maddenin itiraz konusu (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesi uyarınca HAGB'ye karar verilebilmesi için öncelikle; kovuşturmayla ilişkin yargılama usulünün uygulanarak iddia, savunma ve delillerin değerlendirilmesinden sonra isnat edilen eylemin sanık tarafından gerçekleştirildiğinin, eylemin suç teşkil ettiğinin ve bu suça göre hükmedilecek cezanın da iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olduğunun saptanarak yargılamanın bitirilmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle yalnızca sanığın suçu işlediğinin sabit görülmesi hâlinde HAGB kurumunun uygulanma imkânı bulunmaktadır.

11. Maddenin (6) numaralı fıkrasının itiraz konusu birinci cümlesinde HAGB'ye karar verilebilmesi için sanığın daha önce kasıtlı suçtan mahkûm olmamış bulunması ve suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi şeklinde objektif şartlar ile sanığın kişilik özellikleri ve duruşmadaki tutum ve davranışları gözönünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması şeklinde subjektif bir şart öngörülmüştür.

12. Söz konusu fıkranın ikinci cümlesi uyarınca sanığın, hakkında HAGB uygulanmasını kabul etmesi gerekmektedir. Ancak sanığın, hakkında HAGB uygulanmasını kabul edip etmediği ise hüküm aşamasına geçilmeden, henüz yargılama aşamasındayken ve ileride sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilme ihtimaline dayalı olarak sorulmaktadır.

13. İtiraz konusu (9) numaralı fıkraya göre mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşulu derhal yerine getirilemediği takdirde zararın denetim süresince aylık taksitler hâlinde ödenmesi suretiyle tamamen giderilmesi şartıyla da HAGB'ye karar verilebilecektir.

14. İtiraz konusu (5) numaralı fıkranın ikinci cümlesi uyarınca uzlaştırmaya ilişkin hükümlerin saklı tutulması suretiyle HAGB öncesinde uzlaştırma kurumunun uygulanması öngörülmüştür. İtiraz konusu (7) numaralı fıkraya göre ise HAGB'ye karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemeyecek ve kısa süreli olması hâlinde seçenek yaptırımlara çevrilemeyecektir.

15. (8) numaralı fıkranın itiraz konusu birinci cümlesinde HAGB'den sonra sanığın beş yıl süreyle denetim süresine tabi tutulması hükme bağlanmıştır. Anılan fıkranın ikinci cümlesi uyarınca denetim süresi içinde kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha HAGB kararı verilemez. Fıkranın itiraz konusu üçüncü cümlesine göre denetim süresi içinde bir yıldan fazla olmamak üzere yargılamayı yapan mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak; bir meslek veya sanat sahibi olmaması hâlinde meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine, bir meslek veya sanat sahibi olması hâlinde bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine karar verilebilir. İtiraz konusu dördüncü cümlede ise denetim süresi içinde dava zamanışımının duracağı hükme bağlanmıştır.

16. İtiraz konusu (10) numaralı fıkraya göre denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirlerine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilir.

17. İtiraz konusu (11) numaralı fıkra uyarınca sanığın denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya yükümlülüklerle aykırı davranması hâlinde ise mahkemece açıklanması geri bırakılan hüküm açıklanır. Kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanık hakkında cezanın yarısına kadar belirlenecek bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı hâlinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar verilebilir.

18. İtiraz konusu (13) numaralı fıkra da HAGB kararının bunlara mahsus bir sisteme kaydedileceği, bu kayıtların, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi hâlinde anılan maddenin belirtilen amaç için kullanılabileceği öngörülmüştür.

19. İtiraz konusu (14) numaralı fıkra da Anayasa'nın 174. maddesinde koruma altına alınan inkılap kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak HAGB'ye karar verilemeyeceği belirtilmiştir.

20. İtiraz konusu (5) numaralı fıkranın üçüncü cümlesine göre HAGB, kurulan hükmün -kurumun uygulanmasının kendiliğinden doğurduğu hukuki sonuçları dışında- sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder.

B. İtirazın Gerekçesi

21. Başvuru kararında özetle; HAGB kararı verilmesinin mağdurlar açısından yeterli giderim sağlamadığı, faillerin cezadan muaf tutulmasına yol açtığı ve devletin kişilerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme şeklindeki yükümlülüğünü yerine getiremediği belirtilerek kuralların Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

1. Kanun'un 231. Maddesinin (5) Numaralı Fıkranın Birinci Cümlesinin İncelenmesi

22. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

23. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

24. Hukuk devletinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar Anayasa'ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimlerini gözönüne alan suç ve ceza politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu izlediği suç ve ceza politikası gereği cezalandırma yetkisini kullanırken ceza hukukuna ilişkin anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı konularında takdir yetkisine sahiptir. Aynı şekilde ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihi bulunulması, HAGB gibi ceza politikası araçlarına yer verilip verilmeyeceği, verilecek ise bu kurumun nasıl uygulanacağı konularında da kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliğinin incelenmesi, anayasal denetimin kapsamı dışında kalmaktadır.

25. İtiraz konusu kural iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ile cezalandırılan sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılabileceğini öngörmektedir.

26. Anayasa Mahkemesinin önceki bir kararında belirttiği üzere HAGB kurumu Avrupa ülkelerinin bir kısmının ceza mevzuatında da yer almaktadır. Özellikle 1950'li yıllardan sonra Kıta Avrupası ceza hukukuna girmiş olan bu kurum, ilk olarak Anglo-Sakson hukukunda ortaya çıkmıştır. Bu kurum, ceza yargılaması sonunda sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün belirli şartlar altında hukuki sonuç doğurmaması esasına dayanır. Hâkim, sanığın mahkûmiyetine karar vermekle birlikte mahkûmiyet hükmünün açıklanmasını belirli bir süreyle ertelemekte ve sanığı bu süre içinde denetim altında tutmaktadır. Tâbi tutulduğu denetim süresi içinde yeni bir suç işlemeyen ve yükümlülüklerle uygun davranan sanık hakkındaki mahkûmiyet kararı ortadan kaldırılmaktadır. Böylece deneme süresini başarıyla geçirmiş olan sanık, hükümlü olma süreci dışına çıkarılmaktadır. Sanıkların toplumda suçlu olarak damgalanmaması ve topluma normal bireyler olarak tekrar kazandırılması kurumun temel amaçlarındandır (bazı farklılıklarla birlikte bkz.

AYM, E.2012/80, K.2013/16, 17/01/2013).

27. Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kural da dâhil olmak üzere 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin birçok hükmünü anayasallık denetimine tâbi tutmuştur. Anılan kararlarda Anayasa Mahkemesinin HAGB kurumunun yalnızca sanığın menfaat ve çıkarları düşünülerek getirilmiş olmadığına, önemli ölçüde toplum menfaati ve kamu düzeninin korunmasının da amaçlandığına vurgu yaptığı anlaşılmaktadır. Nitekim mukayeseli hukukta da suç ve suçlulukla mücadele, suç işlenmesinin önlenmesi ve caydırıcılık açısından bu ve buna benzer kurumlara geniş biçimde yer verilmektedir (AYM, E.2007/14, K.2009/48 12/3/2009; E.2007/42, K.2009/50, 12/03/2009; E.2008/45, K.2009/53, 12/3/2009; E.2008/106, K.2009/54, 12/3/2009; E.2009/17, K.2009/47, 12/03/2009; E.2009/22, K.2009/55, 7/5/2009; E.2011/41, K.2012/25, 16/2/2012; E.2012/9, K.2012/103, 05/07/2012; E.2015/23, K.2015/56, 17/06/2015; E.2020/22, K.2020/34, 25/06/2020).

28. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin çeşitli bireysel başvuru kararlarında HAGB kurumunun cezasızlıkla bağlantılı olarak yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağıyla ilgili sorunlara neden olduğunu, bunların yanı sıra başta ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğe müdahale teşkil ettiğini, kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermediğini ve hak ihlallerine neden olduğunu tespit ettiği, anılan kurumun Anayasa'ya aykırı yönlerine birçok defa dikkat çektiği görülmektedir (Atilla Yazar ve diğerleri [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022, § 97; Seyfullah Turan ve diğerleri, B. No: 2014/1982, 9/11/2017, §§ 194-197; Necla Kara ve diğerleri, B. No: 2018/5075, 15/3/2022, §§ 103-110 Zübeyde Fusun Üstel ve diğerleri [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019; Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015; Osman Erbil, B. No: 2013/2394, 25/3/2015; Memduh Yılmaz ve Naciye Yılmaz, B. No: 2018/36717, 7/10/2021).

29. Nitekim Anayasa Mahkemesi Kanun'un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasında yer alan ve HAGB kararlarına karşı itiraz yolunun açık olduğunu düzenleyen kurala ilişkin yapılan başvuruda, anılan kuralı bireysel başvuru kapsamında görünür hâle gelen hususları gözönünde bulundurarak anayasallık denetimine tâbi tutmuş ve kuralın itiraz kanun yoluna başvuranların iddia ve delillerinin dikkate alınmasında, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunun ve ölçülülüğünün belirlenebilmesinde belirli ve etkili bir denetim yolu öngörmediği sonucuna ulaşarak iptaline karar vermiştir (AYM, E.2021/121, K.2022/88, 20/7/2022).

30. Bu itibarla itiraz konusu kuralda da HAGB kurumunun işleyişine dair Anayasa Mahkemesi tarafından daha önce yapılan değerlendirmeler gözönünde bulundurularak anılan kurumun temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal güvencelere uygun olup olmadığı tespit edilmelidir.

31. Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" hükmüne yer verilmiştir.

32. Anayasa'nın anılan maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü, yargılama

usulüne ilişkin güvencelerle hakkaniyete uygun yargılama yapılmasını hedefleyen ve demokratik toplumda vazgeçilmez nitelikte olan adil yargılanma hakkını da kapsayan geniş bir içeriğe sahiptir. Bu özgürlük, hakların korunmasını amaç edinen vazgeçilmez meşru yöntemlerin başında gelmektedir. Anayasa'daki temel hakların korunmasında önemli bir teminat olan yargısal hak arama yolu, hakların korunmasında en etkili ve güvenceli yoldur. Bu bağlamda, mahkemelerce verilen hükmün bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesini talep etme hakkı Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğünün sağladığı güvencelerden biridir (AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, §§ 5-12).

33. Anayasa'nın 36. maddesi, bir mahkeme tarafından verilen hükmün hangi kanun yoluna tâbi olacağı ve üst dereceli mahkemelerden hangisi tarafından hükmün denetleneceği yönünde bir güvence içermemekte olup anılan hususlar kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Ancak kanun koyucunun kanun yollarına başvuru bakımından daha ileri güvenceler öngörmesi mümkündür.

34. Adil yargılanma hakkı bir mahkeme kararına karşı üst yargı yollarına başvurabilmeyi doğrudan güvence altına almamakla birlikte, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilme ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilme anlamına gelen ve adil yargılanma hakkının bir güvencesi olan mahkemeye erişim hakkı uyarınca hakkında suç isnadı bulunan bir kimseye istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise bu kanun yolları yönünden de adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelerin sağlanması gerekir (Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52; Hasan İştin, B. No: 2015/1950, 22/2/2018, § 37).

35. Ceza yargılamasında -hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere- sonuç olarak belirlenen üç bin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümleri, üst sınırı beş yüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümleri ve kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümler dışında ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu hükümlere karşı asıl derece kanun yolu olarak istinaf kanun yolu kabul edilmiştir. Bu durumda kanunen tanınan istinaf yoluna başvuru hakkını kısıtlayan hükümler hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkına müdahale oluşturacaktır. Bununla birlikte hukuka uygun bir rıza beyanının müdahaleyi ortadan kaldıracabileceği belirtilmelidir.

36. HAGB kararı verilen yargılamalar bakımından 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrası uyarınca itiraz kanun yolu kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle istinaf kanun yoluna tâbi olması öngörülen bir yargılama sanığın HAGB kararı verilmesini kabul etmesiyle itiraz yoluna tabi hâle gelmektedir. Sanık, hakkında HAGB kararı verilmesini kabul etmekle birlikte istinaf kanun yoluna başvurma hakkından feragat etmektedir.

37. Anayasa'nın 36. maddesi veya diğer herhangi bir maddesi kişilerin hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkından feragat edilmesini açıkça yasaklayan bir hüküm içermemektedir. Öte yandan bu hakların mahiyetinden kaynaklı olarak feragati geçersiz kılan bir husus da bulunmamaktadır. Dolayısıyla kişilerin hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkından feragat

etmesi mümkündür. Bununla birlikte feragatin Anayasa'ya uygun olabilmesi için feragat iradesinin açık olması, sonuçlarının kişi yönünden makul olarak öngörülebilir olması ve adil yargılanma hakkına ilişkin asgari güvencelerin de sağlanmış olması gerekir. Ayrıca feragati meşru olmaktan çıkaran üstün bir kamu yararının bulunmaması gerekir (benzer yönde değerlendirmeler için bkz. Nurettin Balta, B. No: 2016/10023, 28/12/2021, § 45).

38. Anayasa Mahkemesi Atilla Yazar ve diğerleri kararında, sanıkların HAGB kararını kabule ilişkin irade beyanlarının alınması usulündeki güvence eksikliğine dikkat çekilmiştir. Anılan kararda, sanıktan henüz hüküm kurulmadan HAGB kararı verilmesini isteyip istemediğine yönelik iradesini ortaya koymasını istemenin kendisini güvenceye almak isteyen sanığın henüz deliller ortaya konulup tartışılmadan bir tür ihtimal hesabına girişmesine ve bilinmezlik içinde iradesini açıklamasına neden olabileceği, bu durumun da sanıkların temel hak ve özgürlükleriyle ilgili konularda henüz duruşmanın başında haksız bir baskı oluşturabileceği ifade edilmiştir. Anılan kararda tespit edildiği üzere, henüz verilmemiş ve sanığa bildirilmemiş bir hükmün açıklanmasının ertelenmesini isteyip istemediği sorulan sanık yargılamaya konu olayla ilgili tüm şüphelerin ortadan kaldırılmadığı bir aşamada, kendi yargılama sonucunu tahmin edip henüz aydınlatılmamış bir iradeyle beyanda bulunmak zorunda bırakılmaktadır. HAGB uygulanmasını yargılamanın henüz başında kabul eden sanıklar hakkında yargılamanın sonraki aşamalarında adil yargılanma hakkı güvencelerinin ilk derece mahkemesince sağlanıp sağlanmadığının denetimi ise istinaf kanun yolunda yapılamamakta ve bu durum hak ihlallerine yol açabilmektedir (Atilla Yazar ve diğerleri, §§ 161-164).

39. Anayasa Mahkemesinin anılan kararındaki tespitler gözetildiğinde, mahkeme hükmünün kurulmasından önceki bir aşamada açıklanan belirli bir kanun yolundan feragat iradesinin anayasal geçerlilik koşullarını sağlamadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, sanığın geçerli bir feragat iradesine dayanmaksızın karara karşı istinaf kanun yoluna başvuru imkânından mahrum bırakılmasının hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkını sınırladığı sonucuna ulaşılmıştır.

40. Öte yandan 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasında, 28/3/2023 tarihli ve 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesiyle yapılan değişiklikle itiraz merciinin esasa ilişkin hukuka aykırılık iddiaları yönünden de HAGB kararını denetlemesi zorunluluğu getirilmiş ise de bu durum hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkının sınırlandığı gerçeğini değiştirmemektedir. Zira dava konusu kuralın kapsamında kalan hükümler yönünden olağan denetim merci istinaf kanun yolu olarak düzenlenmişken sanığın HAGB uygulanmasını kabul etmesi ve mahkemenin HAGB kararı vermesiyle artık bu yola başvuru imkânı ortadan kalkmaktadır. Sanığın geçerli bir feragat iradesi olmaksızın kanunen tâbi olduğu istinaf yoluna başvurusunun bu aşamada imkânsız kılınması -alternatif bir denetim mekanizması getirilmiş olsa bile- hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkını sınırlamaktadır.

41. Anayasa'nın 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik

toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" denilmektedir. Buna göre adil yargılanma hakkına sınırlama getiren düzenlemelerin kanunla yapılması, Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekir.

42. Bu kapsamda kanun yoluna başvuru hakkından feragate ilişkin bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli ve öngörülebilir nitelikte olması gerekir.

43. Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

44. Mevcut durumda sanığın HAGB'yi kabule ilişkin irade beyanının ne zaman sorulacağı konusunda yasal bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle, sanığa hakkında HAGB kararı verilmesini isteyip istemediğinin yargılamanın sona ermesinden önce sorulması mümkündür. Bu durum ise henüz hakkında kurulmuş bir mahkûmiyet hükmü bulunmayan sanığı mahkûmiyet tehdidinin varlığı karşısında savunmasız duruma sokmakta ve henüz doğmamış olan istinaf kanun yoluna başvuru hakkından peşinen feragat etmeye zorlamaktadır. Bu itibarla sanığa HAGB'yi kabul edip etmediğine yönelik sorunun mahkûmiyet hükmünün ardından sorulmasına yönelik bir usule ilişkin güvencenin bulunmaması nedeniyle kuralın kanunilik şartını sağlamadığı, ayrıca sanığa aşırı bir külfet yüklediği ve ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

45. Öte yandan, Anayasa'nın 35. maddesinde "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir./ Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir./ Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." denilmektedir.

46. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Bu bağlamda mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni haklar ile fikrî hakların yanı sıra icrası mümkün olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir (Mahmut Duran ve diğerleri, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60).

47. Ceza yargılaması sonunda mülkiyetin kamuya geçirilmesi sonucuna yol açan müsadere kararı mülkiyet hakkına sınırlama getirmekte olup mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrol edilmesidir (Bekir Yazıcı [GK], B. No: 2013/3044, 17/12/2015, §§ 54-58). Müsaderenin HAGB kararı verilmesi durumunda hangi aşamada infaz edileceğine

ilişkin olarak ise açık bir kanun hükmünün bulunmadığı anlaşılmaktadır.

48. Kanun koyucu müsadere kararı için farklı bir usul veya kanun yolu düzenleyebileceği gibi HAGB kararları yönünden de müsadereye ilişkin farklı bir mekanizma öngörebilir. Ancak yapılan düzenlemenin ve uygulamanın Anayasa'nın 35. maddesinde öngörülen mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin gerekliliklere uygun olması ve bu çerçevede yeterli usul güvencelerini içermesi zorunludur. Bu bağlamda mülkiyet hakkına müsadere yoluyla yapılan sınırlamanın keyfi veya hukuka aykırı olup olmadığının ileri sürülebileceği bir yol olarak öngörülen istinaf kanun yoluna başvuru imkânının askıya alınarak HAGB kararı ile birlikte müsadere kararının infazına yol açabilecek şekilde infaz zamanında belirsizliğin olduğu ve yeterli güvencelerin sağlanmadığı dikkate alındığında kuralın maliklere aşırı bir külfet yüklediği değerlendirilmiştir. Dolayısıyla kural uyarınca müsadere yoluyla mülkiyet hakkına yapılan sınırlamanın -kuralın da yer aldığı fıkradaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade ettiği biçimindeki düzenleme de göz önünde bulundurulduğunda- kamu yararı ile kişilerin mülkiyet hakkının korunması arasında olması gereken adil dengeyi bozduğu ve ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır (Süleyman Başmeydan [GK], B. No: 2015/6164, 20/6/2019, §§ 57-63).

49. Diğer yandan, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınmıştır. Anılan maddenin birinci fıkrasında insan onurunun korunması amaçlanmıştır. Üçüncü fıkrasında da kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Devletin, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına saygı gösterme yükümlülüğü, öncelikle kamu otoritelerinin bu hakka müdahale etmemelerini, yani anılan maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şekillerde kişilerin fiziksel ve ruhsal zarar görmelerine neden olmamalarını gerektirir. Bu, devletin bireyin vücut ve ruh bütünlüğüne saygı gösterme yükümlülüğünden kaynaklanan negatif ödevidir (Deniz Yazıcı, B. No: 2013/6359, 10/12/2014, § 60, 61).

50. Devlet, bireyin maddi ve manevi varlığını her türlü tehlikeden, tehditten ve şiddetten korumakla yükümlüdür. Anılan koruma yükümü devlete, söz konusu kişilerin işkence ve eziyete ya da insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye maruz bırakılmalarını engelleyecek tedbirler alma ödevini yüklemektedir. Anılan yükümlülük, işkence ve kötü muamele yasağının maddi boyutunun bir unsurunu, devletin kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini idari ve yasal mevzuat aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Koruma doğrultusunda yetkililerin bildikleri ya da bilmeleri gerektiği bir kötü muamele tehlikesinin gerçekleşmesini engellemek için makul tedbirleri almamaları durumunda devletin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası anlamında sorumluluğu ortaya çıkabilecektir (Süleyman Deveci, B. No: 2013/3017, 16/12/2015, § 81).

51. Anayasa'nın 17. maddesinin amacı, kişinin maddi ve manevi varlığına ilişkin bir ölüm ya da yaralama olayında mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların tespit edilerek hesap vermelerini sağlamaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü olmayıp uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Dolayısıyla bu kapsamda açılmış

olan tüm davaların mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlanması zorunluluğu bulunmamaktadır (Cezmi Demir ve diğerleri, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 127). Ancak usul yükümlülüğünün bir unsuru olarak tespit edilen sorumlulara fiilleriyle orantılı cezalar verilmeli ve mağdur açısından uygun giderim sağlanmalıdır (Şenol Gürkan, B. No: 2013/2438, 9/9/2015, § 105). İşlenen suç ile verilen cezalar arasında orantısızlık olması ya da hiç ceza verilmemesi durumunda bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki ortaya koymaktan oldukça uzak kalınmakta, kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerinin idari ve yasal mevzuat aracılığıyla korunması hususundaki pozitif yükümlülüğün yerine getirilememesi sonucu doğmaktadır (Süleyman Deveci, § 102).

52. Cezasızlık, işlenen bir suçun somut olarak cezasız kalmasını ifade etmektedir. Cezasızlık; kötü muamele fiillerine yönelik olarak sorumluların adalet önüne çıkarılmaması, işledikleri suçla orantılı bir biçimde cezalandırılmaması veya mahkûm edildikleri cezanın infazının sağlanmaması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. İşlenen suç ile verilen cezalar arasında orantısızlık olması ya da hiç ceza verilmemesi durumunda bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki ortaya koymaktan oldukça uzak kalınmaktadır.

53. Kural, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülükler uygun davranılması hâlinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının 5271 sayılı Kanun'un 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucunu doğurduğundan bu özelliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birini oluşturmaktadır. Dolayısıyla kişi hakkında verilen HAGB kararı, ceza niteliğinde olmayıp kişiyi ceza tehdidi altında bırakmaktan ibarettir.

54. HAGB kararının bu niteliğini gözetken Anayasa Mahkemesi daha önceki birçok kararında, kötü muamele iddiaları yönünden HAGB kurumunun uygulanmasının, sanığın infaz edilebilir bir ceza almaması sonucunu doğurduğu ve bu kurumun uygulanmasında mağdurun muvafakati ya da mağdur açısından manevi bir telafinin sağlanmasının da aranmadığını dikkate alarak anılan geri bırakma kararının mağdur açısından yeterli ve etkili bir giderim sağlamadığını değerlendirmiştir (Şenol Gürkan, § 110; Mustafa Rollas, B. No: 2014/7703, 2/2/2017, § 81).

55. Anayasa'nın 17. maddesine aykırı muamelelerin kamu görevlileri tarafından değil de üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında daha esnek davranma imkânı bulunmaktadır. Buna karşın failin kamu görevlisi olduğu durumlarda hukuka aykırı ve son derece ciddi bir fiilin hiçbir şekilde hoş görülemeyeceğinin gösterilmesi gerekir. Bu anlamda işkence veya kötü muamele gerçekleştirdiği tespit edilen kamu görevlisi fiilî olarak cezasız bırakılmamalıdır. HAGB kurumunun kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği ve Anayasa'nın 17. maddesi anlamında işkence, eziyet ve kötü muamele kabul edilen suçlar bakımından uygulanmayacağına dair yasal düzenlemenin bulunmaması ve ceza mahkemelerinin uygulamalarının da bu sorunu çözmemesi Anayasa'nın 17. maddesinin devlete yüklemiş olduğu faillere fiilleriyle orantılı cezalar verilmesi ve mağdurlar açısından uygun giderimin sağlanması şeklindeki usul yükümlülüğü ile bağdaşmamaktadır.

56. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin Atilla Yazar ve diğerleri kararında belirtilen eksikliklerin (Atilla Yazar ve diğerleri, §§ 123-173) bütünüyle giderilmesine

yönelik kanun koyucu tarafından gerekli değişikliklerin yapılmadığı, HAGB kurumunun mevcut haliyle -bireysel başvuru kararlarında da işaret edildiği üzere- kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarını önlemekte yetersiz kaldığı ve başta ifade özgürlüğü ve toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlükler üzerinde caydırıcı etki doğurduğu anlaşılmaktadır.

57. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 17., 35. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Muammer TOPAL, Recai AKYEL, Selahaddin MENTEŞ, İrfan FİDAN ile Muhterem İNCE bu görüşe katılmamıştır.

2. Kanun'un 231. Maddesinin (5) Numaralı Fıkranın İkinci ve Üçüncü Cümlelerinin, (6) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinin, (7) Numaralı Fıkrasının, (8) Numaralı Fıkrasının Birinci, Üçüncü ve Dördüncü Cümleleri ile (9), (10), (11), (13) ve (14) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi

58. 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin iptali nedeniyle anılan fıkranın ikinci ve üçüncü cümlelerinin, (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin, (7) numaralı fıkrasının (8) numaralı fıkrasının birinci, üçüncü ve dördüncü cümleleri ile (9), (10), (11), (13) ve (14) numaralı fıkraların uygulanma imkânı kalmamıştır. Bu nedenle söz konusu cümle ve fıkralar 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası kapsamında değerlendirilmiş ve bu kurallar yönünden Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılmasına gerek görülmemiştir.

IV. İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

59. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında kanunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

60. 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma imkânı kalmayan anılan maddenin (5) numaralı fıkranın ikinci ve üçüncü cümleleri ile (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve (14) numaralı fıkralarının 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptalleri gerekir.

V. İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

61. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında "Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez." denilmekte; 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanarak Anayasa Mahkemesinin gerekli gördüğü hâllerde Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabileceği belirtilmektedir.

62. Ceza muhakemesinde HAGB kurumuna yer verilip verilmeyeceği ve yer verildiği takdirde nasıl uygulanacağı konularında kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Anılan kuruma yer verilecekse, kurumun Anayasa Mahkemesinin iptal

ve hak ihlali kararlarındaki tespitler ışığında temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal güvencelere uygun olarak yeniden düzenlenmesi mümkündür. Bu itibarla 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (5), (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve (14) fıkralarının iptal edilmeleri nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükümlerinin kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VI. HÜKÜM

4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine;

A. 6/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle eklenen;

1. (5) numaralı fıkranın birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Muammer TOPAL, Recai AKYEL, Selahaddin MENTEŞ, İrfan FİDAN ile Muhterem İNCE'ninkarşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükmünün Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

2. (5) numaralı fıkranın ikinci ve üçüncü cümleleri ile (6), (7), (8), (9), (10), (11) ve (13) numaralı fıkraların 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALLERİNE, iptal hükümlerinin Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

B. 28/3/2023 tarihli ve 7445 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle değiştirilen (12) numaralı fıkranın 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE, iptal hükmünün Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

C. 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 562. maddesiyle değiştirilen (14) numaralı fıkranın 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE, iptal hükmünün Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

1/6/2023 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Mahkememiz sayın çoğunluğu tarafından 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (Kanun) 231. maddesinin (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin iptaline karar verilmiştir. Aşağıda açıklanan gerekçelerle bu görüşe katılmamaktayız.

2. Bir normun anlam ve kapsamının belirlenmesi anayasallık denetimi bakımından

önem taşımaktadır. Anayasallık denetiminde ölçü Anayasa olmakla birlikte bu husus normun ait olduğu hukuk sistemi içerisindeki yerinin tespiti ile buna göre kazanacağı anlamın gözetilmesine engel değildir. Başka bir ifadeyle, herhangi bir hukuk kuralının tek başına değil, içinde bulunduğu metnin tümü gözönünde tutularak yorumlanması gerekir (AYM, E.1984/8, K.1984/10, 20/09/1984).

3. Klasik anlamda norm denetiminde bir kuralın maddi hukuk dünyasında yarattığı değişiklik bakımından Anayasa'ya aykırı olup olmadığı denetlenmektedir. Söz konusu denetimde kuralla ilgili ve gerekli görülen tüm hukuki müesseseler de gözetilmeli, başka bir ifadeyle kural anılan hukuki müesseseler ile anlamlandırılmalı ve kuralın bu bağlamda Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı olup olmadığı tespit edilmelidir (AYM, E.2018/122, K.2020/14, 19/02/2020, § 21).

4. Nitekim Anayasa Mahkemesi de daha önce yapmış olduğu esasa yönelik incelemelerde hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) ile ilgili kuralların kurumun tamamı gözetilerek değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir (AYM, E.2007/42, K.2009/50, 12/3/2009; E.2020/22, K.2020/34, 25/06/2020).

5. İptal edilen kural iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ile cezalandırılan sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılabileceğini öngörmektedir. Şüphesiz kuralın anlam ve kapsamının tespitinde ait olduğu hukuk sistemi içerisindeki yeri gözetilmelidir. Ancak HAGB kurumunun anayasallık denetimi bir bütün halinde yapılacaksa yalnızca iptal edilen kural değil, Mahkememizin önüne getirilen ve incelenme imkânı olan diğer kurallar da esas bakımından incelenmelidir.

6. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

7. Hukuk devleti ilkesi gereğince kanunların kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması gerekir. Anayasa Mahkemesince kamu yararı konusunda yapılacak inceleme, kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığının araştırılmasıyla sınırlıdır. Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa'da bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği gibi kamu yararı; bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. Kamu yararı düşüncesi olmaksızın yalnız özel çıkarlar için veya sadece belli kişilerin yararına kanun hükmü konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması hâlinde söz konusu kanun hükmü Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer. Açıklanan istisnai hâl dışında bir kanun hükmünün gereksinimlere uygun olup olmadığı, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği kanun koyucunun takdirinde olduğundan bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz (AYM, E.2020/53, K.2021/55, 14/7/2021, § 23).

8. Ceza hukukunda, cezanın infaz edilmesiyle güdülen amaç kişiye gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla etkili bir uyarıda bulunmak ve pişmanlık duymasını sağlamaktır. Cezasının infazıyla hükümlünün gelecekte sosyal sorumluluğa sahip olarak suçsuz bir

hayat sürmeye yatkın duruma getirilmesi gerekmektedir. Çağdaş ceza hukukunda ceza yaptırımlarının belirlenmesindeki temel amaç ise suçlunun ıslahı, yeniden suç işlemesinin ve toplum için sürekli bir tehlike olmasının önüne geçme ve dolayısıyla topluma tekrar yararlı bir birey hâline getirilmesini sağlamaktır. Hürriyeti bağlayıcı cezaların tek yaptırım biçimi olarak öngörülmesinin suç ve suçluluğu önleme noktasında yetersiz kalması karşısında, günümüzde geleneksel ceza sistemini tamamlayacak başkaca yaptırım ve tedbirler uygulanmaya başlanmıştır. Cezaların bireyselleştirilmesine yönelik bu düzenlemeler, kamu yararının da bir gereğidir (AYM, E.2012/80, K.2013/16, 17/1/2013). HAGB kurumu da suç ve suçlulukla mücadele, caydırıcılık ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kabul ettiği bir sistem olup kamu yararı amacına yöneliktir.

9. Hukuk devletinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar Anayasa'ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimlerini gözönüne alan suç ve ceza politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu ceza hukukuna ilişkin anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı konularında takdir yetkisine sahiptir. Aynı şekilde ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi ceza politikası araçlarına yer verilip verilmeyeceği, verilecek ise bu kurumun nasıl uygulanacağı konularında da kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliğinin incelenmesi, anayasal denetimin kapsamı dışında kalmaktadır. (AYM, E.2021/97, K.2022/36, 24/3/2022, § 21).

10. Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle de bağlıdır. Bu ilke ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik, başvuru önlemin ulaşmak istenen amaç için elverişli olmasını, gereklilik başvuru önlemin ulaşmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, orantılılık ise başvuru önlem ve ulaşmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşmak istenen amaç arasında da ölçülülük ilkesi gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur (AYM, E.2021/98, K.2022/9, 26/1/2022, § 7).

11. HAGB, hapis cezasının ertelenmesi ve kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi gibi hükmün ve cezanın bireyselleştirilmesi araçlarından biridir. Bu kurumun varlığı, uygulanma koşulları, hüküm ve sonuçlarının neler olduğu, Anayasa'da yer alan ilkelere ve güvencelere aykırı olmamak kaydıyla, kanun koyucunun takdirinde olmakla birlikte anılan kurumun ulaşmak istenen amaç bakımından ölçülü olması gerekir.

12. Suçun önlenmesi ve suçlulukla mücadele bakımından hürriyeti bağlayıcı cezaların tek yaptırım biçimi olarak belirlenmesi toplum açısından beklenen neticenin gerçekleşmesine yetmemekte, tam aksine bir sonucun ortaya çıkmasına yol açabilmektedir. Belirli bir önem derecesinin altındaki suçlarda kişilerin doğrudan hürriyeti bağlayıcı cezai yaptırımlara tabi tutulması daha nitelikli ve yoğun biçimde suçun işlenme nedeni olabilmektedir (AYM, E.2007/14, K.2009/48, 12/03/2009). Suçu işlediği sabit görülen

sanık bakımından bir kısım yükümlülükler de yüklenebilecek şekilde belirli sürelerle gözetim ve denetim öngören, mümkün olduğunca suçtan zarar görenin tatminini amaçlayan HAGB kurumunun, özgürlüğü bağlayıcı cezaya son çare olarak başvurulabilmesi de gözetildiğinde, suç ve suçlulukla mücadele bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez. Kanun'un 231. maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca HAGB kararının uygulanabileceği azami ceza miktarının, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması koşuluna bağlanmış olması söz konusu kurumun ulaşılmak istenen amaç bakımından orantısız bir yanının olmadığını da ortaya koymaktadır.

13. Kanun'un 231. maddesinin (5) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca HAGB öncesinde uzlaştırma yoluna gidileceği hüküm altına alınmıştır. Alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu ve onarıcı adalet anlayışının ürünü olan uzlaştırmının HAGB'ye göre öncelikle uygulanması kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Anılan fıkranın üçüncü cümlesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının -kurumun uygulanmasının doğurduğu hukuki sonuçları dışında- hukuki sonuç doğurmayacağını ön görülmesi, tıpkı kamu davasının açılmasının ertelenmesi, faile ceza verilmesi halinde infazın belirli bir süre ertelenmesi veya infazın hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenek başkaca bir yaptırım ile yerine getirilmesinde olduğu gibi devletin ceza politikasına ilişkindir.

14. HAGB, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûmiyeti bulunmayan kişilerin toplumda suçlu olarak damgalanmaması ve yararlı bir birey olarak tekrar topluma kazandırılması amacıyla belli koşullara bağlı olarak tanınan bir imkân olup kişilere her durumda mutlaka sağlanması gereken bir hak teşkil etmemektedir. Bir an için ilgili kişiler açısından bir hak olduğu kabul edilse bile bunun mutlak olduğu ve hiçbir şarta bağlı kılınmayacağı da söylenemez. Dolayısıyla, kanun koyucu hangi koşullar altında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceğini belirleme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir (AYM, E.2015/23, K.2015/56, 17/06/2015).

15. Bu bağlamda, Kanun'un 231. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesine göre kasıtlı bir suçtan mahkûmiyeti bulunan kişi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyecek oluşu kanun koyucunun takdirinde olup ölçüsüz olduğu söylenemez. Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle fail tarafından tek seferde veya taksitle tamamen giderilmesi şeklinde öngörülen şart onarıcı adalet anlayışının bir ürünüdür. Bu anlayışa göre suç karşısında uygulanacak yaptırımın türünün mağdur, sanık ve toplumun etkin katılımı ile belirlenmesi esastır. Failin mağdurun zararını gidermesi, yeniden topluma uyum sağlaması ve ıslah olması bakımından önemli bir araçtır. Mağdur veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi şartının varlığı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, yalnız failin değil mağdurun ve kamunun da menfaatini gözettiğini ortaya koymaktadır. Bu bakımdan anılan şartın da ölçüsüz olduğu söylenemez. Sanığın yeniden suç işlemeyeceğine dair mahkemede oluşacak kanaat şartının ise kurumun amacı gözetildiğinde ölçülü olduğu değerlendirilmektedir.

16. Cezanın bireyselleştirilmesine dair kurumlardan birinin diğerlerine göre öncelikle uygulanması, bu kurumların karma biçimde uygulanma imkânına yer verilmemesi de devletin ceza politikasına ilişkindir. Bunun yanında, hükmün açıklanmasının geri

bırakılması durumunda kararın hukuki sonuç doğurmayacağını öngörülmüş olması da dikkate alındığında, anılan kurumun cezanın ertelenmesi ve seçenek yaptırıma çevrilmesine göre sanığın daha lehine olduğu ortadadır. Bu sebeple açıklanması geri bırakılan hükümde, mahkûm olunan hapis cezasının ertelenmesine ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilmesine imkân tanımayan Kanun'un 231. maddesinin (7) numaralı fıkrasının ulaşılmak istenen amaç bakımından ölçüsüz bir yönü bulunmamaktadır.

17. Kanun'un 231. maddesinin (11) numaralı fıkrasında yer alan kurallar, belirli şartlara bağlı olarak ve yükümlülükler öngörülerek hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karşın bu yükümlülükler uyulmadığı takdirde hükmün açıklanmasına ya da başkaca bireyselleştirme yöntemlerinin uygulanmasına imkân sağlamaktadır. Bu durum, HAGB kurumunun varlığının tek başına fail açısından fiili bir cezasızlık durumu yaratmadığını ve af niteliğinde olmadığını, kurumun sanığı ıslah etmede yetersiz kaldığı noktada diğer ceza hukuku kurumlarına başvurulabileceğini ortaya koymaktadır.

18. Diğer yandan, Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında "suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz" ve 38. maddesinin dördüncü fıkrasında "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz." şeklinde ifade edilen masumiyet karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin, adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılacağını güvence altına alan temel haklardandır. Masumiyet karinesi uyarınca, bir kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve hakkında ceza hukukunun alanına giren yaptırımların uygulanabilmesi, kesin hükümle mahkûm olmasına bağlıdır. Ancak masumiyet karinesi, ceza ve infaz hukukunda, kişilerin peşinen suçlu ilan edilmeden bazı seçenek tedbirlerden veya cezanın bireyselleştirilmesine imkân tanıyan kurumlardan mahrum bırakılmasına engel teşkil etmemektedir (AYM, E.2015/23, K.2015/56, 17/06/2015).

19. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra öngörülen süre, adından da anlaşıldığı gibi bir deneme süresidir. Kurum yalnızca sanığın menfaat ve çıkarları düşünülerek getirilmiş olmayıp toplum menfaati ve kamu düzeninin korunması amacıyla da öngörülmüştür. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı sonrasında beş yıllık bir sürenin öngörülmesi ve bu süre içinde uygulanmak üzere denetimli serbestlik tedbiri olarak bir kısım yükümlülüğün yüklenmesine imkân sağlanması, öngörülen denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler aykırı davranılması halindeyse hükmün açıklanması, kanun koyucunun cezanın bireyselleştirilmesi, suç ve suçlulukla mücadele, caydırıcılık ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla takdir yetkisine dayanarak kabul ettiği bir sistemdir (AYM, E.2020/22, K.2020/34, 25/06/2020, § 20). Kanun'un 231. maddesinin (8) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde sayılan yükümlülükler cezai bir yaptırım niteliğinde olmadığından, sanık hakkında bu yönde bir denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasının masumiyet karinesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

20. 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (13) numaralı fıkrasındaki HAGB kararının buna mahsus bir sisteme kaydedileceği ve ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, anılan maddede belirtilen amaç için kullanılabileceğine dair kural, HAGB kararının sanık hakkında hukuki sonuç doğurmayacağına ilişkin kural ve denetim süresi içinde, kişi

hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha HAGB kararı verilemeyeceğine dair kural ile ilişkilidir. HAGB kararı ile sanık hakkında kesinleşmesi askıya alınmış bir mahkûmiyet hükmü bulunduğundan bu hüküm sanığın adli sicil kaydına işlenmez. Dolayısıyla 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (13) numaralı fıkrasında yer alan kurallar Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan masumiyet karinesinin bir görünümü niteliğindedir.

21. Kanun'un 231. maddesinin (14) numaralı fıkrasında Anayasa'nın 174. maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği düzenlenmiştir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının bir kısım suçlar bakımından uygulanamayacağının öngörülmesi, devletin suç ve suçlulukla mücadeledeki ceza politikasına ilişkindir. Başka bir anlatımla bir kısım suçlar yönünden tayin edilecek ceza miktarı ve cezaların bireyselleştirmesinin ne şekilde yapılacağı kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır ve bu konuda yerindelik denetimi anayasal denetimin dışındadır.

22. Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin daha önce yapmış olduğu bireysel başvuru incelemelerinde, HAGB kurumunun mevcut uygulanma biçimi ile başta ifade özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin sürekli ihlallerine yol açan yapısal sorunlar ihtiva ettiği ve bu sorunların kanun koyucunun düzenlemesi dışında bir yolla ortadan kaldırmanın mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır (Atilla Yazar ve diğerleri [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022, § 173). Nitekim Anayasa Mahkemesi, HAGB kararlarına karşı itiraz yolunun açık olduğunu düzenleyen Kanun'un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasındaki kuralı etkili başvuru hakkı sağlamadığı gerekçesiyle iptal etmiştir (AYM E.2021/121, K.2022/88, 20/7/2022, § 30).

23. Anılan iptal kararı sonrasında 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrası 28/3/2023 tarihli ve 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesi ile "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir. İtiraz mercii, karar ve hükmü inceler; usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılık tespit ettiği takdirde, gerekçesini göstererek karar ve hükmü kaldırır ve gereğinin yapılması için dosyayı mahkemesine gönderir." şeklinde yeniden düzenlenmiş ve 5/4/2023 tarihli ve 32154 sayılı ResmiGazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

24. HAGB kurumunun adil yargılanma hakkı bakımından hak ihlallerine yol açacak şekilde yapısal sorunlar ihtiva ettiği yönünde Anayasa Mahkemesince yapılan tespit ve Kanun'un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasındaki yeni düzenleme ışığında anılan kurumun adil yargılanma hakkı yönünden de değerlendirilmesi gerekir.

25. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme hakkı ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır.

26. Ceza yargılamasında savunma hakkının güvence altına alınması, hukuk devletinin temel ilkelerindendir. Savunma hakkının sağladığı güvenceler esasen adil yargılanma hakkı içinde yer almaktadır. Savunma hakkı, hukuk devleti ilkesinin

gereklerinden ve adil yargılanma hakkının önemli güvencelerinden biri olması nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinde herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle savunma hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmiştir.

27. Anayasa'nın 36. maddesine "...adil yargılanma..." ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede ise taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerle de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır (AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/07/2019, § 21). Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinde sayılan güvencelerin de adil yargılanma hakkı kapsamında gözetilmesi gerekir. Bu bağlamda, bir suç ile itham edilen sanığın isnadı öğrenme, savunma için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma, bizzat ya da müdafî vasıtasıyla veya adli yardımla savunmada bulunma, tanık dinletme ve tanık sorgulatma, tercümandan ücretsiz yararlanma gibi asgari hakları bulunmaktadır. Yine yargılamanın hakkaniyete uygun olduğunun söylenebilmesi için çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uygun yargılama yapılması, mahkeme kararlarının da gerekçeli olması gerekir.

28. HAGB kararı ile sonuçlanan yargılamaların kural olarak Kanun'da öngörülen kovuşturmayla ilişkin yargılama usullerinin uygulanması, delillerin takdiri ve eylemlerin hukuki nitelendirmesinin yapılması bakımından diğer hüküm ve karar türleri ile sonuçlanan yargılamalardan farkı bulunmamaktadır. HAGB kararı ile sonuçlanan yargılamalarda da sanığın adil yargılama hakkına dair güvencelerden istifade etmesi gerekir. Nitekim kanun koyucunun da Kanun'un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasında HAGB kararlarına karşı yapılacak itirazlarda hem HAGB kararının hem de askıda bulunan hükmün usul ve esas yönünden inceleneceğini hüküm altına almak suretiyle adil yargılanma hakkı güvenceleri bakımından olağan kanun yollarında etkili bir denetim yapılarak Anayasa Mahkemesince tespit edilen yapısal sorunların giderilmesini amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla HAGB kurumuna ilişkin itiraz konusu kuralların suç isnadı altında olan kişilerin adil yargılanma hakkının güvencelerinden yararlanmasını sınırlar bir yönü bulunmamaktadır.

29. HAGB kurumunun adil yargılanma hakkı bağlamında mahkemeye erişim hakkı ve hükmün denetlenmesini talep hakkı bakımından da değerlendirilmesi gerekir. Mahkemeye erişim hakkı bir uyumsuzluğu mahkeme önüne taşıyabilme ve uyumsuzluğun etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilme anlamına gelmektedir. Mahkemeye erişim hakkı ilk derece mahkemesinde dava açma hakkının yanı sıra itiraz, istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise anılan yollara başvurma hakkını da içerir (Ali Atlı, B. No: 2013/500, 20/3/2014, § 49). İlk derece mahkemesince verilen karar ve hükümlerin kural olarak bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesi ise hükmün denetlenmesini talep hakkıdır (AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, §§ 4-18).

30. Sanıkların HAGB kararını kabule ilişkin irade beyanlarının alınması usulündeki güvence eksikliği ve buna bağlı olarak sanığın HAGB'yi kabule ilişkin irade beyanının ne zaman sorulacağı konusunda kanuni bir düzenlemenin bulunmaması iptal gerekçesi yapılmıştır. Sanığın HAGB uygulanmasına dair rızasının alınacağı aşama ve alınıp biçimi yönünden Anayasa Mahkemesince Atilla Yazar ve diğerleri kararında değerlendirme yapıldığından bu hususta yeniden bir tespite gerek bulunmamaktadır. Ancak bu husus kuralın incelenme yöntemi bakımından ve (12) numaralı fıkranın 7445 sayılı Kanun'un 21.

maddesi ile yeniden ihdas edilen itiraz kanun yolu ışığında yeniden değerlendirilmelidir.

31. Sayın çoğunluk tarafından iptal edilen hüküm “Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.” şeklindedir. Kuralın yorumlanmasında ve anayasallık denetimine tabi tutulmasında öncelikle lafzi yorum dikkate alınmalıdır. Akabinde kuralın lafzi yorumunun yanında diğer kurallarla ilişkisi gözetilerek diğer yorum yöntemlerine başvurulması da mümkündür. Yukarıda açıklandığı üzere, kural lafzi yönden Anayasa’ya aykırı olmadığı gibi, sistematik yorum açısından da Anayasa’ya aykırı değildir. Kaldı ki, HAGB kararını kabule ilişkin irade beyanının sorulması hususu iptal edilen kural ile değil, Kanun’un 231. maddesinin (6) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi ile ilgilidir. Zira, sanığa rızasının sorulma zamanına ilişkin konunun sanığa rızasının sorulmasında mündemiç olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Dolayısıyla sayın çoğunluk tarafından iptal gerekçesi yapılan husus iptal edilen kuralla değil başkaca bir kuralla ilişkilidir.

32. Anayasa’nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasında, Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete’de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamayacağı belirtilmiştir. Anılan hüküm ile anayasa koyucu aynı kanun hükmünün anayasallık denetimi konusunda on yıllık bir denetim yasağı öngörmüştür. Danışma meclisinin gerekçesinde belirtildiği üzere sebep birliği olmadıkça kesin hükümden bahsedilemeyecekse de Anayasa Mahkemesi somut norm denetiminde gerekçe ile bağlı olmayarak her türlü neden yönünden inceleme yapabileceğinden on yıllık süre yasağı dolmadan Anayasa’ya uygun bulunan bir hükmün yeniden incelenmesi mümkün değildir.

33. Kanun’un 231. maddesinin (6) numaralı fıkrasına 22/7/2010 tarihli ve 6008 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle eklenen ikinci cümleye yönelik iptal talebi, Anayasa Mahkemesinin 16/2/2012 tarihli ve E.2011/41, K.2012/25 sayılı kararıyla esastan reddedilmiş ve bu karar 13/10/2012 tarihli ve 28440 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek reddedilen itiraz başvurusuna konu kural hakkında yeni bir başvurunun yapılabilmesi için önceki kararın Resmî Gazete’de yayımlandığı 13/10/2012 tarihinden başlayarak geçmesi gereken on yıllık süre dolmadan başvuru yapıldığından Anayasa Mahkemesince eldeki itiraz başvurusunda anılan kural bakımından esas bakımından incelemeye geçilmemesine oy birliği ile karar verilmiştir.

34. (6) numaralı fıkranın ikinci cümlesi hakkında esas bakımından anayasallık denetimi yapılmadığı halde bu denetim iptal edilen kural üzerinden yapılmıştır. Bu yöntemin Anayasa’nın 152. maddesinin (4) numaralı fıkrası ile bağdaştığını söylemek mümkün görünmemektedir.

35. Diğer yandan eksik düzenlenme ile ilgili husus kuralın iptal gerekçesi yapılmıştır. Anayasa Mahkemesinden, ancak Anayasa’ya aykırı olan bir kanun hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebilir. Bir kuralın, uygulama alanının genişletilmesi amacı ile veya değiştirilmesini sağlamak için iptali istenemez. Bu yöntemde mevcut hükümde Anayasa’ya bir aykırılık değil, ancak eksiklik bulunduğu tespit edilecektir (AYM, E.1963/172, K.1963/244, 21/10/1963). Elbette, eksik

düzenlemenin başka bir Anayasa hükmüne aykırılık oluşturduğu değerlendirildiği takdirde bu eksiklik iptal gerekçesi yapılabilir.

36. Bu bağlamda sanığın HAGB’yi kabule ilişkin irade beyanının ne zaman sorulacağı konusunda kanuni bir düzenlemenin bulunmamasının adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği de değerlendirilmelidir. Anayasa Mahkemesi HAGB kurumu hakkında, Atilla Yazar ve diğerleri [GK] kararına kadar kanunilikten hak ihlali kararı vermemiştir. Anılan kararın dayandığı kabul, hükmün itiraz üzerine şeklen incelenmesi ve etkili bir başvuru yolu olmaması üzerindedir. Nitekim sanığa HAGB’yi kabul edip etmediğinin sorulmasına dair (6) numaralı fıkranın ikinci cümlesinin ihdası sırasında Adalet Komisyonu raporunda bu husus “Uygulamada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesiyle yargı yoluna müracaat halinde beraat edeceğini düşünen sanığın bu hakkı elinden alınmaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları itiraza tabi olup; uygulamada itiraz mercii kararları şeklen incelemektedir. Her iki durumda da sanığın suçsuzluğunu ispat amacıyla kararı temyiz incelemesine götürmesi mümkün değildir. Bu sebeple sanığın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı olduğunu beyan etme ve dolayısıyla temyiz mahkemesinde beraat etme hakkının elinden alınmaması düşüncesiyle anılan hükmü ihdas eden madde eklenmiştir.” şeklinde belirtilmiştir. Dolayısıyla şeklen bir inceleme yapıldığı, işin esasının bir merci tarafından denetlenmediği durumlarda HAGB kurumunun kabulüne dair irade beyanının ne zaman sorulduğu önem taşıyabilir. Ancak (12) numaralı fıkranın yeniden düzenlenmesi sonrası işin esasının itiraz mercii tarafından incelendiği ve sanığa her durumda beraat, başka bir ifadeyle aklanma imkânı tanındığından bir irade sakatlığından bahsedilemeyecektir. Sanık HAGB’yi kabul etse de etmese de etkili bir kanun yolu denetimine başvurma imkânına sahip olduğundan ceza baskısı ile kanun yoluna başvuru hakkından feragat ettiği söylenemeyecektir. Mahkemeye erişim hakkı ve hükmün denetlenmesini talep hakkının hükmü inceleyecek merci konusunda kanun koyucuya takdir yetkisi de tanındığı gözetildiğinde, HAGB kurumunun anılan hakları sınırlar bir yönü bulunmamaktadır.

37. Diğer yandan feragatten bahsedilebilseydi de hüküm verinceye kadar -sanığın son sözünde dahi- hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair iradede dönüşmesi mümkündür (benzer yönde birçok değerlendirme arasından bkz. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.2017/20442, K.2018/1633, 25/1/2018). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) asgari usul güvenceleri altında şüphelinin/sanığın hakkında açılan davanın esastan incelenmesinden dahi vazgeçebileceğini vurgulamıştır (Natsvlishvili ve Togonidze / Gürcistan, B. No: 9043/5, 29/4/2014). Kaldı ki mevcut sistemde HAGB kararlarının esas yönünden itiraz merciiince inceleneceği hüküm altına alındığından böyle bir feragatten de bahsedilemeyecektir. Üstelik duruşmadan sonuç çıkarma devresinde ve hüküm öncesinde sanığın somut olaya ilişkin olgular ve kanuni hakları bakımından aydınlatılmadığı da söylenemeyecektir.

38. Öte yandan Anayasa’nın 35. maddesinde güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni haklar ile fikrî hakların yanı sıra icrası mümkün olan her türlü alacak hakkını da kapsar. Ceza yargılaması sonunda mülkiyetin kamuya geçirilmesi sonucuna yol açan müsadere kararı

mülkiyet hakkına sınırlama getirmekte olup mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrol edilmesidir (Bekir Yazıcı [GK], B. No: 2013/3044, 17/12/2015, §§ 54-58).

39. İptal edilen kuralın mülkiyet hakkına dair hüküm ihtiva etmediği ve dolayısıyla mülkiyet hakkına aykırı olmadığı hususunda adil yargılanma bahsinde yapılan açıklamaları yineliyoruz. HAGB kurumu bir bütün halde incelendiğinde ise Anayasa Mahkemesi HAGB ile sonuçlanan yargılamalara ilişkin incelemiş olduğu bireysel başvurularda müsadereenin hangi aşamada infaz edileceğine ilişkin olarak, açık bir kanun hükmünün bulunmamasını ve mülkiyet hakkına müsadere yoluyla yapılan sınırlamanın keyfi veya hukuka aykırı olup olmadığının ileri sürülebileceği bir yol bulunmamasını ihlal sebebi olarak kabul etmiştir (Mahmut Üçüncü, B. No: 2014/1017, 13/7/2016, § 101; Süleyman Başmeydan [GK], B. No: 2015/6164, 20/6/2019, §§ 57-63).

40. (12) numaralı fıkranın ihdası sonrasında müsadere kararını esastan denetleyen etkili bir yolun oluşturulduğu anlaşılmaktadır. Müsaderenin infaz zamanına ilişkin bir hüküm bulunmaması ise ancak müsadere kararının esas bakımından denetlenmediği durumlarda bir iptal gerekçesi olarak görülebilirdi. Zira itiraz mercii tarafından esas bakımından denetim yapıldığında, müsadereye konu eşyanın iyiniyetli üçüncü kişiye ait olup olmadığı, müsaderenin orantılılığı ve nihai olarak müsaderenin uygunluğu da denetlenebilecektir. HAGB kararlarının askıda hüküm olması karşısında beş yıllık denetim süresinin uzunluğu da gözetilerek hem yargılama mercii hem de itiraz mercii tarafından mülkiyet hakkını ihlal etmemek için üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı bizatihi suç oluşturan eşyalar hariç olmak üzere, müsadereye konu eşyanın belirli şartlar öngörerek yediemin sıfatıyla sanığa teslimi de mümkündür (benzer yönde değerlendirme için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2014/6-66, K.2014/365, 11/7/2014). Bu hususlar gözetildiğinde eksikliğin kurumu bir bütün halinde Anayasa'ya aykırı hale getirmediği ve uygulama yoluyla eksikliğin giderilmesiyle normun korunmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

41. Diğer taraftan, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınmıştır. Anılan hak kapsamında devletin yerine getirmek zorunda olduğu pozitif yükümlülüklerin usule ilişkin boyutu, hakkın ihlaline ilişkin iddialarda olayın tüm yönlerinin ortaya konması ve sorumlu kişilerin belirlenmesine imkân tanıyan bağımsız bir soruşturmanın yürütülmesidir. Bu hak bir sonuç yükümlülüğü öngörmeyip adli kovuşturmaların mahkûmiyet veya belirli bir hüküm alma ile sonuçlanmasına yönelik kesin bir zorunluluk bulunmamakla birlikte mahkemeler hiçbir koşul altında yaşamı tehdit eden suçların, fiziksel ve ruhsal bütünlüğe yapılan ağır saldırıların cezasız kalmasına, af ya da zamanaşımına uğramasına izin vermemelidir. Aksi hâlde devlet, kişilerin yaşamı ile fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini idari ve yasal mevzuat aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüğü yerine getirilmemiş olacaktır (Cezmi Demir ve diğerleri, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 77).

42. Ancak HAGB kurumunun varlığının devletin Anayasa'nın 17. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesine engel olduğunu öngörmek mümkün değildir. HAGB kararı, ceza niteliğinde olmayıp kişiyi ceza tehdidi altında bırakmaktan ibarettir. Dolayısıyla her olayın koşulları çerçevesinde failin fiiliyle orantılı ceza alıp

almadığı değerlendirilmesi yapılırken HAGB kurumunun uygulanabilirliğinin tartışılması gerektiği muhakkaktır (Hatun Horuz ve Zemci Horuz, B. No: 2017/17723, 3/11/2020, § 66).

43. AİHM de 5271 sayılı Kanun ile düzenlenen HAGB kararının failerin cezadan muaf tutulması ile sonuçlandığını, çünkü belirtilen müessesenin uygulanması sonucunda -failin denetimli serbestlik tedbirlerine uyması koşuluyla- verilen kararın içerdiği ceza ile birlikte tüm hukuki sonuçlarıyla ortadan kalktığını ifade etmektedir (Kasap ve diğerleri, B. No: 8656/10, 14/1/2014, § 17). Ancak yine AİHM üçüncü kişiler arasında gerçekleşen kasten yaralama olayına ilişkin mevcut davaya özgü koşulları dikkate alarak ceza davası sonucunda verilen mahkûmiyet hükmünün yeterli caydırıcı etkiye sahip olduğunu ve HAGB kararının Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı muamelelere karşı bireylerin korunmasının amaçlandığı caydırıcı yasal önlemleri etkisiz kılmadığını belirterek devletin, Sözleşme'nin 3. maddesi gereğince üstüne düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirdiğini de dile getirmiştir (Çalışkan/Türkiye, B. No: 47936/11, 1/12/2015, § 52).

44. Başka bir anlatımla kural olarak HAGB, başlı başına cezanın caydırıcılığını ortadan kaldıran bir kurum değildir. Ancak HAGB kararının verilmesi noktasında eyleme kamu görevlilerinin bir dahlinin olup olmaması, mağdurun ve failin yaşı ile cinsiyetleri, eylemin süresi ve şiddeti gibi her somut olayın koşullarına göre incelenmesi gereken bazı kriterlerden bahsedilebilecektir. Somut olayın özelliklerine göre doğru uygulanması halinde HAGB kararı da suç ve suçlulukla mücadelede yeterli caydırıcılığı sağlayabilir (G.O., B. No: 2016/2470, 15/1/2020, § 60; A.S.Y., B. No: 2015/4213, 15/11/2018, § 68, 69; Umut Tamaç, B. No: 2014/13514, 18/7/2018, § 106; Çalışkan/Türkiye (k.k.), §§ 46-52).

45. HAGB kurumunu düzenleyen itiraza konu kurallarda işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiği durumlarda HAGB kararı verilemeyeceğine dair kazuistik bir düzenleme yapılmaması itiraz konusu kuralları Anayasa'ya aykırı hale getirmeyecektir. Bu yönde bir düzenleme yapılması ve HAGB kararının verilemeyeceği suçların yeniden belirlenmesi kanun koyucunun takdirindedir. Ancak HAGB kurumunun uygulanmasının ihtiyarılığı de gözetilerek, işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin eylemlerde anılan kurumun Anayasa'nın 17. ve Sözleşme'nin 3. maddesi gözetilerek uygulanmamasına dair mahkemelerin takdir yetkilerine başvurmaları mümkündür.

46. Açıklanan nedenlerle, düzenlemenin iptali yönündeki çoğunluk kararına katılmamıştır.

[illegible]

[illegible]

arka kapak