

ISSN:1309-6826

TAAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Ocak 2023 • Sayı 53 • Yıl:14



yayin.taa.gov.tr

53



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

"Güven Veren Adalet İçin Etkin Eğitim"

53

YIL: 14 - SAYI: 53 - OCAK 2023

www.taad.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER
Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR
Doç. Dr. Servet ALYANAK / Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / EDITOR IN CHIEF
Saniye Gizem OKUTAN / Adalet Uzmanı

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD
Muhittin ÖZDEMİR
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Doç. Dr. Servet ALYANAK
Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR
Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP
Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Saniye Gizem OKUTAN
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Bülent KENT
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN
Hüseyin ÖZTÜRK, Büro Memuru

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi
Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı Çankaya/ANKARA

Tel: 0 (312) 489 81 80 • Faks: 0 (312) 489 81 01

E-posta: taa@gmail.com

Web: www.taad.taa.gov.tr

BASKI / PRINT

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi-Şaşmaz/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi yılda dört kez yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanacak makalelerin aşağıda belirtilen yazım ve yayım kurallarına uygun olması gerekmektedir.

1. Dergide Türkçe ulusal hakemli makalelere yer verilmektedir. En az iki hakemin olumlu görüşünü alan makaleler yayımlanması talebi ile yayım kurulunun onayına sunulur.
2. Dergi, üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim aylarında) yayımlanmaktadır.
3. Dergiye gönderilen makaleler daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Eğer başka bir yerde yayımlanmışsa da, telif hakkı yazara ait olmalıdır.
4. Dergide yayımlanan makalelerin dil, bilim ve ileri sürülen görüşler bakımından sorumluluğu yazarlara aittir.
5. Makalelerin **bilimselmakale@taa.gov.tr** adresine makale gönderim formu ve taahhütname ile birlikte gönderilmesi gerekmektedir. Makale gönderim formu ve taahhütname "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden temin edilebilir.
6. Makaleler, uluslararası standartlardaki bilimsel yayım ve yazı formatlarına uygun olmalıdır.
7. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan "Başlık", **150-250** kelime arası "Özet" ve **5-8** kelime arası "Anahtar Kelimeler" bulunmalıdır. Makalelerde "Başlık, Özet, Anahtar Kelimeler ile Giriş ve Sonuç" kısımlarına numara verilmemelidir. "Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler" in yazılan yabancı dilin yanı sıra Türkçe ve İngilizce de yazılması zorunludur.
8. Metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için OSCOLA kaynak stiline 4. Edisyonu kullanılmalı ve dipnot atf sistemi tercih edilmelidir.
9. Makalelerin ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto ile yazılmalı, 1 satır aralığı ile "**Times New Roman**" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
10. Makaleler, kaynakça dâhil **3.000** kelimedenden az, **12.000** kelimedenden çok olmamalıdır.
11. Yazarın akademik unvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın çalıştığı yer ismi ile elektronik posta adresi, adı ve soyadına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
12. Makalelerin yayımlanıp yayımlanmayacağı, makale yazarına e-posta ile bildirilir.
13. Yazar ve hakemlere ödenecek telif ve inceleme ücretleri, Türkiye Adalet Akademisi Yayın Yönetmeliği'nin 23. Maddesi uyarınca dergi yayınlandıktan sonra yazara ödenir. Hakem denetiminden geçen bir makalenin telif ücretinin % 20'si hakemlere ödenir.
14. Dergide yazısı yayımlanmış yazarlara ücretsiz iki adet dergi gönderilmektedir.
15. Dergide yayımlanan tüm yazıların telif hakkı Türkiye Adalet Akademisine aittir. Makaleler, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
16. Dergilerin dijital versiyonuna "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden ulaşılabilir.

* Yazım ve yayım kuralları 04/06/2020 tarihli Yayın Kurulu Kararı ile güncellenmiştir. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın BAŐBUŐ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemal ŞANLI

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNÇİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine AKYÜZ

Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ersan ÖZ

Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fügen SARGIN

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamdi

MOLLAMAHMUTOĞLU

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan BACANLI

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Eğitim Fakültesi

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KAYAR

Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kadir ARICI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kamil Ufuk BİLGİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet DEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Melikşah YASİN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nihat BULUT

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Süha TANRIVER

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Şafak NARBAY

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yavuz ATAR

İBN Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK

Polis Akademisi Başkanı

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

İstanbul Ticaret Üniversitesi

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

KAMU HUKUKU

HUKUK TARİHİ AÇISINDAN KALEBEND DEFTERLERİ

Kalabend Registers in Terms of History of Law

İsmail ALTINÖZ s. 1-12

DİJİTAL DÜNYADA ÇEVİRİMİÇİ RİSKLER, BİLİŞİM SUÇLARI VE MAĞDUR ÇOCUK

Online Risks in The Digital World, Cyber Crimes and Child Victims

Pelin ÖZKAYA s. 13-42

TÜRK CEZA YARGILAMASINDA İSTİNAF MAHKEMESİ KARARLARININ KESİN NİTELİĞİ VE KANUN YOLLARINA BAŞVURU

Right to Apply to Legal Remedies and Irrevocable Qualification of Appeal Court Decisions in Turkish Criminal Justice System

Mustafa ATALAN s. 43-80

KENTSEL DÖNÜŞÜM KAPSAMINDA AFET RİSKİ ALTINDAKİ YAPILARIN TESPİTİ VE TESPİTE İTİRAZ

The Detection of Structures under Disaster Risk within the Scope of Urban Transformation and the Objection to the Detection

Nijat AMIRASLANLI s. 81-114

FOUCAULT PERSPEKTİFİNDEN CEZALANDIRMA ANLAYIŞINDAKİ DEĞİŞİM

Change in the Understanding of Punishing with Respect to Foucault's Ideas

Funda KAYA BOZOK; Zeliha KILIÇPARLAR s. 115-138

TRAFİK İDARİ PARA CEZALARININ YARGISAL DENETİMİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

An Assessment on Judicial Review of Traffic Administrative Fines

Hakan ARSLANER s. 139-168

SANAL GERÇEKLİK VE ARTIRILMIŞ GERÇEKLİK UYGULAMALARININ CEZA HUKUKU ÜZERİNDEKİ OLASI ETKİLERİ ÜZERİNE BİR DENEME

An Essay on the Possible Effects of Virtual Reality and Augmented Reality Technologies on Criminal Law

Tamer SOYSAL s. 169-246

7406 SAYILI KANUN’UN SAĞLIK ÇALIŞANLARI BAKIMINDAN
GETİRDİĞİ YENİ DÜZENLEMELER

New Regulations Brought by Law No. 7406 For Healthcare Workers

Serap KAYGUSUZs. 247-284

EŞYANIN DOSYADA DELİL OLARAK SAKLANMASI KARARI
ÜZERİNE BİR İNCELEME

An Examination of the Decision to Keep the Property as Evidence in the File

Uğur ERSOY; Sibel CANs. 285-310

ÖZEL HUKUK

7343 SAYILI KANUN İLE İHALENİN FESHİ ŞİKÂYESİNDE (İİK m.134)
YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Assesment of The Amendments Made in Complaint of Annulment of Tender
with The Code No 7343*

Yasin KÖSEs. 313-340

COMMON LAW’DA “TRUST”IN KÖKENİ OLARAK İSLAMİ “VAKIF”
KURUMU

The Islamic “Waqf” Institution as the Origin of “Trust” in Common Law

Şahban YILDIRIMERs. 341-362

GÖÇ ve VATANDAŞLIK İLİŞKİSİNDE ULUS-ÖTESİ BİR
FORMÜLASYON OLARAK *JUS NEXI* ESASI VE İŞLEVSELLİĞİ

*As A Transnational Formulation on Migration and Citizenship Relationship:
Jus Nexi and It’s Functionality*

Fatma Elif ÇELİKs. 363-396

ALACAKLININ TEMERRÜDÜ HALİNDE BORÇLUDAN FAİZ
İSTENİP İSTENEMEYECEĞİ MESELESİ

*The Issue Whether Interest can be Demanded From the Debt in Case of the
Default of Creditor*

İmge Hazal YILMAZ TEKİNs. 397-420

TÜKETİCİNİN AYIPLI HİZMET HALİNDE MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ
The Consumer’s Moral Compensation Demand Due to Defective Service

Miray Özer DENİZ; İdil Nur GÜRBÜZ GÖKBERKs. 421-444

ANONİM ORTAKLIK SERMAYE ARTIRIMINDA YÖNETİM KURULU
BEYANI

Statement of the Board of Directors in a Joint Stock Company Capital Increase

Fahri ÖZSUNGURs. 445-474

HAKARETİN SUÇ OLMAKTAN ÇIKARILMASI VE İKAME YAPTIRIM
ÖNERİSİ: ÖZEL HUKUK CEZASI

*Decriminalization of Defamation and the Proposition of a Substitute Sanction:
Civil Punishment*

Tuççe ORAL; Eylem BAŞs. 475-548

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



 **Jurix**

Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

KAMU HUKUKU

HUKUK TARİHİ AÇISINDAN KALEBEND DEFTERLERİ

Kalabend Registers in Terms of History of Law

İsmail ALTINÖZ*

Özet

Kalebend Defterleri, Dîvân-ı Hümâyun tarafından verilen cezalara ait hükümlerin kaydına mahsûs defterlerdir. Osmanlı hukuku içerisinde ana kaynak durumunda bulunan bu defterler hukuk tarihi araştırmaları açısından büyük ehemmiyeti haizdirler. Bu çalışmada Kalebend Defterlerinin hukuk tarihi bakımından önemi, bu defterlerin Osmanlı bürokrasisi içerisinde işleyiş tarzına değinilecektir. Kalebend suçunu işleyenlerin ne şekilde kalebend oldukları, hukuki anlamda yapılan işlemler, bunların kalelere ne şekilde intikal ettiklerini bu defterler sayesinde öğrenebilmekteyiz. Bu çalışmanın temel kaynağını arşiv malzemesi oluşturmaktadır. Kalebend Defterleri İstanbul'daki Osmanlı Arşivi'nde yer almaktadır. Bu defterlerin hukuk ile ilgili vesikalar olması hasebiyle, bunlar Osmanlı hukuk tarihi açısından tetkike tâbi tutulacak ve ardından diplomatik açıdan değerlendirilmeleri yapılacaktır.

Böylece, İslâm Ceza hukukundan neş'et eden ve Osmanlı hukukunda tazir cezaları içerisinde yer alan kayıtların tutulduğu Kalebend defterleri ile alakalı olarak direk arşiv malzemesine dayalı olarak yapılan bu çalışma orijinal bilimsel makale niteliğini de taşımaktadır. Bu çalışma ile Osmanlı hukuku içerisinde önemli bir yere sahip olan Kalebendlik cezası ile ilgili tüm bilgilerin tutulduğu bu defterler dönemin belgelerinden istifade edilmek suretiyle yararlanılması neticesinde bilim dünyasına katkıda bulunulması amaçlanmaktadır.

Hangi suçları işleyenlerin kalebend cezasına çarptırıldıklarını yine bu defterler sayesinde öğrenebilmekteyiz. Bu vesileyle bu defterler Osmanlı hukukunun ana kaynakları arasındadırlar.

Anahtar Kelimeler: Kalebend, Kalebend defterleri, Suç, Ceza, Sürgün, Hukuk, Tazir.

Abstract

Kalebend Registers are the registers dedicated to the recording of the judgments of the punishments given by Dîvân-ı Hümâyun. These registry notebooks, which are the main sources of the Ottoman Criminal Law, are of great importance in terms of legal history research. In this study, the importance of Kalebend Registers in terms of legal history and their functioning in the Ottoman bureaucracy will be discussed. We can learn about how the perpetrators of the Kalebend crimes sentenced kalebend punishment

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 29.01.2021

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 21.12.2022

* Doç. Dr., Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Tarih Bölümü, altinoz@ksu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-0716-6014>



from these notebooks and their legal procedures and how they were transferred to the fortress. The main sources of this study consists of archive materials. Kalebend Registers are kept in the Istanbul Ottoman Archives. Since these notebooks are legal documents, they will be examined in terms of Ottoman legal history and then they will be evaluated diplomatically.

Thus, this study based on the archive materials directly related to the Kalebend Registers, which derives from the Islamic Criminal Law and which are included in the criminal punishment in the Ottoman Criminal Law, are also subject of this article. With this study, it is aimed at contributing to the academic world by making use of these notebooks, which contain all the information about the Kalebend punishment, which has an important place in the Ottoman criminal law.

We can also learn about those who committed crimes were sentenced to kalebend from these notebooks. On this occasion, these notebooks are one of the main sources of Ottoman criminal law.

Key Words: Kalebend, Kalebend Registers, Crime, Punishment, Exile, Law, Style.

GİRİŞ

Arapça kal'a ve Farsça bend kelimelerinden teşekkül eden kal'a-bend sözlükte "kaleye bağlanmış, kalede hapsedilmiş kimse" manasına gelmektedir¹. Suçluların kale surları dışına çıkmasını yasaklayan ve suçlarını kale içerisinde çekmelerini sağlayan kalebend terimi² ile birlikte, cezalarını kapalı mekânlarda çekenlere zindan-bend³, aynı şekilde cezalarını ada üzerinde üzerinde çekenlere ise; cezîre-bend⁴, askerî maksatlar ile yapılmış ve diğerlerine göre daha hafif olan ceza türü ise; palanka-bend, mahkûmların kaçışını önlemek amacıyla zincire bağlanmak suretiyle veya ayaklarına ağırlıklar konularak cezasını çekenler için ise; pranga-prangabentlik⁵ cezası verilir⁶.

¹ Şemseddin Sami, *Kâmus-ı Türkî*, (Çağrı 1987), 1079.

² Midhat Sertoğlu, *Osmanlı Tarih Lûgati*, (Enderun 1986), 168; Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri bakımından büyük bir boşluğu dolduran Mehmet Zeki Pakalın tarafından kaleme alınan 3 ciltlik *Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü*'nde "Kalebend" teriminin bulunmaması ilginçtir.

³ Osmanlı Devleti'nde Kıbrıs adasına "Zindanbend" olarak sürgün cezası verilenler konusunda bkz. Ali Efdal Özkul, "Osmanlı Devleti'nin Kıbrıs Adasına Yaptığı Sürgünler, *Osmanlı Döneminde Kıbrıs*, Editörler: Mehmet Mahfuz Söylemez-İbrahim Çapak-Halil Ortakçı, (Seçil 2016), 84; Benzer cezalar olan "Zindanbentlik" ile "Kalebendliği" birbiriyle karıştırmamak gerektiğine Uğur Koca tarafından yapılan bir çalışmada dikkat çekilmektedir. "Zira kalebentlik ile zindanbentlik yakın tabirler olsa da ayrı ceza usulleri" olduğu vurgulanmaktadır. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Uğur Koca, "Boğazkesen Kalesi Kalebentleri (XVIII. Yüzyılın İlk Yarısı) *Tarih Dergisi*, Sayı: 67 (İstanbul 2018), 126.

⁴ Adalarda bulunan kalalarda çektirilen kalebentlik cezasına cezirebentlik denilmesi konusunda bkz. Mustafa Avcı, *Hukuk Tarihimizde Hapis*, (Adalet Akademisi 2014), 206.

⁵ Prangabentlik konusunda bkz. M. Zeki Uyanık, "Batı ve Doğu Kültüründe Hapishane", *Mizânü'l Hak İslami İlimler Dergisi*, Sayı: 4, (2017), s.119-120.

⁶ Mustafa Avcı, "Osmanlı Uygulamasında İnfazı Özellik Gösteren Hapis Türleri: Kalebentlik,

Bunların dışında özellikle gayri müslim tebaadan olan suçluların manastırlarda muhafaza edilenlerine ise; manastır-bend⁷, bu cezalarını kulelerde çekenlere ise; kule-bend denilir⁸. Fransızların Osmanlı Devleti'nde usulüne uygun bir şekilde uygulanmasına "Hakiki Kalebentlik"; mahkûmların kimseyle görüştürülmemesi (adeta hücre hapsi) şeklindeki uygulamasına ise; "Adi Kalebentlik" denilmesine Mustafa Avcı tarafından dikkat çekilmektedir⁹.

İslâm hukukunda cezaî müeyyidesi olup had ve kısas-diyet suçları dışında kalan hukuka aykırı her fiil ta'zîr suç olarak nitelenir. İslâm'da suçların en aza ineceği bir hayat tarzının ve toplum yapısının kurulmasına, kötülüğün işlenmesini ve aleniyet kazanmasını önlemeye öncelik verildiğinden getirilen dinî ve ahlâkî sistem, suçların cezalandırılmasından çok suç işlemeyi kolaylaştıran sebepleri ortadan kaldırmayı hedef almıştır¹⁰.

Kalebentlik cezasının ne zaman ve hangi devlette ortaya çıktığı kesin olarak bilinmemekle birlikte, Selçuklu ve İran Moğolları tarafından uygulanmışlığına dair görüşlerin bulunduğu ancak bu devletlerin uygulamaları ile Osmanlıların uygulamalarının aynı olup olmadıkları konusunda bir fikir sahibi olunmadığına Güler Bayraktar tarafından dikkat çekilmektedir. Selçuklu Devleti'nde bir suç ve hilesi nedeniyle görevinden el çektirilen devlet adamlarının kalelere hapsedildiği veya zindanlara koyuldukları belirtilmektedir. Ancak, bu mahkûmların hayatları konusunda bilgi sahibi olunmadığı vurgulanmaktadır¹¹. İbn Bîbî tarihine göre, Selçuklu döneminde Konyalı Sahib Ata Fahrüddin Ali b. Hüseyin vezirlikten uzaklaştırıldıktan sonra tutuklanmış, önce Saraydan Emir-i dâd'ın evine, oradan da Osmancık Kalesine gönderilmiştir. Memluklular döneminde Kahire Kalesindeki mahkûmların büyük bir çoğunluğunu esirler ve siyâsi suçlular teşkil ederdi. Aynı şekilde İran Moğollarında (1220-1350)

Kürek ve Prangabentlik", *Yeni Türkiye* (Türkoloji ve Türk Tarihi Araştırmaları Özel Sayısı III), Sayı: 45, (Ankara: Mayıs-Haziran 2002), s.128.

⁷ Elif Bayraktar Tellan, "Osmanlı Araştırmalarında Yeni Kaynakların Tarihyazımına Katkıları: Manastırbend Örneği", *Tarihyazımı*, (Kış 2019), 1/2, s.171-190; Osmanlı döneminde manastırbend konusunda şu bilgi enteresandır: "On altıncı yüzyıl sonuna ait bir kayıta Aynoroz'a sürülmüş olan eski Varna metropolidi Parthenios'un kaçıp İstanbul'a geldiğini Patrik İeremias kadı huzurunda ifade ve ispat etmiş, bunun üzerine Parthenios'un yakalanıp yeniden Aynoroz'daki Simona (Simonopetra) Manastırı'na gönderilmesi emredilmiştir. Burada dikkat çeken önemli bir husus, patriğin bu dönemde iddiasını kadı huzurunda tescil ettirmesidir. On sekizinci yüzyılın başından itibaren ise; patriklerin meramlarını arzuhallerinde ifade etmelerinin yeterli olduğunu görmekteyiz".

⁸ Ömer İşbilir, "Kalebend", *DİA*, Ek-2, s.5.

⁹ Mustafa Avcı tarafından kaleme alınan *Hukuk Tarihimizde Hapis* adlı kitabında kalebentlik konusunu da ele almıştır. Bu konuda bkz. Mustafa Avcı, *Hukuk Tarihimizde Hapis*, (Türkiye Adalet Akademisi 2014), 205-212.

¹⁰ Mehmet Boynukalın, "Suç", *DİA*, XXXVII, 454.

¹¹ Güler Bayraktar, *Osmanlı Devleti'nde Kal'a-bend Cezası (5 Numaralı Kal'a-Bend Defteri, Z.1150-B.1151)*, (Yüksek Lisans Tezi, Gaziosmanpaşa Üniversitesi 2003), 24-25.

âsi prensler ve emirler nefy/sürgün ve kalebentlik cezası ile cezalandırılırdı. Siyasî hasımlar ise; demirden kafesler içine konulurlardı¹².

Osmanlı Devleti'nde Kamu hukuku ile ilgili şahsî suçların cezâi müeyyehelerinin İslâm hukuna dayandığı bilinmektedir. M. Âkif Aydın, klâsik dönem Osmanlı hukuku kitaplarında en önemli bölümü cezâ (*ukubât*) hukukunun oluşturduğunu belirterek, hukuka mugayir fiillerin karşılığı olarak had, kısas ve tazir şeklinde tasnifini yapar¹³.

İslâm hukuku içerisinde yukarıda belirlenen üç kategorideki suçlardan tazir¹⁴ suçu yetkinin devlet başkanına ve veya hâkime bırakıldığı bir alan içerisinde yer almaktadır. Bu hukuk normları çerçevesinde had cezasını eşkıyalık, hırsızlık, irtidad, yol kesme, bağı ve sarhoşluk teşkil eder iken; kısas suçlarını da adam öldürme ve yaralama gibi benzer suçlar teşkil etmektedir¹⁵. Bununla ilgili hükümler ise; siyasetnâme ve kanunnâmelerin içerisinde yer almaktadır. “Osmanlı kanunnamelerinde görülen para cezasına tahvillerin suçun oluşumundaki eksikliklerle ilgili bulunması, bu anlamda ceza takdirinde farklı tatbikatın zuhuruna da yol açıldığına” Feridun M. Emecen tarafından dikkat çekilmektedir. Aynı yazar tarafından “Had ve kısasta suç unsurlarından birinin eksik olması halinde bunlar tazir grubuna alınarak müeyyideleri devlet başkanının yetkisine bırakıldığına” dikkat çekilmektedir¹⁶.

Tazir cezası kalebentlik hapsini gerektiren suçlardan birisidir¹⁷. Kalebentlik cezası ile Zindanbentlik cezalarının farklı olduğuna Ahmet Aksın ve Suha Oğuz Baytimur tarafından yapılan bir çalışmada vurgu yapılmaktadır¹⁸.

Kalebentlik cezasına mahkûm edilenler; surlarla çevrili kaleden çıkmamak kaydıyla bir şehir ve kasada ikamet edebilecekleri gibi, firar ve benzeri hadiseler olmadığı müddetçe kale halkıyla biraraya gelebilmekte, onlar ile iletişim kurabilmekte, kale içerisindeki mabet yerlerini ziyaret edebildikleri gibi, mes-

¹² Avcı, (n 6), 134.

¹³ M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, (6. Baskı, Hars 2007), 168-169; Ayrıca bkz. Mehmet Âkif Aydın, “Ceza” [Osmanlı Ceza Hukuku], *DİA*, VII, 478-482.

¹⁴ Tazir hakkında bkz. Tuncay Başoğlu, “Ta‘zîr”, *DİA*, XL, 198-202.

¹⁵ Osmanlı Devleti'nde Ceza hukukunda Had, Kısas ve Ta‘zîr suçlarının sarih bir şekilde tanımı ve kanuni bir çerçevede izâhatının yapılması konusunda bkz. Feridun M. Emecen, “Şehzade Divanında Suç ve Ceza”, *T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın'a Armağan*, (Yıl: 2015), XXI/2, 56.

¹⁶ Emecen, (n 16), 56.

¹⁷ Osmanlı Hukukunda Tazir Suçlarına Kalebentlik Cezası verilmesi konusunda bkz. Mehmet Koç, *Osmanlı Hukukunda Ta‘zîr Suç ve Cezaları*, (Doktora Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi 2017).

¹⁸ Ahmet Aksın-Suha Oğuz Baytimur, “25 Numaralı Kalebend Defterinin Tanıtımı ve Kalebend Defterlerinin Osmanlı Sosyal Tarihi Bakımından Önemi”, *XV. Türk Tarih Kongresi* (11-15 Eylül 2006 Ankara), Kongreye Sunulan Bildiriler, C. IV, I. Kısım, TTK. Basımevi, Ankara, 2010, 797.

lek ve sanatlarını de yerine getirebilmektedirler. Bunlara ilave olarak tarımsal faaliyetlerini gerçekleştirebilmek amacıyla toprak kirayabilmekte ve bekâr olanların evlenmelerine müsaade edilmektedir. Bunların dışında devam eden bir davaları var ise; bir memur eşliğinde bu duruşmalara katılabilmektedirler. Genele teşmil olunan bu uygulamaların dışında farklı kalelerde değişik uygulamaların da olduğu görülmektedir. Ancak, kalebendlerin meşakkatli işlerde çalıştırılmayacağı, onurlarının zedelenmemesi açısından teşhir edilemeyeceği ve demire (pranga) vurulamayacağı belirtilmektedir¹⁹.

Kalebend cezasına çarptırılanların yeni bir suç işlemesi durumunda ise; bundan daha ağır bir ceza olan kürek cezasına çarptırıldıkları görülmektedir. Kalebendlik cezasının sona ermesi; ya affedilmeleri ya da yakınları sayesinde veya kendilerine güvenilir mahalle sakinlerinin kefaleti ile mümkün olabilmektedir²⁰.

Kalebendlik cezası, devlet tarafından belirlenen kalelerde suçluların hapsi şeklinde gerçekleşmekte idi. Bu kalelerin seçimi suçun büyüklüğüne veya küçüklüğüne göre şekillenebildiği gibi, bu kalenin mahkûmun yaşadığı yere yakın olması ile de alakalı idi. Ancak, hükümlülerin işlemiş oldukları suçların ağır olması durumunda kalenin yakınlığı etkili olmamakta, uzak diyarlardaki kaleler tercih edilmektedir²¹.

Kalebendlik cezasına çarptırılanlar arasında ticarî hayat ile iştigal eden esnaf teşekkülleri de bulunmaktadır. Bunlar arasında standart dışı mal üretenler, bunları alışkanlık haline getirenler ve narhlara uygun hareket etmeyenler, stokçuluk yaparak fiyatların artışına neden olanlar, kadı ve kethüdanın izni olmadan işyeri açanlar, ölçü ve tartıda hile yapanlar, kadı ve kethüdanın izinsiz dükkân açanlar, bugün müşteri ilişkileri yönetimi açısından önemli bir mevzu olan müşterilerine sert davrananlar kalebendlik ile cezasına çarptırılırdı²². Bunların dışında ilmiye, kalemiye, seyfiye sınıfından kişiler işledikleri suçların niteliğine göre kalebend cezası uygulanırdı²³.

XVI. Asırda her ne kadar belgelere “Kalebend” ismiyle hükümler yansımamış olsa bile, o dönemde hükümlülerin kaleye hapsedilerek kalebend edildiklerine hükmedilebilir²⁴. Kalebendlik ile ilgili olarak yapılan çalışmalarda Kale hapsine tabi tutulan mahkûmların iâşelerini nasıl temin ettikleri ve beslenmelerini ne şekilde ifâ ettiklerine dâir bilgilere pek rastlanılmamıştır. Bu konuyla

¹⁹ Avcı (n 12), 137.

²⁰ Avcı (n 20), 137.

²¹ Faruk Algül, *11 Numaralı Kalebend Defteri'ne (H.1167-1169-M.1754-1756) Göre Suç ve Suçlu Profili*, (Yüksek Lisans Tezi, Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi 2019), 33.

²² Esra Yakut, “Tanzimat Dönemi’ne Kadar Osmanlı Hukuku’nda Taziri Gerektiren Suçlar ve Cezaları”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, Sayı: 2, (Güz 2006), 36.

²³ Algül, (n 21), 33.

²⁴ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Gültekin Yıldız, *Mapusâne: Osmanlı Hapishanelerinin Kuruluş Serüveni (1839-1908)*, (1. Baskı, Kitabevi 2012).



alakalı olarak Osmanlı Döneminde hapisaneler üzerine yapılan bir çalışmada²⁵ “kale içinde mahpusların yiyecek ihtiyacı dışarıdan sağlanan “yemek sadakası” ile karşılanmakta, kale idaresi bunun için masrafa girmekten kaçınılmaktadır” ifadesi yer almaktadır. Aynı şekilde Kalebend üzerine yapılan başka bir çalışmada²⁶ ise; kalebend cezasına çarptırılan mahkûmların geçimlerini ve iâşelerini ne şekilde tedârik ettiklerine dair arşiv kayıtlarında bilgi bulunmadığı belirtilmektedir. Kalebend hapsine tâbi tutulan mahkûmlara “günde bir parça ekmek, akşamları çorba ve bazı günler pilav, ayrıca kurban bayramlarında bir miktar et verildiğine dair kayıtlardan” bahsedilmektedir²⁷.

Kalebend Defterleri ve Belgeleri

Kalebend Defterleri²⁸, Divan-ı Hümâyûn’da alınan kalebendlik cezası ile ilgili kararların kayıtlara geçtiği defterlerdir²⁹. Birinci Seride; Başkanlık Osmanlı Arşivi, Dîvân-ı Hümâyûn Bâb-ı Asafî Defterleri arasında toplam 7 defter bulunmakta olup, İlk defter 1680 tarihinde başlayıp, son defter ise; 1833 tarihine kadar gelmektedir. İkinci seride ise; aynı tasnifte toplam 45 defter bulunmakta olup, ilk defter 1722 tarihinde başlayıp, son defter ise; 1735 tarihine kadar ulaşmaktadır³⁰. Ayrıca, Başkanlık Osmanlı Arşivi, Kâmil Kepeci Fonu içerisinde yer alan Çavuşbaşılik Defterleri arasında 677 numara ile kayıtlı bulunan H.955/M.1548 tarihli *Hapis ve İdam Edilen Eşhâsın İsimleri* ve 678 numara ile kayıtlı bulunan H.1116/M.1704 tarihli *Muhtelif Yerlere Nefyolunan Eşhasın İsimleri* adıyla 2 adet defter bulunmaktadır. Muhtemelen bu defterlerin içerisinde Kalebend hükümlerini içeren bilgiler de bulunabilir³¹. Ayrıca, aynı ar-

²⁵ XVI. Asırda mahkûmların kalelerde mahbus edilmesi konusunda bkz. Gültekin Yıldız, *Mapusâne: Osmanlı Hapishanelerinin Kuruluş Serüveni (1839-1908)*, (1. Baskı, Kitabevi 2012), 28ⁿ.

²⁶ Suha Oğuz Baytımur, *Osmanlı Devleti’nde Hapis ve Sürgün Cezaları (1791-1808)*, (Doktora Tezi, Fırat Üniversitesi 2011), 163.

²⁷ Baytımur, (n 26), 161-164.

²⁸ Kalebend Defterleri’nin **İçerik ve Teknik Yönden Değerlendirilmesi konusunda bkz. Volkan Çeribaş**, “Kalebend Defterlerinde Geçen Suç ve Ceza Türleri: 33 Numaralı Kalebend Defteri Örneği”, *History Studies*, X/9, (Aralık 2018), 85-102.

²⁹ *Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA) Rehberi*, (Seçil 2017), 50; Kalebend Defterlerinin tasnifi, muhtevası ve Osmanlı ceza hukuku açısından değerlendirilmesi için bkz. Suha Oğuz Baytımur, “Kal’abend Tasnifi, Muhtevası ve Osmanlı Ceza Hukuku Açısından Önemi”, *Osmanlı Sosyal ve Ekonomik Tarihi: Prof. Dr. Yılmaz Kurt Armağanı, I*, Editörler: Doç. Dr. Hatice Oruç-Dr. Muhammed Ceyhan, (1. Baskı, Akçağ 2016), 184-202.

³⁰ Bu defter listeleri için bkz. *Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA) Rehberi*, (Seçil 2017), 50-51.

³¹ Bu defter listeleri için bkz. *Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA) Rehberi*, (Seçil 2017), 80; Uriel Heyd Osmanlı Devleti’nde kalebendlik ile ilgili ilk kayıtlara Başkanlık Osmanlı Arşivi Kâmil Kepeci Tasnifi içerisinde yer alan 678 nolu katalogda, H.1115-22/M.1703-11 yıllarına ait kayıtlarda rastlandığını belirtmektedir. Ayrıca, aynı tasnifte Kalebend Defteri serisinin

şivde defter tasniflerinin dışında *Kalebend Kalemi Belgeleri*³² adıyla bir belge tasnifi bulunmaktadır. Bu kalemdeki belgeler kalebendlik cezasına mahkûm edilenlerle alâkalı kayıtları ihtiva etmektedir. Bu tasnifte H. 1125/M.1713-H.1255/M.1839 tarihlerini içeren 229 adet dosya yer almaktadır³³. Mezkûr arşivde bu belgeler Bâb-1 Âsafî tasnifi içerisinde Dîvân-ı Hümâyûn Kalebendlik Kalemi (A. {DVN.KLB}) adıyla Kalebendlik ile alakalı belgeler, yine aynı tasnifte; Dîvân (Beylikçi) Kalemi Kalebend Defterleri (A. {DVN.KLB.d}) ve Dîvân-ı Hümâyûn Sicilleri Kalebend Defterleri (A. {DVNSKLB.d}) ismiyle defterler kayıtlıdır³⁴.

Osmanlı Merkez Teşkilatı içerisinde yer alan Kalebend Defterleri; dönemin idâri, mâli, askerî, sosyal ve hukukî yapısı hakkında bilgiler vermektedir. Bu bilgiler çerçevesinde özellikle toplum katmanları arasında işlenen suç oranları, bunların nelerden ibaret olduğu vs. gibi durumları bu defterler sayesinde öğrenebilmekteyiz. Hukuk tarihi açısından büyük ehemmiyeti haiz olan bu defterlerden güçler arasındaki denge konusunda da fikir sahibi olabilmekteyiz. Burada “halkın güçlüler karşısındaki acziyeti ve idarecilerin bunlara karşı olumsuz tutumu, toplum içerisinde kumar oynama ve içki imal edip içme, gayri ahlakî davranışların varlığı, fesat çıkarıp ortalığı karıştırma, gayrimüslim halkın sorunlarının bir kısmı ve bunların çözümü vb. durumlar” bu defterlerde kayıtlıdır³⁵.

İstanbul’daki Osmanlı Arşivinin değişik tasniflerinde yer alan ve dosyalanan vesikalar haricinde *Cevdet Adliye*, *Cevdet Belediye*, *Cevdet Zaptiye*, *Cevdet Dâhiliye* ve *Ali Emiri* gibi bazı fonlarda müstakil kalebendlik vesikaların yer almasıdır. Ayrıca *Maliyeden Müdevver Defterler (MAD.d.)* kodu altında bazı *Kalebend Defterleri*³⁶ ve *Mühimme Defterleri*’nde de kalebendlik ile ilgili bazı hükümler³⁷ mevcut bulunmaktadır³⁸.

44 büyük cildinde, bunlardan en eski defterin 1134/1721-2 yılında başladığına dikkat çekmektedir. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Uriel Heyd, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Edited by V. L. Menage, (Clarendon 1973), 302-303.

³² Başkanlık Osmanlı Arşivi’ndeki Kalebend belgeleri ve defterlerinin tanıtımı konusunda bkz. Suha Oğuz Baytimur, *Osmanlı Devleti’nde Hapis ve Sürgün Cezaları (1791-1808)*, (Doktora Tezi, Fırat Üniversitesi 2011), XIV-XV.

³³ Bu defter listeleri için bkz. *Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA) Rehberi*, (Seçil 2017), 164.

³⁴ Bu defter listeleri için bkz. *Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA) Rehberi*, (Seçil 2017), 322.

³⁵ Aksın-Baytimur, (n 18), 796.

³⁶ Koca, (n 3), 128.

³⁷ Mühimme Defterlerinde Kalebendlik hükümleri konusunda bkz. Mihriban Artan, *Mühimme Defterlerine Göre Osmanlı Devleti’nde Eşkyaçılık Hareketleri (1626-1631)*, (Yüksek Lisans Tezi, Mardin Artuklu Üniversitesi 2016).

³⁸ Koca, (n 36), 128.



Kalebend Defterleri'nde; bazı durumlarda mahalli kadılar tarafından da hükmedilir, ancak kadıların vermiş oldukları kararlar sadaretin onayı alındıktan sonra infaz edilirdi. Osmanlının ilk dönemlerinde yaygın olarak kullanılmayan bu ceza değildir. Ancak "16. yüzyılda borçlarını ödemeyen mültezimlerin zindanlara atılarak buralarda cezalarını çektiklerinden" bahsedilmektedir³⁹. Yine bu dönemlerde, bazı suçlular padişahın haklarında vereceği ceza gerçekleşinceye kadar bir süre hapiste tutulurlardı. Uriel Heyd, Osmanlı Devleti'nde kalebendlik ile ilgili ilk kayıtlara Osmanlı Arşivi Kâmil Kepeci Tasnifi içerisinde yer alan 678 nolu katalogda, H.1115-22/M.1703-11 yıllarına ait kayıtlarda rastlandığını belirtmektedir. Ayrıca, aynı tasnifte Kalebend Defteri serisinin 44 büyük cildinde, bunlardan en eski defterin 1134/1721-2 yılında başladığına dikkat çekmektedir⁴⁰. Aynı şekilde Neşe Erim ise; kalebendlik cezasının XVIII. yüzyıldan itibaren sık müracaat edilen bir ceza türü olmaya başladığını belirtmektedir⁴¹.

Tanzimat öncesi dönemde; halktan gelen arzuhal ve şikâyetler Dîvân-ı Hümûyun'da görüşüldükten sonra eğer Kalebend cezası verilmişse bu suçlar Kalebend Defterlerine kaydedilmekte idi. Ancak, Divân-ı Hümûyun'da alınan bu kararların icrâsı kadı ve nâibler tarafından gerçekleştirilmekte idi. Bu görevlilerden öncelikle Divân-ı Hümûyun tarafından talep edilen şey; "hüküm giymiş şahsın kararda belirtildiği şekil ve sürede cezasını çekeceği bölgeye bir an önce götürülerek ikametinin" temin edilmesiydi. Tanzimat ile birlikte devlet yönetiminde yapılan değişiklikler hukuk sistemine de sirâyet etmişti. Bu dönemde Dîvân-ı Hümûyun'da alınan kararlar önce "Meclis-i Âli-i Tanzimat'ta daha sonra ise; Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye'de görüşüldükten sonra" karara bağlanmaya başlamıştı. 1868 yılına gelindiğinde ise; yukarıda isimlerini zikrettiğimiz iki kurumda alınan karar her hukukî süreci hem de işleyişi yavaşlattığından dolayı "bu iki kurumun birleştirilmesiyle Şurâ-yı Devlet oluşturulmuş, Şurâ-yı Devlet hem bu görüşmelerin yapılıp hem de idâri yargı görevinin icrâ edildiği kurum haline gelmiştir". Bu dönem içerisinde benzer kararlar için Kalebend defterleri yerine "*Nefy-u İtlak Defterleri*" tutulmaya başlamıştır. Bu defterler Kalebend Defterlerine göre daha sarîh hükümleri ihtiva etmekte idi⁴².

³⁹ Aksın-Baytimur, (n 35), 797.

⁴⁰ Heyd, (n 31), 302-303.

⁴¹ Neşe Erim, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Kalebendlik Cezası ve Suçların Sınıflandırılması Üzerine Bir Deneme", *Osmanlı Araştırmaları*, Sayı: 4 (1984), 81; Neşe Erim tarafından yayımlanan bu makale Osmanlı Devleti'nde kalebendlik konusunda ilk bilimsel çalışma özelliğini taşımaktadır.

⁴² Harun Çoban, "Nefy-ü Kısas Defterlerine Göre Tanzimat Sonrasında Balkanlardan Yapılan Sürgünler (1848-1883)", *Vakanüvis - Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi*, (2018) III/2, 147.

SONUÇ

Hukuk Tarihi Açısından bu çalışmada temelde Kalebend defterlerinin Osmanlı ceza hukuku açısından önemine değinilmiştir. Osmanlı Devleti'nin bu dönemde ekonomik sıkıntılara bağlı olarak asayiş ile ilgili problemlerin meydana gelmesi neticesinde daha önce hapis cezası olarak adlandırılan ancak XVIII. yüzyılın başından itibaren kullanmaya başladığı kalebendlik cezası birlikte Kalebend Defterleri de hukuk literatürüne girmeye başlanmıştır.

Kalebend Defterlerinde daha çok suçluların bulunduğu mahalde yakalanaarak tedib edilmek/uslandırılmak ve ibret amacıyla değişik kalelere gönderildiği anlaşılmaktadır. Belirli bir süre kalebend olarak kalan kişilerin bazen kendi talepleri bazen de ailelerinin talepleri neticesinde itlâkıyçün/salıverilmesi için tekrâr emir ve “Yarım Mühürlü Ocak Mektûbu” gelmediği müddetçe itlâk/salıverilmemesi ve firâından kaçınılması belirtilmektedir. Bu mektup ise, Yeniçeri ağası tarafından verilmekte idi. “Yarım Mühürlü Ocak Mektûbu” Osmanlı Diplomatîği açısından büyük ehemmiyet arz etmektedir. Osmanlı bürokrasisinde yetkilerin sınırlandırılması bakımından bu tür uygulamaların olduğu bilinmektedir. Kalebendlik cezasının uygulanması ve suçluların salıverilmesi esnasında Yeniçeri ağası ile birlikte kale dizdarı ve oradaki meskûn mahallin kadısının da yetkisi bulunmakta yukarıda isimleri geçen görevliler ile birlikte hareket etmekte idiler.

“Muhkem Habs”, Kalebend cezası verilen hükümlerin yer aldığı Kalebend Defterlerinde geçen bu ifadeden anlaşılacağı üzere; kalelerde hapis cezası çekmek üzere verilen ve bu kişiler için kullanılan “Muhkem Habs” ifadesinden anlaşılan bunların sağlam bir şekilde kalelere hapsedilerek kaçmalarının önüne geçilmesi kast edilmektedir. Hapis cezalarının muhkem hale getirilerek ve hiçbir şekilde mahkûmun kaleden kaçmasına vesile olacak durumların çıkarmaması ve korunması ve güvenli bir şekilde hapis cezalarını çektikleri şekilde yorumlanabilir. Bu konu ile alakalı belgelere yüzlerce hüküm yansımıştır.

Kalebend Defterlerinde dikkati çeken diğer bir husus ise; belgelerin dilinin hukuk lisaniyla yazılmış olmasıdır. Bu vesileyle belgelerin diplomatik açıdan da incelenmesi büyük önem arz etmektedir. Örneğin: incelediğimiz belgelerin birinde Varna Kalesine kalebend olarak gönderilecek kişilerin “sûret-i sicil-lâtiyla arz ve i'lâm olunmak fermânım olmağın” şeklinde “kal'a-i merkûmede muhkem-habs ve kal'a-bend eyleyüp tekrâr emri-şerîf ve mücebince ocakdan mektûb vârid olmadıkça bir tarikiyle itlâklarından be-gayet hazer ve mücânebet eyleyesüz” ifadesinin geçmesi diplomatik açıdan bize Osmanlı ceza hukuku ile ilgili belgeler hakkında fikir vermektedir. Mahkûmların daha önce sicillerinin incelenerek kale hapsine gönderilmeleri, ardından yetkili kişilerce itlak emri gelmediği müddetçe bunların salıverilmelerinden/serbest bırakılmalarından kaçınılmasına belge sonlarında tekid ve tehdid meyanında diplomatik açıdan dikkat çekilmektedir.



Kalebend Defterlerinde “Muhkem Habs“, “Muhkem Kalebend” deyimlerine ilaveten “zindanbend” ifadesinin geçmesi muhtemelen mahkûmun daha önce sicilinin bozuk olması veya hapisten kaçması şeklinde telakki edilebilir. Ayrıca, bu tür durumlardaki mahpusların “sureti-i sicillâtıyla da arz edilmesi” ifadesinin geçmesi, mahkûmun geçmiş dönemlerdeki işlediği suçları göz önüne seren bu tür belgeler ile bunlar hakkında daha dikkatli olunması gerektiğine dikkat çekilmektedir. Ayrıca, “Muhkem Habs“, “Muhkem Kalebend” ifadelemesine ilave olarak “Zindanbend” ifadesinin kullanılması bu mahkûmların ağır suç işlediklerinden dolayı ağır ceza olarak kalebendlerde zindanlara atılarak cezalarını çektikleri şeklinde anlaşılabilir.

Netice itibarıyla Osmanlı Hukuk Tarihi açısından büyük ehemmiyeti haiz olan Kalebend defterleri Osmanlı Ceza hukukunun işleyişi konusunda bize çok önemli bilgiler sunmaktadırlar. Bu bilgiler, adli mekanizma içerisinde diğer devlet görevlilerinin bürokratik muamelelerinin ne şekilde gerçekleştiği konusunda da fikirler vermektedir. Özellikle Osmanlı Ceza hukuku içerisinde hangi suçlara kalebend cezasının verildiğini bu defterlerden öğrenmekteyiz. Bu suçluların cinsiyetleri, dinleri, bölgeleri hatta meslekleri konusundaki bilgilere yine bu defterler sayesinde erişebilmekteyiz. Osmanlı ceza hukukunun önemli bir parçası olan kalebend cezasının ana kaynakları konumundaki bu defterler Osmanlı Hukuk sistemine büyük katkılar sunmaktadırlar.

BİBLİYOGRAFYA

Arşiv Kaynakları

Başkanlı Osmanlı Arşivi (BOA)

BOA, A.DVN.KLB, nr. 3/12, 94.

BOA, A.DVN.KLB d., nr. 2, s. 179, 195.

BOA, A.DVN.KLB d., nr. 4, s. 101, 103, 116.

BOA, A.DVN.KLB d., nr. 6, s. 47.

BOA, A.DVN.KLB d., nr. 31.

BOA, C.ADL, nr. 3890.

Kaynak Eserler

ŞEMSEDDİN SAMİ; *Kâmus-ı Türkî*, (Çağrı 1987).

Araştırma ve İncelemeler

Aksın A ve Baytimur SO, “25 Numaralı Kalebend Defterinin Tanıtımı ve Kalebend Defterlerinin Osmanlı Sosyal Tarihi Bakımından Önemi”, *XV. Türk Tarih Kongresi* (11-15 Eylül 2006 Ankara), Kongreye Sunulan Bildiriler, C. IV, I. Kısım, (TTK 2010)

Algül F, *11 Numaralı Kalebend Defteri'ne (H.1167-1169-M.1754-1756) Göre Suç ve Suçlu Profili*, (Yüksek Lisans Tezi, Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi 2019).

Artan M, *Mühimme Defterlerine Göre Osmanlı Devleti'nde Eşkyaçılık Hareketleri (1626-1631)*, (Yüksek Lisans Tezi, Mardin Artuklu Üniversitesi 2016).

Avcı M, "Osmanlı Uygulamasında İnfazı Özellik Gösteren Hapis Türleri: Kalebentlik, Kürek ve Prangabentlik", *Yeni Türkiye* (Türkoloji ve Türk Tarihi Araştırmaları Özel Sayısı III), Sayı: 45, (Ankara: Mayıs-Haziran 2002), 128-147.

— —, *Hukuk Tarihimizde Hapis*, (Türkiye Adalet Akademisi 2014).

Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA) Rehberi, (Seçil 2017).

Baçoğlu T, "Ta'zîr", *DİA*, XL, 198-202.

Bayraktar G, *Osmanlı Devleti'nde Kal'a-bend Cezası (5 Numaralı Kal'a-Bend Defteri, Z.1150-B.1151)*, (Yüksek Lisans Tezi, Gaziosmanpaşa Üniversitesi 2003).

Baytimur SO, "Kal'abend Tasnifi, Muhtevası ve Osmanlı Ceza Hukuku Açısından Önemi", *Osmanlı Sosyal ve Ekonomik Tarihi: Prof. Dr. Yılmaz Kurt Armağanı, I*, Editörler: Doç. Dr. Hatice Oruç-Dr. Muhammed Ceyhan, (1. Baskı, Akçağ 2016), 184-202.

— —, *Osmanlı Devleti'nde Hapis ve Sürgün Cezaları (1791-1808)*, (Doktora Tezi, Fırat Üniversitesi 2011).

Boynukalın M, "Suç", *DİA*, XXXVII, 453-457.

Çeribaş V, "Kalebend Defterlerinde Geçen Suç ve Ceza Türleri: 33 Numaralı Kalebend Defteri Örneği", *History Studies*, X/9, (Aralık 2018), 85-102.

Çoban H, "Nefy-ü Kıyas Defterlerine Göre Tanzimat Sonrasında Balkanlardan Yapılan Sürgünler (1848-1883)", *Vakanüvis - Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi*, (2018) III/2, 137-167.

Emecen F, "Şehzade Divanında Suç ve Ceza", *T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın'a Armağan*, (Yıl: 2015), XXI/2, 55-92.

Erim N, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Kalebendlik Cezası ve Suçların Sınıflandırılması Üzerine Bir Deneme", *Osmanlı Araştırmaları*, Sayı: 4 (1984), 79-88.

Heyd U, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Edited by V. L. Menage, (Clarendon 1973).

İşbilir Ö, "Kalebend", *DİA*, Ek-2, 5-7.

Koca U, "Boğazkesen Kalesi Kalebendleri (XVIII. Yüzyılın İlk Yarı) *Tarih Dergisi*, Sayı: 67 (İstanbul 2018), 125-150.



Koç M, *Osmanlı Hukukunda Ta'zir Suç ve Cezaları*, (Doktora Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi 2017).

Özkul AE, "Osmanlı Devleti'nin Kıbrıs Adasına Yaptığı Sürgünler ve Sonuçları", *Osmanlı Döneminde Kıbrıs*, Editörler: Mehmet Mahfuz Söylemez-İbrahim Çapak-Halil Ortakçı, İstanbul 2016, 22-97.

Sertoğlu, M, *Osmanlı Tarih Lûgati*, (Enderun 1986).

Tellan EB, "Osmanlı Araştırmalarında Yeni Kaynakların Tarihyazımına Katkıları", *Tarihyazımı*, (Kış 2019), 1/2, 171-190.

Uyanık MZ, "Batı ve Doğu Kültüründe Hapishane", *Mizânü'l Hak İslami İlimler Dergisi*, Sayı: 4, (2017), 87-134.

Yakut E, "Tanzimat Dönemi'ne Kadar Osmanlı Hukuku'nda Taziri Gerektiren Suçlar ve Cezaları", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, Sayı: 2, (Güz 2006), 25-40.

Yıldız G, *Mapusâne: Osmanlı Hapishanelerinin Kuruluş Serüveni (1839-1908)*, (1. Baskı, Kitabevi 2012).

DİJİTAL DÜNYADA ÇEVİRİMİÇİ RİSKLER, BİLİŞİM SUÇLARI VE MAĞDUR ÇOCUK

Online Risks in The Digital World, Cyber Crimes and Child Victims

Pelin ÖZKAYA*

Özet

Çocuk, dünyada tehlikeye maruz kalmaya en müsait birey kuşkusuz. Tarihin tüm devirlerinde kaçırılan, öldürülen veya istismara uğrayan çocuklarla ilgili çok sayıda olayla karşılaşmaktayız. İnternetin olmadığı veya henüz evlere bu kadar yerleşmediği yıllarda, onları korumak fiziki alanlarla sınırlıydı. Dikkatli bir gözetim ve uzun demir parmaklıklı binalar güvenliği büyük ölçüde sağlıyordu ancak internetle birlikte tüm fiziki sınırlar ortadan kalkarak gözetim imkanı zorlaştı. Dünya'nın herhangi bir yerindeki herhangi bir kişi bir tık uzağımızda, hatta bazı zamanlarda evimizin içinde... Dahası, bilgisayarlar, cep telefonları ve tabletlerle o kişileri evimize kendimiz davet ediyoruz. Saldırganların giriş kapısı olarak kullandığı bu sistemler, çocukla ilgili kişisel verileri tehlikeye atarak gizlilik ihlaline neden olurken, istismar, kaçırma ve sömürü gibi fiillerin oluşumunu da tetiklemektedir. Dijital oyunlar sözü geçen tehlikeler için sosyal platformlarla birlikte en müsait alanları oluşturur. Bu mecralar çocukları kandırmak, manipüle etmek veya tehdit ya da şantajla sanal teması fiziki temasa dönüştürmek için kullanıldığı kadar, siber zorbalık, takip ve taciz eylemleri için de ideal araçlardır. Ailelerine veya öğretmenlerine yaşadıkları durumları anlatamayan veya hukuki olarak nereye başvurması gerektiğinin bilincinde olmayan çocuklar için sonucu telafi edilemeyen mağduriyetler doğmaktadır. Çocukları siber dünyanın tehditlerinden korumak için alınması gereken önlemler konusunda devlete büyük oranda iş düşmekle birlikte, temel eğitimin ve bilinçlendirmenin ailede başlayarak okulda devam ettiği unutulmamalıdır. Bu kapsamda bu makalede, çocukların dijital ortamda maruz kaldığı çeşitli tehlikeler anlatılarak hukuki çerçeve çizilecek ve alınması gereken tedbirlerden söz edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Siber Suç, Bilişim Hukuku, Kişisel Veri, Çocuk Güvenliği, Adli Bilişim, Dijital Oyun, Siber Zorbalık

Abstract

The child is undoubtedly the most vulnerable individual in the world to be exposed to danger. We encounter many incidents of children who have been kidnapped, killed or abused in all periods of history. In the years when the internet did not exist or was not yet settled in homes, protecting them was limited to physical spaces. Careful surveillance and buildings with long iron bars provided security to large extent, but with the internet, all physical borders disappeared

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 27.12.2021

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 21.12.2022

* Serbest Avukat, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Adli Bilişim MSc., Hacettepe Üniversitesi Adli Bilimler Doktora Öğrencisi, avpelinozkaya@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-5429-2729>



and surveillance became difficult. Any person anywhere in the world is just a click away, sometimes even inside our home... Moreover, we invite those people to our home ourselves with computers, mobile phones and tablets. These systems, which are used by the attackers as a gateway, cause a violation of privacy by jeopardizing the personal data of the child, while triggering the occurrence of acts such as abuse, kidnapping and exploitation. Digital games, together with social platforms, create the most suitable areas for the aforementioned dangers. These platforms are ideal tools for acts of cyberbullying, stalking and harassment, as well as being used to deceive, manipulate or turn virtual contact into physical contact with threats or blackmail. Unrecoverable grievances arise for children who cannot tell their families or teachers about the situations they are experiencing or are not aware of where to apply legally. Although the state has a lot of work to do about the measures to be taken to protect children from the threats of the cyber world, it should not be forgotten that basic education and awareness-raising starts in the family and continues at school. In this context, in this article, various dangers that children are exposed to in the digital environment will be explained, a legal framework will be drawn and the precautions to be taken will be mentioned.

Key Words: Cyber Crime, IT Law, Personal Data, Child Safety, Forensic Informatics, Digital Game, Cyber Bullying

GİRİŞ

Çocukların bizzat kendileri tarafından veya aileleri vasıtasıyla dijital dünyayla kurdukları ilk temas, fayda ve fırsatla birlikte pek çok tehlikeyi de beraberinde getirir. İnternet dünyaya ve bilgilere açılan büyük bir kapı olmuştur ve kuşkusuz ki çocukların eğitimleri ve gelişimleri için büyük fırsatlar sunmaktadır, ancak madalyonun diğer yüzü daha karanlık bir dünyayı yansıtıyor olabilir.

İnternet kendi içinde barındırdığı riskler bakımından birkaç gruba ayrılarak çocukların dijital dünyadaki varlıkları için tehdit oluşturur. Örneğin; internet bağımlılığı, asosyallik, kişilik bozuklukları ve obezite gibi “Kullanım Riskleri” en temel risk unsurudur. Şiddet, ırkçılık, ayrımcılık, nefret, cinsellik, pornografi, intihar, kendi kendine zarar verme gibi birçok uygunsuz içerikle karşılaşmaları “İçerikle İlgili Riskler”i oluştururken, bu karşılaşmalardan sonra geliştirdikleri olumsuz davranışlar (başka çocuklara şiddet uygulamak, nefret söylemleri gerçekleştirmek, ırkçı provokasyonda bulunmak, kendi oluşturduğu cinsel görüntülerini internette yaymak, intihara teşebbüs vb.) ise “Davranışla İlgili Riskler”i grubuna girmektedir. Mahremiyete müdahale, cinsel tehlike ve siber zorbalık “Çevrimiçi Temas Riskleri”nin parçasıyken, çevrimiçi başlayıp zamanla fiziksel temasa dönüşen “Çevrimdışı Temas Riskleri” de diğer bir risk unsurudur. Suçlularla sanal dünyada gerçekleşen çevrimiçi iletişim bugün adına “Bilişim Suçu” dediğimiz suçların bir ayağını oluştururken, fiziki alana geçişle birlikte çevrimdışı temas ile gerçekleşen suç tipleri ise, ikinci ayağını oluşturmaktadır.

¹ UNICEF, ‘Dijital bir Dünyada Çocuklar’ (2017) Dünya Çocuklarının Durumu Raporu s.22 <<https://www.unicef.org/turkey/raporlar/d%C3%BCnya-%C3%A7ocuklar%C4%B1n-%C4%B1n-durumu-2017-dijital-bir-d%C3%BCnyada-%C3%A7ocuklar>> Erişim Tarihi: 23.12.2021.

I. BİLİŞİM SUÇLARI

Bilişim Suçu veya Siber Suç, elektronik sistemleri, ağları, web sitelerini ve verileri hedeflemek veya bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak için bilgi ve iletişim teknolojileri (BİT ing. *ICT – Information and Communication Technologies*) kullanılarak işlenen, yasaları ihlal eden eylemler olarak tanımlanabilir ve tanımda da yer aldığı üzere temelde iki kategoriye ayrılır. Eğer siber saldırganlar tarafından bir bilişim sisteminin işleyişi hedef alınmıyor veya içindeki bilgiler (kişisel veriler, ticari sırlar vb.) ele geçirilmeye çalışılıyorsa burada “Doğrudan Bilişim Suçları” söz konusu olmaktadır. Bilişim teknolojilerinin araç olarak kullanılması yoluyla gerçekleşen klasik suçlarda ise amaç bilişim sisteminin çalışmasını engellemek veya içindeki bilgileri ele geçirmek olmadığından, “Dolaylı Bilişim Suçları” işlenmekte olup, ihlal edilen ilgili kanun maddeleri işlerlik kazanmaktadır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Genel Yorum No.13 uyarınca², bilgi ve iletişim teknolojileri aracılığıyla şiddet içeren alanlar şu şekilde sıralanmıştır (IV/31):

- Bilişim teknolojileri ve internet vasıtasıyla üretilen işitsel ve görsel materyaller üzerinden çocukların cinsel istismarı,
- Çocukların düzmece video ve fotoğraflarının ahlaka aykırı şekilde üretimi,
- Çocuklarla alay eden materyallerin hazırlanması, gösterilmesi, alınması, alınmasına izin verilmesi, reklam edilmesi veya elde bulundurulması,
- Çocukların, saldırgan, nefret ve şiddet içeren, ırkçı, pornografik, yanlış sürükleyici zararlı bilgilerle, reklamlarla ve ilanlarla karşılaşması,
- İnternet üzerinden başka çocuklarla temasa geçen çocukların, kötü şakalara, tacize veya zorbalığa maruz kalması, kişisel bilgilerini ve/veya cinsel içerikli görüntülerini vermek ya da tanımadıkları yabancılarla dış dünyada buluşmak için ikna edilmeleri veya zorlanmaları,
- Çocukların kendilerinin taciz ve zorbalık eylemlerinde bulunmaları, uygunsuz cinsel içerikli materyaller hazırlayıp paylaşmaları,
- Psikolojik gelişimlerini olumsuz yönde etkileyecek oyunlar oynamaları, yasa dışı materyalleri indirmeleri,
- Yanlış yönlendirme ve bilgilendirmelerde bulunmaları, kumar oynamaları, bilgisayar korsanlığı yapmaları, terör içerikli eylemlere girmeleri.

Bahsi geçen bu fiiller, bilişim teknolojilerinin araç olarak kullanıldığı senaryolar bakımından açıklayıcı örneklerdir. Her biri fiziki olarak gerçekleştiril-

² Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Genel Yorum No. 13. [2011] <<http://humanistburo.org/dosyalar/humdosya/BM%20CHK%20Genel%20Yorum%20No13%20-%20Cocuga%20Karsi%20Siddet.pdf>> Erişim Tarihi: 22.12.2021



mekle birlikte, internetin ve elektronik cihazların devreye girmesiyle işlenmeleri daha da kolaylaşmakta ve etki alanları daha da genişlemektedir. Özellikle Türk Ceza Kanunu (TCK)'nda düzenlenmeleri bakımından “Dolaylı Bilişim Suçları” kapsamına giren fiiller: md.84 “İntihara Yönlendirme”, md.103 “Çocukların Cinsel İstismarı”, md.104 “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki”, md.141 ve 142 “Hırsızlık”, md.226 “Müstehcenlik” maddeleriyle karşımıza çıkmakla birlikte, bilişim sistemleri vasıtasıyla kaçırılan çocukların dahil olduğu md.77 “İnsanlığa Karşı Suçlar”, md.79 “Göçmen Kaçakçılığı”, md.80 “İnsan Ticareti”, md.90 “İnsan Üzerinde Deney”, md.227 “Fuhuş”, md.229 “Dilencilik” vb. maddeleri de söz konusu olabilmektedir.

Bilişim suçları bakımından en yaygın görünen suç tipi ‘Çocuk İstismarı’nın görünüm şekillerinden biri olan ‘Çocuk Pornografisi’ TCK’da özel olarak düzenlenmiş bir suç tipi olmamakla beraber, Türkiye’nin kabul ettiği 2004 yılında yürürlüğe giren “Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi”³ ile hüküm altına alınmıştır. 9. Maddede düzenlenen bu suçta;

- “Cinsel davranışta bulunan reşit olmayan bir kişi,
- Cinsel davranışta bulunan reşit olmayan bir kişi gibi gözükken kişi,
- Cinsel davranışta bulunan reşit olmayan bir kişiyi tasvir eden gerçekçi resimler”

bulunduğu kabul edilmektedir. Suçun bilişim teknolojileri vasıtalarıyla işleniş işe şu şekilde tanımlanmıştır:

- “Başka bir bilgisayar sistemi ile dağıtılması amaçlı, çocuk pornografisi üretimi,
- Bir bilgisayar sistemi vasıtasıyla çocuk pornografisinin elde edilmesinin sağlanması,
- Bir bilgisayar sistemi ile çocuk pornosunun dağıtımı, iletilmesi veya aktarılması,
- Kendi veya başka bir kişi için, bir bilgisayar sistemi ile çocuk pornosunun temin edilmesi,
- Bir bilgisayar veri depolama ortamında veya bir bilgisayar sisteminde çocuk pornografisi bulundurmak”.

Diğer bir düzenleme, 2002 yılında Türkiye’nin onayladığı “Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol”⁴’dür. Bu protokol, ‘1999 Viyana Uluslararası İnter-

³ The Council of Europe Convention on Cybercrime [2004] ETS 185

⁴ Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol. Yürürlük Tarihi: 18.01.2002 <<https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4755.html>> Erişim Tarihi: 22.12.2021

net Üzerinde Çocuk Pornografisiyle Mücadele Konferansı (ICCCPI - *International Conference on Combating Child Pornography on The Internet*)'nın, sonuç kararının düzenlenmiş halidir. Söz konusu kararda, çocuk pornografisinin üretiminin, dağıtımının, ithalatının, ihracatının, kasıtlı zilyetliğinin ve reklamının internette ve diğer gelişen teknolojiler üzerinde artan erişilebilirliği vurgulanmış ve tüm dünyada suç olarak kabul edilmesi için çağrıda bulunulmuştur.

Müstehcenlik suçunda ise, bir çocuğa müstehcen söz, yazı veya görüntü içeren materyalleri vermek, göstermek ya da dinletmek; bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde sergilemek, müstehcen söz, yazı veya görüntüleri basın ve yayın yolu ile yayınlamak veya yayınlanmasına aracılık etmek (...) suç kapsamındadır (TCK md.226).

Gerek cinsel istismar gerekse müstehcenlik suçlarının bilişim sistemleri vasıtasıyla işlenmesi hali nitelikli ve ağırlaştırıcı hal olarak düzenlenmelidir, çünkü internet doğası gereği sınır aşan özelliklidir ve görüntülerin bir yerden başka bir yere iletilmesi son derece hızlı olmakla birlikte, verilerin gerçek anlamda ve tamamıyla yok edilmesi ise mümkün değildir.

Bilişim teknolojileri aracılığıyla maruz kalınan diğer fiiller ise;

- Siber taciz (*Cyberharassment*): Bir kişi veya bir grup tarafından tehditkar ve saldırgan davranışlarla, başka bir kişinin, bilişim sistemleri ve internet kullanılarak çevrimiçi ortamda rahatsız edilmesi veya korkutulmasıdır⁵. Suçluların bizzat kendileri kısa mesaj, e-posta, sosyal medya platformları aracılığıyla taciz edici mesajlar ve tehditler göndermekte⁶ veya üçüncü bir kişinin gerçekleştirdiği saldırıları kışkırtmaktadır. Diğer bir görünümü ise, mağdur kişilerin ailesi, arkadaşları, işverenleri veya öğretmenleri ile elektronik iletişime geçmeleri şeklindedir.
- Siber takip (*Cyberstalking*): Tıpkı fiziki bir eylemde olduğu gibi, saldırganlar hedef olarak belirledikleri kişilerin yerlerini tespit etmekte, bu kişileri elektronik araçlar kullanarak araştırmakta ve sonraki süreçte de taciz, tehdit veya korkutma yöntemleriyle rahatsız etmektedir. Saldırganlar bilişim sistemleri ve internet vasıtasıyla kurbanları ile ilgili çok çeşitli bilgiler edinebilmekte, bu bilgileri fiziki olarak erişim sağlamak ve yakın ilişki kurmak için kullanmaktadır.

⁵ Carsten Maple, Emma Short, Antony Brown, 'Cyberstalking in The United Kingdom: An Analysis of The ECHO Pilot Survey' (2011) National Centre for Cyberstalking Research: University of Bedfordshire <https://www.researchgate.net/publication/292157398_Cyberstalking_in_the_United_Kingdom_an_analysis_of_the_ECHO_Pilot_Survey_National_Centre_for_Cyberstalking_Research_University_of_Bedfordshire> Erişim Tarihi: 16.12.2021.

⁶ Michele L Ybarra, Dorothy L Espelage , Kimberly J Mitchell, 'The Co-occurrence of Internet Harassment and Unwanted Sexual Solicitation Victimization and Perpetration: Associations with Psychosocial Indicators' (2007) 41(32) Journal of Adolescent Health 31–S41.

- Siber zorbalık (**Cyberbullying**): Bir veya birkaç kişiye yönelik tekrarlı ve kasıtlı şekilde, zarar vermek, incitmek veya utandırmak amacıyla bilişim sistemleri vasıtasıyla, ses görüntü veya yazı göndermek, yayınlamak, küfür veya hakaret etmek, dalga geçmek, küçük düşürmek, dedikodu yapmak vb. eylemlerdir. Bunlar; sohbet odaları, web siteleri, sosyal medya platformları gibi ortamlarda gerçekleştirilmekte, mağdur duruma düşen kişilerde utanç, küçük düşme, aşağılanma, dışlanma şeklinde kendini göstererek, intihara varan etkilerle sonuçlanabilmektedir. Siber zorbanın kimliği bu süreçte açıkça bilinebildiği gibi, sahte hesaplar veya takma adlar kullanıldığı durumlarda tespit edilemeyebilir, kişi okul içinden veya dışından, arkadaş çevresinden hatta aile bireylerinden biri bile olabilir⁷.
- Zararlı çevrimiçi içeriğe maruz kalma: Bir çocuğun kasıtlı olarak veya yanlışlıkla, yasadışı olmasa bile olumsuz yönde etkileme özelliğine sahip, yazılı, görsel veya sesli materyallerle karşılaşması halidir. Bu materyaller; ırksal veya etnik nefreti destekleyen web siteleri, şiddet içeren video oyunları, çevrimiçi pornografi, dolandırmaya veya kimlikleri çalmaya çalışan ticari siteler ve cinsel malzeme satış siteleri gibi gelişimlerine psikolojik veya cinsel yönden zararlı olabilecek içerikleri içerir⁸ ⁹. İçerikler, pop-up reklamlar veya spam e-postalar şeklinde yanlışlıkla gönderilebileceği gibi, sosyal medya hesabı, e-posta adresi ya da telefon numarası bilinen mağdura kasıtlı olarak da gönderilebilir. Zararlı içeriklerle karşılaşan çocuklar, içeriğin onları olumsuz yönde etkileyip etkilemeyeceğini kavrayamadan ve kendilerini mevcut olumsuzluktan uzaklaştıramadan içerikten etkilenmektedir. Hatta bazen bu etkilenme olumsuz şekilde olmak yerine, onların merakını tetikleyerek daha fazla materyale veya bilgiye ulaşma isteği ve gayreti şeklinde de kendini gösterebilmektedir¹⁰.

⁷ Ethel Quayle, Linda Jonsson, Lars Löf, 'Online Behaviour Related to Child Sexual Abuse Interviews with Affected Young People' (2012) Council of the Baltic Sea States, Stockholm: Robert Project. 31-118. Erişim Tarihi: 16.12.2021. https://childrenatrisk.cbss.org/wp-content/uploads/2020/12/Interviews_with_affected_young_people.pdf

⁸ Children's Internet Protection Act (CIPA) [2000] Pub. L. 106-554 art. 1711, 1721.

⁹ CIPA, 'Study of Technology Protection Measures in Section 1703' (2003). Department Of Commerce National Telecommunications and Information Administration. <<https://www.ntia.doc.gov/files/ntia/publications/cipareport08142003.pdf>> Erişim Tarihi: 16.12.2021

¹⁰ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) Vienna, 'Study on the Effects of New Information Technologies on the Abuse and Exploitation of Children'. (2015). <https://www.unodc.org/documents/organized-crime/cybercrime/Study_on_the_Effects.pdf> Erişim Tarihi: 16.12.2021

Siber taciz, siber istismar ve siber şiddet; zorbalık ve tehditler dâhil olmak üzere, siber agresifliği, intihar eylemlerinin teşvik edilmesini, çocuğun kendisinin cinsel içerikli görüntü ve mesajları rıza dışı üretmesini, paylaşmasını ve kendi kendisine zarar vermesini içerirken, internet ve sosyal platformların farklı açılardan başka riskleri de vardır. Çocukların cinsel içerikli mesajları isteyerek gönderme veya kendi müstehcen görüntülerini cep telefonu ile oluşturma ile internet üzerinden iletme ve paylaşma eylemleri “*Sexting*” olarak adlandırılmakta^{11 12}, bu tür materyaller reşit olmayan çocuklar tarafından oluşturulduğu için “kendi ürettiği çocuk pornografisi” olarak kabul edilmektedir^{13,14}. Diğer bir durum olarak, şiddet yanlısı aşırı olarak tanımlanan çeteler ile, terörist eylemler gerçekleştirmek üzerine oluşturulmuş gruplar için, çocukların ve gençlerin bu ve benzeri eylemlerle ilgilenmeye başlamalarını ya da söz konusu örgütlere katılmalarını sağlamak için bu mecralar yeni yöntemler sunabilir¹⁵.

Yukarıda bahsi geçen çevrimiçi tehditler direkt olarak bir kanun maddesiyle düzenlenmiş olmamakla birlikte, ihlal ettikleri haklar bakımından diğer kanunları ilgilendirmektedir. Bunlardan birkaçını örnek olarak göstermek gerekirse:

- Siber taciz fiili için: TCK md.105 “Cinsel Taciz” suçu,
- Siber takip fiili için: TCK md.123 “Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma” suçu
- Özel görüntü ve yazışmaları ifşa fiili için: TCK md.132 “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal” suçu
- Nefret söylemi için: TCK md.125 “Hakaret”, md.216 “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama” suçu
- İnternet üzerinden ayrıntılı bilgi toplama, yayma, kullanma, kişi adı-

¹¹ Jessica Ringrose, Rosalind Gill, Sonia Livingstone, Laura Harvey, ‘A Qualitative Study of Children, Young People and ‘Sexting’: A Report Prepared for the NSPCC’ (2012). <https://www.researchgate.net/publication/265741962_A_qualitative_study_of_children_young_people_and_'sexting'_a_report_prepared_for_the_NSPCC> Erişim Tarihi: 16.12.2021

¹² Amanda Lenhart, ‘Teens and Sexting: How and Why Minor Teens are Sending Sexually Suggestive Nude or Nearly Nude Images via Text Messaging’, (2009). Pew Research Centre Report. <<https://www.pewresearch.org/internet/2009/12/15/teens-and-sexting/>> Erişim Tarihi: 16.12.2021

¹³ Mary Graw Leary, ‘Self-Produced Child Pornography: The Appropriate Societal Response to Juvenile Self-Sexual Exploitation’, (2008) 15(1) Virginia Journal of Social Policy and the Law p.4

¹⁴ Mary Graw Leary, ‘Sexting or Self-Produced Child Pornography? The Dialogue Continues – Structured Prosecutorial Discretion within a Multidisciplinary Response’, (2010) 17(3) Virginia Journal of Social Policy and the Law Spring 486-566. p.488

¹⁵ Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Genel Yorum 25 [2021] <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CR%2fC%2fGC%2f25&Lang=en> Erişim Tarihi: 16.12.2021

na sahte hesap açma için: TCK md.136 “Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme” suçu

- Gizlilik ihlali için: TCK md.134 “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal” suçu, md.135,136,137,138 Kişisel Veri Suçları
- Tehdit suçu için: TCK md.106
- Şantaj suçu için: TCK md.107

Maddeleri uygulanabilecektir. Söz konusu fiiller aynı zamanda, temel hak ve özgürlükler bakımından aşağıdaki hükümlerin ihlaline sebebiyet verecektir:

- Anayasa md.17; Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi Ve Manevi Varlığı
- Anayasa md.20; Özel Hayatın Gizliliği
- Anayasa md.22; Haberleşme Hürriyeti
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.8; Özel Hayata Ve Aile Hayatına Saygı Hakkı

5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun” uyarınca, kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan TNet, KabloNet, Turkcell, Vodafone gibi “Erişim Sağlayıcı (İnternet Servis Sağlayıcı – ISS (ing. ISP))”lar, kendileri aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadığını ve sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini kontrol etmekle yükümlü değildir (md.6/2) ancak, herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içerikten haberdar edilmesi halinde erişimi engellemek zorundadır (md.6/1-a). Bununla birlikte, “Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği Ek md.3 İnternet Servis Sağlayıcılığıyla İlgili Yetki Belgelerine İlişkin Genel Hükümler”de yer alan Özel Şartlarda¹⁶;

- “İSS’ler, kullanıcılarının İnternet üzerindeki yetkisiz ve rahatsız edici girişimlerine meydan vermeme, gerek kendi tespit ettiği, gerekse diğer kullanıcı ve işletmeciler tarafından tespit edilip kendisine bildirilen bu tür girişimleri engelleme,
- İSS’ler Kurum’ca talep edilmesi halinde; kullanıcı sayısı, kullanıcı kimlikleri, sisteme bağlı kalınan süre ve iletilen bilgi miktarları ile ilgili trafik bilgileri verme”

yükümlülükleri altındadır.

Sosyal etkileşim amacıyla kullanıcılara internet ortamında metin, görüntü, ses ve konum gibi içerikleri oluşturmalarına, görüntülemelerine veya paylaşımlarına imkan sağlayan Facebook, Twitter, Youtube vb “Sosyal Ağ Sağlayıcı”lar 5651 sayılı Kanun’un Ek 4. Maddesi uyarınca; hukuka

¹⁶ Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği. RG 28.03.2001 / 24356.

aykırı içeriği yayından çıkarmak / kaldırmak / erişimin engellenmesini sağlamak yükümlülüğü altında olup, taleplere en geç 48 saat içinde cevap vermek zorundadır.

Kişilere belli bir yerde ve belli bir süre internet ortamı kullanım olanağı sağlayan oyun salonları, internet kafeler, kütüphaneler, okullar “Toplu Kullanım Sağlayıcı”lar olarak, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması (5651 sk. md.7/2) ile ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür (md.7/3).

İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına veya doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğin çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini de isteyebilir (5651 sk. md.9). Eğer özel hayatının gizliliğinin ihlali söz konusu ise, doğrudan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK)’na başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını talep edebilir (md.9/A)

İnternet ortamında yapılan ve içeriği TCK’da yer alan aşığıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verilir (5651 sk md.8/1):

- İntihara yönlendirme (md.84),
- Çocukların cinsel istismarı (md.103/1),
- Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (md.190),
- Sağlık için tehlikeli madde temini (md.194),
- Müstehcenlik (md.226),
- Fuhuş (md.227),
- Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (md.228).

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK), 5651 sayılı kanun uyarınca 8. Maddede sayılan bu suçlarla ilgili içeriklerin web üzerinden ihbar edilebilmesi için “İnternet Bilgi İhbar Merkezi ¹⁷”ni kurmuştur. Sitedeki bilgi ihbar formuna, ihbar edilecek sitenin adresi, ihlal içeriğinin detayları ve içerikle karşılaşma tarihi gibi bilgiler eklenerek gerekli ihbar yapılabilir.

Çocukların cinsel istismarı suçuna ilişkin içerikleri oluşturan ve yayan kişilere ulaşmak için gereken bilgiler, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında yargılamanın yürütüldüğu mahkeme tarafından, yurtdışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcısının Türkiye’deki temsilcisin-

¹⁷ <https://www.ihbarweb.org.tr/>



den talep edilmektedir. Gereken bilgiler verilmediği takdirde, yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcının internet trafiği bant genişliğinin %90 oranında daraltılması talebiyle Ankara Sulh Ceza Hâkimliğine savcılık tarafından başvurulabilir (5651 sk. Ek Madde 4/5). Hukuka aykırılığı hâkim veya mahkeme kararı ile tespit edilen içerik sosyal ağ sağlayıcı tarafından çıkarılmaz veya erişim engellenmez ise, sosyal ağ sağlayıcı, doğan zararların tazmin edilmesinden sorumlu olacaktır (5651 sk. Ek Madde 4/14). Bununla birlikte sosyal ağ sağlayıcı, kişilerin can ve mal güvenliğini tehlikeye sokan içerikleri öğrendiği takdirde, bu içeriği ve içeriği oluşturana ilişkin bilgileri yetkili kolluk birimleriyle paylaşmak durumundadır (Ek Madde 4/16).

Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kişi aynı zamanda hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını Türk Medeni Kanunu (TMK)'nin tazminat hükümleri kapsamında isteyebilir (TMK md.24); yani mağdur saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir (TMK md.25).

Saldırganlar tarafından bilişim sistemlerinin ve içindeki verilerin direkt olarak hedef alındığı “Doğrudan Bilişim Suçları”nda ise teknik altyapı ile teknik bilginin kullanılması suretiyle bilişim sistemlerine yetkisiz erişim gerçekleşmesi neticesinde, gizlilik, bütünlük ve erişilebilirlik unsurlarından oluşan “Bilgi Güvenliği İlkeleri (CIA – Confidentiality, Integrity, Availability)”ne yönelik ihlaller söz konusu olmaktadır ve ilgili fiiller TCK'nın “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı 3. Kısmının 10. Bölümü'nde yer alan maddelerle düzenlenmektedir:

- Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak girmek veya orada kalmaya devam etmek; bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği verilerin yok olması veya değişmesi; bir bilişim sisteminin kendi içinde veya bilişim sistemleri arasında gerçekleşen veri nakillerini, sisteme girmeksizin teknik araçlarla hukuka aykırı olarak izlemek “Bilişim sistemine girme” suçunu (TCK md.243);
- Bir bilişim sisteminin işleyişini engellemek veya bozmak; verileri bozmak, yok etmek, değiştirmek veya erişilmez kılmak, sisteme veri yerleştirmek, var olan verileri başka bir yere göndermek ise “Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme” suçunu (TCK md.244) oluşturmaktadır.

Bu suçların ortaya çıktığı bilişim teknolojilerinin incelenmesi ve araştırılması, hukuk ve mühendislik biliminin birleşiminden oluşan multi-disipliner ve inter-disipliner bir bilim dalı olan “Adli Bilişim” teknikleri vasıtasıyla yapılmakta ve kovuşturmaya hazır hale getirilmektedir.

II. ADLİ BİLİŞİM İNCELEMELERİ

Bilişim sistemlerinin ve iletişim araçlarının kullanımı, suçluların kimliklerini gizleyerek faaliyetlerini sürdürmelerine olanak tanır. Sahte kimlikli e-posta adresleri ve sosyal medya hesapları kullanarak, halka açık kablosuz erişim noktaları vasıtasıyla internete bağlanmaları tespit edilmelerini zorlaştırır. Özellikle çocukların cinsel istismarı suçlarında, cep telefonları dikkat çekmeden görüntü kaydetmeyi kolaylaştırırken, internet, üretilen görüntülerin dağıtımında ve erişiminde oldukça etkin bir rol üstlenmektedir. Yine cep telefonları, suçluların çocuklara rahatça ulaşarak, hareketleri üzerinde daha fazla kontrol sahibi olmalarına ve GPS aracılığıyla hareketlerini takip edebilmelerine fırsat vermektedir. Bulut bilişimin yerleşik depolama imkanını ortadan kaldırması, söz konusu suç materyallerinin kolayca ve tespitsiz şekilde depolanmasına imkan sağlamaktadır. Özellikle Dark Web veya Deep Web üzerinden erişime sunulan suç materyallerinin ödemesinin kripto paralarla yapılması, suçluların tespitini zorlaştıran diğer bir unsurdur.

Bilişim suçlarında suçun ve suçlunun ispatında, klasik yöntemlerle elde edilen fiziki delillerin yanı sıra, esas olarak elektronik biçimde saklanan veya iletilen her türlü bilgi aranmaktadır. Elektronik/Dijital delil adı verilen bu bilgiler, elektronik aygıtların doğasından kaynaklanan maddi anlamda elle tutulamaz özelliğine rağmen bilişim suçlarının ispatı açısından olmazsa olmaz araçlardır¹⁸. Bilişim sistemlerinin teknik özelliklerine uygun olarak delil türleri ile bunların depolandıkları alanlar farklılaşabilmektedir. Örneğin çocuk istismarının söz konusu olduğu bir olayda incelenecek cihazlar; bilgisayarlar, cep telefonları, fotoğraf makinesi, video kasetler, web kamera, e-posta, sosyal medya hesapları, taşınabilir depolama üniteler vb., iken, bu cihazlardan incelenecek veriler; internet erişim kayıtları, sohbet kayıtları, kamera yazılımı, tarih ve saat bilgileri, resim ve video dosyaları, oyunlar, e-posta, adres defteri vb. olmaktadır¹⁹. Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme suçunda; IP adresleri, kullanıcı kayıtları, şifreler, kaynak kodları, tarih ve saat bilgileri, çalıştırılabilir dosyalar, internet erişim bilgileri, sohbet kayıtları vb. alanlar incelenmekte, delilin özelliğine göre steganografi analizi, veri madenciliği gibi yöntemler uygulanmakta, görüntü ve DNA veri tabanlarından yardım alınabilmektedir.

Dijital deliller ilk etapta gözle görülemeyen, yapıları gereği hassas, değişmeye, bozulmaya ve yok olmaya müsait niteliktedir. Bu sebeple özel muameleyle tabi olmak zorundadır ve ortaya çıkarılmaları için özel donanım ve yazılımlara ihtiyaç vardır²⁰. Bu özel donanım ve yazılımlar sayesinde deliller insanlar tarafından algılanabilecek, hukuk tarafından anlamlandırılacak ve

¹⁸ Özkaya P, *Adli Bilişimde Özel Araştırma ve Soruşturma Yöntemleri* (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2022) s.34

¹⁹ Türkay Henkoğlu, *Adli Bilişim* (2nd edn, Pusula Yayıncılık 2014) s.8

²⁰ Pelin Özkaya, s.66

nihayetinde mahkemece niteliğine uygun şekilde değerlendirilebilecek hale gelmektedir. Bunların sağlanabilmesi ise, adli bilişim aşamalarının işlerlik kazanmasıyla mümkün olmaktadır.

Adli bilişimin ortaya çıkışıyla çok sayıda model geliştirilmiş olsa da, temelde bir adli bilişim süreci yaklaşık 5 aşamayla tanımlanabilir; olayın/suçun tespitiyle başlayan “Tanımlama ve Hazırlık Aşaması”; fiziki ve elektronik deliller ile cihazları “Koruma Aşaması”; uygun yazılım ve donanımlar kullanılarak delillerin eksiksiz ve bütün halde elde edildiği “Toplama Aşaması”; adli kopyaların alınıp, canlı analizlerin yapıldığı “Analiz Aşaması”; elde edilen delillerin mahkemeye sunumu için hazırlandığı “Raporlama ve Sunum Aşaması”.

Adli bilişime ilişkin bu aşamalarda usul, Ceza Muhakemeleri Kanunu (CMK)’nın 134, 135 ve 140. Maddelerinde düzenlenmiştir. 134. Madde “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma” fiillerini kapsamakta olup, suça konu olduğu düşünülen bir elektronik cihazın incelenmesinde esas alınacak maddedir. Her ne kadar başlıkta ‘bilgisayar’ terimi geçse de, üzerinde depolama üniteleri bulunan elektronik cihazlar elektronik deliller ürettiğinden, bu madde diğer bilişim teknolojileriyle işlenen suçlarda da uygulama alanı bulacaktır. Fiziki arama ve el koyma faaliyetlerinden farklı olarak, “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması” şartına bağlı olarak ve hakim kararıyla bir bilişim sistemi üzerinde arama, kopyalama ve el koyma faaliyeti gerçekleştirilmektedir.

135. Madde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi üst başlığının altında, “İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması” fiillerini düzenleyerek, yine suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığını ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumlarını arayarak, hâkim kararına vurgu yapmaktadır. Bu madde özellikle içinde sayılan belli suçlar için uygulanabilmektedir.

140. Madde “Teknik Araçlarla İzleme” ise, yukardaki maddelerle uyumlu olarak, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığını ve başka suretle delil elde edilememesi hâlini aramaktadır. Bu madde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ile işyerinin teknik araçlarla izlenebileceği, ses veya görüntü kaydı alınabileceği durumları düzenleyerek, uygulama alanını yine sayılı suçlarla sınırlı bırakmıştır.

CMK 135. Madde; çocuğun konu olabileceği Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti (TCK md.79, 80) ile Organ veya Doku ticareti (TCK md.91), İşkence (TCK md.94, 95), Cinsel Saldırı (birinci fıkra hariç, TCK md.102), Çocukların Cinsel İstismarı (TCK md.103), Fuhuş (TCK md.227) fiillerini kapsarken, CMK 140. Madde; Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti, Organ veya Doku Ticareti ve Fuhuş suçlarında uygulanmaktadır.

İnternetin ve bilişim teknolojilerinin, işlenmesini oldukça kolaylaştırdığı bu suçlarda uluslararası işbirliği mekanizmasının işlerliği oldukça önemlidir. Siber suçlarda diğer suçlardan farklı olarak, fiziki alan sınırının olmaması, faile mağdurun farklı hukuk sistemlerine sahip farklı ülkelerde bulunmaları sonucunu doğurabilmektedir. Suç delillerinin elektronik yapılarından kaynaklanan kolay kaybolup değiştirilme özellikleri, kolluk kuvvetlerinin hızlı hareket etmesini gerektirecek durumlar olup, karşılıklı yardımı zorunlu kılmaktadır.

Adli bilişim incelemeleri sırasında elde edilen deliller içerisinde, mağdur konumundaki çocukların ve gençlerin çok sayıda kişisel verisi de ele geçirilmektedir. Veri koruma kanunları uyarınca koruma altında olan bu verilerin araştırmalar sırasında gizliliğinin sağlanması oldukça önem arz etmektedir. Diğer taraftan, virüs, solucan, Truva atı gibi zararlı yazılımlarla çocukların bilişim sistemlerine giren saldırganlar, onlara ait birçok kişisel veriyi de ele geçirebilmekte, bunları tehdit, şantaj veya manipülasyon unsuru olarak kullanabilmektedir. Bir diğer nemli nokta ise, kişisel verilerin çocukların kendileri veya aileleri tarafından sanal dünyaya bırakılma halidir.

III. KİŞİSEL VERİ GİZLİLİĞİ VE GÜVENLİĞİ

Çocuğun kendisi, ebeveynleri, akrabaları, hatta yabancı kişiler tarafından sanal dünyaya bırakılan bilgiler; kimlikleri, görüntüleri, konumları gibi kişisel verilerini içerdiği gibi, kişilik özellikleri, duyguları, iletişimleri, ilişkileri hakkında da bilgiler sağlayabilir. İstismarcıların çocuğun duygusal ve zayıf yönlerini öğrenerek ilgi alanlarını keşfetmelerine yardımcı olan bu bilgiler, onlarla iletişim kurarak güven kazanmalarına sebep olabilir, ev, okul, kurs gibi konum bilgilerinin paylaşımı onlara fiziki ulaşımı mümkün kılabilir. Diğer bir tehlike ise kimlik hırsızlığıdır.

Verilerin toplanması ile kamu kurumları ve ticari kuruluşlar tarafından işlenmesi, mahremiyet ve gizlilikle ilgili çeşitli tehlikelere fırsat verebilir. Hedefli reklamcılık, profil çıkarma, reklam ve pazarlama amacıyla toplanan ve işlenen veriler, çocukların mahremiyet hakkına hukuka aykırı veya keyfi müdahalelere yol açabilir ve bu durum onların gelecekteki yaşamlarını da etkilemeye devam edebilecek olumsuz sonuçlar doğurabilir²¹.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi²²'nin 16. Maddesi; *“Hiçbir çocuğun özel yaşantısına, aile, konut ve iletişiminde keyfi ya da haksız bir biçimde müdahale yapılamayacağı gibi, onur ve itibarına da haksız olarak*

²¹ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) Vienna, ‘Study on the Effects of New Information Technologies on the Abuse and Exploitation of Children’ (2015). <https://www.unodc.org/documents/organized-crime/cybercrime/Study_on_the_Effects.pdf> Erişim Tarihi: 16.12.2021.

²² The United Nations Convention on the Rights of the Child, Kabul Tarihi: 20.11.1989, Genel Kurul Karar Sayısı: 44/25, Yürürlük Tarihi: 02.09.1990



saldırılmaz. Çocuğun bu tür müdahale ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.” demek suretiyle özel yaşamına yönelik gerçekleştirilecek her türlü müdahaleye karşı çocuğu koruma altına almıştır. Aynı düzenleme Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 20. Maddesinde de bulunmaktadır. 20. Madde ayrıca; “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir” hükmüyle kişisel verilerin korunmasını isteme hakkını özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirmiştir.

A. Çocuğun Açık Rızasının Sınırı

6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu (KVKK) da açık rıza olmaksızın kişisel verilerin işlenemeyeceğini ve aktarılamayacağını belirtmektedir (md.5/1, 8/1) ve açık rızayı “belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza” şeklinde tanımlamaktadır (md.3/1-a). Bununla birlikte çocukların açık rıza vermeleri ve açık rızalarının kanunen kabul edilebileceği yaş sınırı ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada 2018 yılında yürürlüğe giren Genel Veri Koruma Yönetmeliği (GDPR - *General Data Protection Regulation*) md.8/1’e bakıldığında yaş sınırının 16 olarak belirlendiği görülmektedir. İlgili madde; “...Çocuğun en az 16 yaşında olması halinde, ilgili çocuğun kişisel verilerinin işlenmesi hukuka uygundur. Çocuğun 16 yaşından küçük olması halinde, söz konusu işleme faaliyeti, ancak rızanın çocuk üzerinde velayet hakkı bulunan kişi tarafından verilmesi veya onaylanması halinde ve verildiği veya onaylandığı ölçüde hukuka uygundur” demek suretiyle belirlenmiş yaş sınırı altındaki çocuklar için rıza verme konusunda velileri yetkili kılmıştır. GDPR, üye devletlere 13 yaşından küçük olmamak kaydıyla, bu amaçlara yönelik olarak kanunla daha küçük bir yaş belirleyebilmeleri konusunda da esneklik tanımıştır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu md.11 ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu md.3/1 uyarınca 18 yaşını doldurmamış her birey çocuk olarak kabul edilmektedir. Yine TMK md.335 ergin olmayan çocuğun anne ve babasının velâyeti altında olduğunu, md.343 ise, velâyet altındaki çocuğun fiil ehliyetinin, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibi olduğunu söylemektedir. Dolayısıyla, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukukî işlemlerde onu temsil etmek vasiinin yükümlülüğündedir (TMK md.403). Bu düzenleme velilerin açık rıza vermeleri konusundaki GDPR düzenlemesiyle örtüşmektedir ve internetin tehlikelerini ve kişisel verilerin korunmasının önemini algılama konusunda yetersiz olan çocukları korumak açısından mantıklı bir düzenleme olduğu açıktır. Ço-

cukların, bilincin oluşmaya başladığı yaş sınırının altında iken kontrolsüz şekilde internette ürettiği verilerin aileleri tarafından kontrol edilmesi konusunda herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır ancak söz konusu çocuk verileri aileleri tarafından sanal aleme bırakıldığında durum ne olacaktır?

Günümüzde özellikle instagram üzerinde ailelerin bebekleri ve çocukları ile ilgili çok sayıda kişisel veriyi paylaştığı, hatta bazılarının bu paylaşımlardan gelir elde ettiği görülmektedir. Bu duruma ingilizcede ‘paylaşma (share)’ ve ‘ebeveynlik (parenting)’ kavramlarının birleşiminden oluşan bir kavram olan “**Sharenting** (paylaşan ebeveynlik)” denilmektedir²³. Paylaşımlar ailelerin kendi hesaplarından yapıldığı gibi, çocuk adına açılıp yönetilen hesaplar üzerinden de gerçekleşmektedir. En yaygın paylaşım türleri fotoğraf ve video olarak görülmekle birlikte, durumun sadece ‘görünüm’le sınırlı kaldığı düşünülmemelidir. Çocuğun yüzü, sesi, konuşması, hareketleri biyolojik ve davranışsal biyometrik verileri oluştururken²⁴, paylaşılan sağlık raporları, test sonuçları, bilişsel durumları hassas sağlık verilerini oluşturmakta, okul, kurs, ev bildirimleri konum verilerini göstermektedir.

Türk hukukunda, ailelerin çocuğun gelecekteki bilinçli varlığından izinsiz şekilde yaptıkları bu veri paylaşımları için başvurulacak kanun yoluyla ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. BM Çocuk Hakları Hakkında Sözleşme md.3; çocuğun menfaatinin esas alarak üstün yararını gözetmekte ve “... *Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar*” demek suretiyle çocuğun özel hayatına haksız ve keyfi her türlü müdahalenin yasak olduğunun altını çizmektedir (md.16). Bu vurgu, hem üçüncü kişilere hem de ebeveynlerine karşı çocuğun korunması gerektiğini belirtmesi bakımından önemlidir.

Çocuk Koruma Kanunu 5/1-a maddesi, çocukların eğitim ve gelişimleri ile yetiştirilmeleri konusunda, çocuğun bakımından sorumlu kişilere ‘danışmanlık tedbirleri’ almaları konusunu düzenleyerek, yukarda bahsi geçen sorumluluğa çözüm sunan bir vurgu yapmıştır. Aynı maddenin c bendinde ise; bakımdan sorumlu bu kişilerin görevlerini yerine getirmemesi durumunda çocuğun koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması ya da özel veya resmî bakım yurdu gibi kurumlara yerleştirilmesine karar verilmesi düzenlenmektedir. Do-

²³ Hülya Ayhan ve Erdiñ Öztürk, ‘Dijital Dünyada Ebeveyn Olmanın Görünürde Normal Bir Yansıması Olarak Paylaşan Ebeveynlik (Sharenting): Geleneksel Bir Derleme’ (2021) 18(2) Türkiye Klinikleri Adli Tıp ve Adli Bilimler Dergisi 165-77 doi: 10.5336/forensic.2021-82082

²⁴ Pelin Özkaya ve Refik Samet. ‘Biyolojik Biyometrik Sistemler, Biyometrik Veriler, Hukuk ve Güvenlik’ Siber Güvenlik ve Savunma - Biyometrik ve Kriptografik Uygulamalar, (1. Basım. 4.Bölüm Nobel Yayıncılık, 2020) 121-180, s.107

layısıyla çocuğun fiziksel ve zihinsel sağlığı ile güvenliğinin sağlanması ailenin temel görevleri kapsamında olduğundan, dijital dünya tehlikelerinin oluşturacağı tehditlerden koruyamayan veya bizzat bu tehditlere açık kapı bırakan ebeveynler için yaptırımlar söz konusu olabilecektir.

Bu açıdan bakıldığında TMK uyarınca mahkemeden velayetin kaldırılmasının istenebileceği (TMK md.348) sonucu çıkmaktadır. Elbette bu düzenlemelerin uygulanmasından önce, gelecekte karşılaşılabilecek çok sayıda tehlike göz önüne alındığında, çocukları koruyucu ve aileleri bilinçlendirici, sıkı yaptırımlı, kapsamlı ve açık düzenlemeler yapılması konusu ciddiye alınmalıdır. Çünkü teknolojik dünyanın içine doğan çocuklar için oluşturulan dijital kimlikler, yukarıda da bahsi geçen suçlar ve hukuka aykırı fiiller bakımından suçlulara ve istismarcılara muazzam fırsatlar sunmaktadır.

B. Çocuk Verilerinin İşlenmesi – Örnek Olaylar

Video paylaşım sitesi TikTok, çocukların konum bilgisi, telefon numaraları ve biyometrik verileri dahil olmak üzere birçok kişisel verisini, yeterli uyarı, şeffaflık ve yasaların gerektirdiği gerekli izinler olmaksızın toplamakla ve, çocuklar ile ebeveynlerine bu verilerin nasıl ve nerede kullanıldığı, hangi üçüncü taraflara aktarıldığı konusunda gerekli bilgilendirmeleri yapmamakla suçlanmaktadır. Bu suçlamalar neticesinde birçok ülkenin veri koruma otoritesi tarafından soruşturulan şirket, farklı ülkeler tarafından para cezalarına mahkum edildi. Aynı sorun Google ve Youtube ile yaşandı, bu şirketler ebeveynlerin izni olmadan çocuklardan yasa dışı şekilde kişisel bilgiler topladığı ve bu verileri İngiltere ve Avrupa veri gizliliği yasalarını ihlal ederek reklamlar üzerinden kar elde etmek amacıyla kullandığı iddialarıyla davalık oldu.

Alman Federal Ağ Ajansı (Bundesnetzagentur), konuşabilen ve cevap verebilen “My Friend Carla” adlı oyuncak bebeğin yasaklanması ve imha edilmesi gerektiği konusunda aileleri uyarıyordu²⁵. Uyarının nedeni, bilgisayar korsanlarının oyuncakla oynayan çocukları ve ailelerini yerleşik gizli mikrofonlar sayesinde dinlemesi veya diğer bir senaryo olarak bu cihazların üreticiler haricinde üçüncü şahıslar tarafından hacklenmesi neticesinde dinlenilmesi haliydi. Elektronik Gizlilik Bilgi Merkezi (EPIC - *Electronic Privacy Information Center*) ise bu akıllı oyuncakın kaydettiği görüşmeleri ebeveyn izni olmadan uzak bir sunucuya ileterek gizlilik kurallarını ihlal ettiğini belirtti.

Bir eğitim kurumu, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeden ve öğrenciler ile velilerinin açık rızasını almadan hukuka aykırı şekilde “CAS (*Cognitive Assessment System*) Uygulama ve Değerlendirme Testi”ni yapması ve

²⁵ Bundesnetzagentur, ‘Bundesnetzagentur Removes Children’s Doll “Cayla” from The Market’, (2017). <https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2017/17022017_cayla.html?nn=404422> Erişim Tarihi: 16.12.2021

test sonucu elde edilen sağlık verilerini hukuka aykırı şekilde başka kişilerle paylaşması sebebiyle Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından 50.000 TL idari para cezasına ĉarpıtıldı. CAS testi nörolojik ve klinik değerlendirme yapan bir test olup, öğrencinin ilgi alanları, yetenekleri, zeka düzeyi, kişilik özellikleri, akademik başarısı gibi psikolojik özellikleri ile hiperaktivite, kaygı bozukluğu ve dikkat eksikliği gibi ruh sağlığına ilişkin özel nitelikli pek ĉok veriyi işlemektedir. Özel nitelikli kişisel veriler kanun uyarınca daha sıkı şartlarla koruma altına alınmış olduğundan Kurul, kararında veri sorumlusu okula bu şartları yerine getirmemesi sebebiyle, hukuka aykırı şekilde işlenen verilerin silinmesi, yok edilmesi vb talimatlar da vermiřtir²⁶.

Diğer bir husus, uygulama ve oyun üreticilerinin, kişisel verilerin toplanması, işlenmesi, depolanması ve aktarılması konusunda, kullanıcı konumundaki ĉocukların anlayabileceği aĉıklıkta ve uygun dillerde aĉıklama ve bilgilendirmelerin yapılması konusundaki eksiklikleridir. Yine TikTok üzerinden gidersek, Hollanda Veri Koruma Otoritesi (DPA - *Dutch Data Protection Authority - Autoriteit Persoonsgegevens*), TikTok'un Hollandalı kullanıcılar için bilgilendirme metnini Flemenkçe sunmayarak, uygulamanın kişisel verileri nasıl topladığı, işlediği ve kullandığı konusunda yeterli bir aĉıklama sağlayamamasını gizlilik yasası ihlali olarak kabul etmiřtir²⁷.

C. Veri Koruma Otorite Tavsiyeleri

ĉocuklar genellikle fotoğraflarının, videolarının, bilgilerinin vb. kişisel verileri olduğundan, bu verilerin belirli amaĉlar için toplandığından (reklam, uygulama iĉi deneyimler vb.) ve belli süreler boyunca saklanacağından habersizdir²⁸. Hollanda Veri Koruma Otoritesi gibi İrlanda Veri Koruma Komisyonu (DPC - *Data Protection Commissioner*)²⁹ da kurumlara, ĉocukların kişisel verilerini işlediklerinde bu verilerle tam olarak ne yapacaklarını ĉocuklara aĉıklamak için, ĉocukların yaş aralığına uygun, aĉık, sade ve basit bir dil kullanmalarını önermektedir. Bu bilgilerin, ĉocukların site iĉinde aramalarını gerektirmeyecek şekilde erişmesi kolay ve görünür bir yerde gösterilmesi (ör-

²⁶ Kişisel Verileri Koruma Kurulu, Karar Tarihi: 02.04.2020. Karar Sayısı: 2020/255.

²⁷ Autoriteit Persoonsgegevens (AP), Karar Tarihi: 22.06.2021 <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/boete_tiktok.pdf>

²⁸ Sonia Livingstone, Mariya Stoilova ve Rishita Nandagiri, 'Children's Data and Privacy Online: Growing up in A Digital Age, An Evidence Review' (2019) London: London School of Economics and Political Science, <<https://www.semanticscholar.org/paper/Children's-data-and-privacy-online%3A-growing-up-in-a-Livingstone-Stoilova/65e26c5308ab20efa9a2e2c4e976457fe18fade2>> Erişim Tarihi: 24.12.2021

²⁹ Ireland Data Protection Commission (DPC) Children Front and Centre, 'Fundamentals for a Child-Oriented Approach to Data Processing', (2021) s.29. <https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2021-12/Fundamentals%20for%20a%20Child-Oriented%20Approach%20to%20Data%20Processing_FINAL_EN.pdf> Erişim Tarihi: 24.12.2021



neğin, yönlendirmeler, anında açılan pencereler veya fareyi üzerine getirdiğinde çıkan yazılar şeklinde³⁰) gerektiği açıklanmıştır. Ayrıca, yalnızca üyelik sırasında değil, gizlilik ayarları değişmeden veya yeni bir çevrimiçi yayın yapmadan hemen önce olacak şekilde devamlılık arz ederek sunulması gerektiği de vurgulanmıştır. Eğer bu bilgilendirmenin yazılı şekilde yapılması amaçlanıyorsa, parlak renkler, büyük boy yazı tipleri, okunması kolay listeler vb. kullanılarak dikkat çekici şekilde sunulmalıdır. Metin haricinde görsel unsurlar kullanılarak yapılacaksa, resim, video, karikatür, çizgi film veya oyunlaştırma yöntemleri kullanılarak çocukların daha kolay kavramaları sağlanabilir. Çocukların/gençlerin bu süreçte kişisel verilerinin akıbeti ve gizlilik hususlarıyla ilgili bilgilendirme konularında herhangi bir soruları olduğu takdirde, veri işleyen kuruluşlara doğrudan (örneğin, e-posta adresi, anlık sohbet, telefon vb.) ulaşma imkanı da sağlanmalı, bu imkanlar da onların kolayca ulaşabileceği görünür yerlerde yer almalıdır.

Kanada Gizlilik Komiserliği Ofisi (OPC - *Office of the Privacy Commissioner of Canada*) ailelere, çocuklarına dijital dünyadaki gizlilik ve mahremiyetlerini sağlama konularında eğitim verirken yararlanabilecekleri eğlenceli aktiviteler önermektedir³¹. Bu aktiviteler³²:

- Yılanlar ve Merdivenler (*Privacy Snakes and Ladders*): Yılan ve merdiven şeklindeki oyun tahtasında 1'den 50'ye kadar sayılar bulunan kareler vardır. Atılan zardan çıkan sayı kadar karelerde ilerlenir. Oyuncular güçlü şifre oluşturduklarında veya internette gördükleri kötü muameleyi bir yetişkine söylediklerinde merdiveni tırmanır; bir şifreyi veya kendisine ait olmayan bir resmi arkadaşlarıyla paylaştıklarında yılandan aşağı kayar.
- Noktaları Birleştirme (*Connect the Dots*): Tamamlanmamış bir resimde 1'den 16'ya kadar numaralandırılmış noktalar vardır. Noktalar birleştirildiğinde resmin altında bir metin görünür ve ilgili kutucukların işaretlenmesi beklenir: "Çevrimiçi gizliliği iyi şekilde uygulamak için evinizde sahip olduğunuz kuralları kontrol edin":
 - Çevrimiçi olarak bilgi/verinin nasıl paylaşılacağını öğrenmek için güvendiğimiz bir yetişkinle birlikte çalışacağız.
 - Tıklamadan önce düşüneceğiz. Fotoğrafları, videoları ve yorumları kaldırmak bazen zor olabilir.
 - İnsanlara çevrimiçi olduğumuzda nerede olduğumuzu söylemeyeceğiz.

³⁰ Anna Morgan, 'The Transparency Challenge: Making Children Aware of Their Data Protection Rights and The Risks Online', (2018) s.3. <<https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2019-02/TransparencyChallenge.pdf>> Erişim Tarihi: 24.12.2021

³¹ Bknz: <https://www.priv.gc.ca/en/about-the-opc/what-we-do/awareness-campaigns-and-events/privacy-education-for-kids/t-v/activ/index/>

³² Bknz: https://www.priv.gc.ca/en/opc-news/news-and-announcements/2019/an_190826/

- İstemediğimiz bir şeyi internete koyarsak bir yetişkinden yardım isteyeceğiz.
- Ebeveynimize veya velimize sormadan oyun satın almayacağız.
- Ebeveyn veya veliye sormadan bir uygulamayı (ücretsiz olsa bile) indirmeyeceğiz.

Şifreleri Öğrenme / Tableti Renklendirme: Çocukları boşlukları doldurarak sekiz karakterli güçlü ve benzersiz şifreler oluşturmaya zorlayan oyunda, şifrelerin iyi veya kötü şekilde koruduğunu tableti renklendirerek göstermelerini ve kilit resmi çizmelerini ister.

Kelime Arama: Çocukların “bilgisayar, göndermek, tıklamak, paylaşmak vb.” kelimeleri bulmaları için bir bulmacayı taramalarını sağlayarak gizlilikle ilgili kelime dağarcığını genişletir.

Bunların haricinde “Boyama etkinliği”, “2 resim arasındaki 13 farkı bulma”, “Fotoğraftaki kişileri etiketleme” ve “Kriptografi alıştırması” etkinlikleri ile gizlilik sorunları hakkında farkındalığı artırmalarına ve mahremiyet risklerini azaltmalarına yardımcı olacak bilgiler sağlamaya çalışılır.

OPC bu etkinlikler aracılığıyla çocuklara “Çevrimiçi Gizliliğinizi Korumak İçin 5 İpucu” da önermiştir:

- Göndermeden önce düşünün! İnternette paylaştığımız fotoğrafları, yorumları, mesajları ve videoları, siz veya aileniz onları yayınlamadan önce düşünün.
- Gönderdiğiniz ve paylaştığımız şeylerin özel kalmayabileceğini ve insanların çevrimiçi olarak bunları kopyalayıp başkalarına gönderebileceğini unutmayın.
- Arkadaşlarınızın kim olduğunu bilin. Birini şahsen tanımiyorsanız, o kişinin gerçekte kim olduğundan emin olamazsınız.
- Gizliliğinizi parolalarla koruyun. Güçlü parolalar oluşturmayı öğrenin ve bunları başkalarıyla paylaşmayın.
- Arkadaşlarınıza saygı duyun. Siz veya bir ebeveyn paylaşmadan önce başka birinin fotoğrafını veya videosunu paylaşmanın uygun olup olmadığını sorun. İnternetteki diğer insanlar hakkında kötü şeyler söylemeyin.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu ise, uygulama geliştiriciler için çocukların kişisel verileri konusunda bazı uyarılarda bulunmuştur³³:

- 6698 sayılı KVKK’ya en yüksek uyumun sağlanması,

³³ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, ‘Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması, Ürün ve Hizmet Geliştiriciler Tarafından Dikkat Edilmesi Gereken Rehberi’ <<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/db0b3f30-c636-4fcb-930a-bf8f2e524de8.pdf>> Erişim Tarihi: 17.12.2021

- Veri işleme faaliyetlerinde veri minimizasyonu ilkesine uygunluk,
- Çocuğun yaşını doğrulayacak sistemlerin kullanımı,
- Açık rıza ve bilgilendirme metinlerinin gerekli hallerde velayet/vesayet hakkı sahiplerinin iletişim bilgilerine gönderilmesi,
- Teknik ve idari tedbirlerin maksimum seviyede uygulanması,
- Çocukları kendi haklarının varlığı ve bu hakların kullanımı konularında bilgilendirme, bunlara uygun mekanizmalar geliştirme ve politikalar düzenleme,
- Çocukların algı düzeyine ve yaş aralığına uygun bilgilendirme metinleri hazırlama, daha kavrayıcı olması için bu metinleri görsel öğelerle destekleme.

Özellikle çevrimiçi oyunlar ve sosyal medya platformları açısından oluşabilecek tehlikelerin önüne geçmek için uygulama geliştiricilerin bahsi geçen konularda dikkatli olması ve sorumluluk alması oldukça önemlidir. Çünkü bu mecralar farklı nitelikli ama çocuklara ve gençlere zarar verme bakımından birbirinden aşağı kalmayacak pek çok ciddi tehlikeyle doludur.

IV. ÇEVİRİMİÇİ OYUNLAR VE SOSYAL MEDYA

Çocuklarla temas kurulan en kolay platformlar, sosyal medya uygulamaları ile çevrimiçi (online) oyunlar olmaktadır. Bazı durumlarda anlayışlı bir yetişkin rolüyle, bazense başka bir çocukmuş gibi davranan kişiler çocuklarla iletişim kurarak güven kazanmakta, onları buluşmaya veya cinsel içerikli eylemlerde bulunmaya ya da özel görüntülerini yollamaya ikna etmektedir. Ailesiyle veya arkadaşlarıyla iletişim sorunları yaşayan çocuklar, yabancı biri de olsa kendilerini anlayan kişilere yakınlık duyma eğilimindedir. Bu durumun zararları hakkında bilgisi olmayan veya henüz anlama kapasitesi gelişmemiş çocuklar saldırganlara kendileriyle yakınlaşmaları için birçok fırsat vermektedir. Güven ilişkisi haricinde, kandırma, manipülasyon veya tehdit yöntemlerine başvurduklarında ise maruz kaldıkları duygusal baskılara direnemeyen çocuklar, her türlü bilgiyi, ev adreslerini ve okul bilgilerini verebilmekte, birçok olumsuz davranışa boyun eğebilmektedir.

İstismarcılarla iletişim haricinde farklı başka tehlikelere de sebebiyet veren bu platformlar, kendine veya başkasına zarar verme, öldürme, intihar etme, soygun-hırsızlık yapma gibi eylemler konusunda çocuk ve genç kullanıcıları yönlendirmede kullanılabilir. Bu noktada gerçek hayatta yaşanmış birkaç örneği açıklamak faydalı olacaktır:

2008 yılında Galler’de gerçekleşen ve 25 gencin ölümüyle sonuçlanan “Bebek Vakası”, sosyal paylaşım sitesiyle yayılan bir intihar dalgasıydı. “İnternet İntihar Tarikatı” adı verilen olayda, gençlerin hepsi kendini asarak intihar

etmişti³⁴. Olayın gizemi hiçbir zaman gerçekten çözülemedi ancak ortak kanı, medyada yayınlanan haberlerin gençler üzerindeki olumsuz etkisi üzerineydi. İntihar haberlerinin servis edilışindeki ‘heyecan’, ölenleri sürekli gündemde ve ilgi odağı halinde tutarak ‘ünlü’ haline getiriyordu. Uzmanlar, çevresi tarafından dışlanan veya görmezden gelinen çocuklardaki ilgi çekme arayışını yansıtan bir olay olarak kabul etti.

Sonraki yıllarda ortaya çıkan “Mavi Balina - *Blue Whale* (2015)” ve “Momo Challenge (2017)” çevrimiçi oyunları nedeniyle dünyanın birçok ülkesinde intihar eden çocuk sayısındaki artış tehlikenin boyutunu daha geniş bir perspektiften gözler önüne sermektedir. WhatsApp üzerinden gönderilen bir link ile erişilebilen bu oyunlarda grup yöneticisi tarafından, belirli bir süre boyunca tamamlanması, belgelenmesi ve yayınlanması gereken görevler, seçilen oyunculara dağıtılmakta, oyuncuların ise bir kez başladıkları oyunu bırakmalarına izin verilmeyerek, şantaj ve siber zorbalıkla oyunu tamamlamaları için baskı yapılmaktadır. Oyuncuların korku içinde yaşamalarının amaçlandığı oyunlardaki, mezarlığa gece yarısı tek başına gitme, her gece korku filmi izleme gibi görece daha az zararlı ilk görevler, aşamalar ilerledikçe kendine zarar verme şeklinde şiddetini artırmakta ve son görev intihar ettirmeye yönelik olmaktadır. Oyun sebebiyle ölen çocukların arkalarında bıraktıkları notlar ve videolar ile, kurtulan çocukların ifadeleri dehşeti çarpıcı şekilde gözler önüne sermektedir.

Bazı oyunlarda ise karakter, mülk, silah gibi ekipmanların satın alınması için gerçek paranın kullanılması sistemi benimsenmektedir³⁵. Bu durum, çocukların gerekli ekipmanları alabilmek için ailelerinin kredi kartlarını çalmaları şeklinde sonuçlandığı gibi, diğer oyuncuların hesaplarını ve karakterlerini çalma şeklinde de görülebilmektedir. 2007 yılında 17 yaşında bir çocuk (aynı yaş grubunda birkaç çocukla birlikte) 3D sosyal ağ sitesi “Habbo Hotel”den gerçek parayla satın alınan 4.000 avro değerindeki sanal mobilyayı çalmakla suçlandı. Habbo kullanıcıları, gerçek parayla satın aldıkları Habbo kredileri ile ödeme yaparak oyun oynayabilmekte, kendi karakterlerini oluşturabilmekte ve kendi odalarını dekore edebilmektedir. Oyun sahipleri, hırsızlık yapabilmenin tek yolunun, oyuncuların kullanıcı adı ve şifrelerini ele geçirip, oturum açarak mobilyaları almak olduğunu söylediler ve hırsızlık olayının bu şekilde gerçekleştiğini iddia ettiler. Aynı olay 2010 yılında tekrar yaşandı.

Özellikle Japonya’da ve Güney Kore’de yaygın olarak oynanan “Lineage II”-nin iki oyuncusu, diğer oyuncuların karakterlerini yenmek ve değerli eşyalarını

³⁴ Rainer Kurz, ‘Bridgend “Bebo Internet Suicide Cult” And Ritual Violence in Wales’ (2017) 41(S1), 25th European Congress of Psychiatry of the in Florence. European Psychiatry 888-S889. doi:10.1016/j.eurpsy.2017.01.1803

³⁵ Eric J. Hayes, ‘Playing it Safe: Avoiding Online Gaming Risks’. Cybersecurity&Infrastructure Security Agency (CISA). <<https://www.cisa.gov/uscert/sites/default/files/publications/gaming.pdf>> Erişim Tarihi: 19.12.2021



çalmak için web üzerinden çalışan bot yazılım kullandılar. İnsan oyuncu yerine bir yazılım tarafından kontrol edilen oyun karakteri yenilmezdi ve diğer oyuncuların onu yenmesi için karakterlerinin savaş özelliklerini geliştirmeleri gerekmektedir. Bunun için ücretsiz araçlar sunan bir web sitesi oluşturdular ve bu sayede kullanıcı adı ve şifreler ele geçirildi. Çalınan sanal eşyalar daha sonra gerçek parayla değiştirildi. Toplamda, yaklaşık 1 milyon yen (yaklaşık 12.000 ABD Doları) kazandıkları ve 100’den fazla kişinin hesabını ele geçirdikleri iddia edildi.

Hırsızlık ve dolandırıcılık haricinde ölümle sonuçlanan bir olay ise; bir oyuncunun oyunda kullanılan bir silah yüzünden başka bir oyuncuyu öldürmesiyle gerçekleşti. Oyuncuların savaşçı, büyücü ve rahip rollerini üstlendiği bir fantezi dünyasında geçen “Legends of Mir 3” oyununda oyuncular seviye olarak geliştikçe daha güçlü silahları kullanabilir hale gelmekte ve milyonlarca dolarlık değere ulaşan bu oyun ekipmanları siteler üzerinden alınıp satılmaktadır. Bir oyuncu yüksek değere ulaşan “ejderha kılıcı”nı ödünç verdiği kişinin, bu kılıcı satarak gerçek paraya çevirdiğini öğrenince onu öldürdü ve ömür boyu hapse mahkum edildi. Bu olaydaki tarafların birer yetişkin olması, çocukların oyuncu olarak yer aldığı bu tip oyunlarda tehlikeyi ortadan kaldıran durumlar olmamakta ve bu büyük riskler çocukların her zaman yanı başında durmaktadır.

“The Sims” rol yapma oyunları içinde belki de en ünlü olanıdır. Oyuncu, görünüş, kişilik, duygu dünyaları, meslek, ilişki vb gibi konularda, kendi seçeceği özelliklere göre yarattığı karakteri bir evde yaşatabilmekte, işe veya okula gönderebilmekte, sosyalleştirebilmekte veya evlendirip yuva kurdurabilmektedir. Oyun teknolojiyle birlikte epey geliştii, önceleri çevrimdışı bir simülasyon oyunu şeklindeyken sonraları dünyanın birçok yerindeki çok sayıda gerçek insanın yönlendirebildiği, çevrimiçi olarak oynanabilme özelliği olan bir oyun haline aldı. Oyunun para birimi ‘simolean’ın gerçek para birimi karşılığı bu oyunda da bulunmakta ve oyunda artık yasadışı olarak kabul edilebilecek aktiviteler de yer almaktadır. Elbette bu durum, yaşça küçük oyuncuların da bulunduğu bu ortamda, kötü örnek teşkil edici birçok unsur barındırırken, istismarcılar için de kimliklerini gizleyerek kalmaları için ideal bir ortam oluşturmaktadır. Tüm bu sebeplerle oyun 13 yaşından küçüklere yasaklanmıştır. Yazacağı yeni kitap için sanal hukuk sistemlerini ve oyun içinde sosyal kültürün gelişimini inceleme ve belgeleme amacıyla oyuna katılan Michigan Üniversitesi felsefe profesörü Peter Ludlow’un, oyunda seçtiği karakter bir gazete muhabiriydi. Bu meslek vesilesiyle mahallenin kötü adamı olan ve sanal bir genelev işleten Evangeline karakterinin gerçek hayatta 17 yaşında bir çocuk olduğunu ve müşterilerine para karşılığı siberseks hizmeti sunduğunu ortaya çıkardı³⁶. Oyunun, çocukların psikolojik ve hatta fiziksel gelişimini olumsuz yönde etkileyici çok sayıda de-

36 Bknz: Evangeline Röportajı ‘Alphaville Herald, Evangeline: Interview with a Child Cyber-Prostitute in TSO’ (2003) <http://alphavilleherald.com/2003/12/evangelina_inte.html> Erişim Tarihi: 18.12.2021

tay barındırdığını da ifşa eden Ludlow'un oyun sahibi şirket tarafından hesabı sonlandırıldı³⁷.

Diğer bir oyun faciası, 'sanal uzayda tecavüz' adıyla bilinen olaya sahne olan "LambdaMOO" oyununda yaşandı. Oyunda, bir kullanıcı kendi karakterini istediği gibi yaratabilmekte, diğer karakterlerle etkileşime sokabilmekte ve odalar, mobilyalar dahil olmak üzere yeni nesnelere oluşturabilmektedir. "Bungle" adında bir karakter, Voodoo bebeği alt programını kullanarak, diğer iki karakterin kontrolünü ele geçirdi ve bu karakterleri sadist tecavüz eylemlerinde kullandı³⁸.

Tüm bu örnek olaylar ve daha fazlası gösteriyor ki, sanal davranışın gerçek psikolojik ve fiziksel sonuçları olabilmekte, özellikle çocuklar üzerinde travmatik etkiyle sonuçlanabilmektedir. Çoğu ebeveynin çocuğunun oynadığı oyunlar veya üye olduğu sosyal platformlar hakkında herhangi bir bilgisi yoktur hatta meşgul ebeveynler için çocukları oyalamak açısından teşvik edilen uygulamalardır. Ancak görülüyor ki hırsızlıktan tecavüze hatta cinayete kadar korkunç etkileri bulunmaktadır. Dahası ülkeler, ne sanal soygunlar ne de sanal tecavüzler için hiçbir hukuki düzenlemeye sahip değildir ve bu olayların nasıl sonuçlanacağı tamamen belirsizdir, hukukun bu alanlara eğilmesi konusundaki aciliyet ise oldukça belirgindir. Ailelerin, bakıcıların ve eğitimcilerin, dijital dünyanın her bir noktasında daha dikkatli, daha bilinçli ve daha etkili duruş sergilemeleri hayati bir zorunluluk haline almıştır. Oyun ve uygulama geliştiricilerin ise üye kullanıcı davranışları üzerindeki denetim konularında daha keskin politikaları olmalı, yükümlülükleri ise daha katı kurallara bağlanmalıdır. Sanal dünyanın öngörülemez ve zamanında durdurulamaz özelliğinin gelecekte de katlanarak süreceğini düşünürsek her türlü senaryoya hazır olmak bariz bir zorunluluk olarak karşımızda durmaktadır.

V. DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

Ebeveynlerin çocuklarının internette geçirdikleri zamanlarla ilgili daha fazla bilgi sahibi olması önemlidir. Çocuklar kişilik ve mahremiyet hakları olan bireyler olmakla birlikte, tehditleri ve tehlikeleri anlamaları konusunda yardıma ihtiyaçları vardır. İnternette ve dijital dünyadan çocukları tamamen uzaklaştırmak mümkün olmadığı gibi sağlıklı bir çözüm de sunmayacaktır. Harcadıkları saat sayısını azaltmak veya en verimli şekilde kullanmalarını sağlamak daha faydalı sonuçlar verirken, birtakım tedbirlerle süreci doğru şekilde yürütmeye çalışmak daha anlamlı olacaktır. Sosyal medya hesaplarının arkadaş listelerinde sadece tanıdıkları kişilerin bulunması, kullanıcı adı ve soyadı yerine takma isim (*ni-*

³⁷ Bknz: 'Line Between Virtual and Real Blurred in Online Game' (2005) Tampa Bay Times. <<https://www.tampabay.com/archive/2004/02/16/line-between-virtual-and-real-blurred-in-online-game/>>Erişim Tarihi: 18.12.2021

³⁸ Chuck Huff, Deborah G. Johnson ve Keith W. Miller, 'Virtual Harms and Real Responsibility' (2003) 22(2) IEEE Technology and Society Magazine, 13.



ckname) kullanmaları, gizlilik ayarlarının düzenlenmesi ve güçlü parolalarla hesaplarını güvende tutmaları başlangıç için önemli tedbirlerdir. Çocukların hangi web sitelerini kullandığı ve hangi çevrimiçi oyunları oynadığı konusunda aileler bilgi toplamalı ve onları nasıl güvende tutacaklarına dair kendilerini eğitmelidir. Çocuklarla iletişimi iyi tutmak, onları dijital dünya ve riskleri hakkında bilgilendirmek, herhangi bir sorunla karşılaştıklarında destek olunacağına dair güven vermek öncelikli eylem planı olmalıdır.

Dijital okuryazarlığın önemi tam da burada kendini göstermektedir. Ailede başlayıp okulda devam eden bir bilgilendirme süreci sağlanması çok önemlidir çünkü çocuklar artık evde olduğu kadar okullarda da bilişim teknolojileriyle temas halindedir. En basit haliyle artık her çocuğun elinde akıllı telefon, tablet ve diğer dijital cihazlar bulunmakta ve bunlarla her yerden internete bağlanmaları mümkün olmaktadır. Çocukların ilk rol modelleri ebeveynleri olmakla birlikte, yaşları ilerledikçe öğretmenlerinden ve en çok da akranlarından etkilenmektedirler. Bu sebeple, özellikle okul döneminin erken sınıflarından itibaren onlara, çevrimiçi ortamda iletişim kurmanın usulleri, içerik paylaşmanın riskleri konularında bilgilendirmeler yapılmalı, mahremiyetin ve kişisel verilerin önemi, gizlilik ayarlarının kontrolünün yapılmasının yöntemleri öğretilmeli, siber zorbalık, takip, sömürü, pornografi gibi tehlikeler konusunda eğitimler verilmeli, bu hususların erken sınıflardan itibaren müfredata eklenmesi sağlanmalıdır. Elbette gösterilecek bu farkındalık faaliyetleri için önce ebeveynler, bakıcılar, öğretmenler ve eğitimciler gerekli eğitimleri almalı, uygulamaları tecrübe etmelidir.

Oyun ve uygulamalar açısından, bu platformlarda oluşturulan profillerden gerekli bilgileri toplayarak yeni hesaplar oluşturmak, içerikleri satmak veya mevcut finansal hesaplara erişmek kimlik hırsızlığı ile mümkün olurken, sosyal mühendislik³⁹ yöntemleri ile sahte yamalar veya zararlı yazılımlar bulunan eklentiler indirmeleri için çocuklar sahte web sitelerine yönlendirilebilir. Böylece kötü niyetli kişiler bilgisayarları uzaktan kontrol edilebilir ve çocukların çevrimiçi etkinliklerini izleyebilir. Oyun ve uygulama indirirken, satıcıların itibarlı olduğundan emin olmak ve bunları güvenilir sitelerden indirmek önemlidir. Sistemlerin güvenliğinin sağlanması, gizlilik ve mahremiyet protokolleri, uygulama ve üyelik kuralları ürün tasarımları sırasında ticari kaygılardan daha öncelikli olarak dikkate alınmalı, geliştiriciler için etik protokoller ve standartlar oluşturulmalıdır. Çocuklar ve gençler için tehdit oluşturacak içeriklerin ve materyallerin dolaşımını engelleyici önlemler alınması, diğer kullanıcıların faaliyetlerinin titiz denetlemelere tabi tutulması ve yargıya intikal eden olaylarda işbirliği konusunda daha istekli davranılması da önemli hususlardandır. Yaş

³⁹ Sosyal Mühendislik (*Social Engineering*): Bir siber saldırıyı gerçekleştirmek, gizli veya hassas bilgileri ifşa etmek için insan davranışlarından ve hatalarından yararlanarak, ikna ve güven yöntemleriyle manipüle etme sanatıdır. Saldırganlar kurbanları ile iletişime geçerek onların güven, aciliyet ve merak, korku gibi duygularına odaklanır.

doğrulama, filtreleme, izinli veya engelli listeler oluşturma ve ebeveynler için şifre koruma özellikleri bulunan uygulamalar geliştirme çocukların kontrolsüz mesailerine de çözüm sağlayabilir⁴⁰.

İnternetin rahatlığı ve ucuzluğu, bilişim teknolojilerinin doğasından kaynaklanan özellikler ile birleşince, bilişim suçları sınır ötesi nitelikli hale gelecek, saldırganların ve istismarcıların dünyanın herhangi bir yerindeki bilişim sistemine girmesine imkan sağlamaktadır. Elektronik cihazların hızlı şekilde alınıp satılması, suç delillerini yok etmek için bu cihazların kolaylıkla imha edilebilmesi, başkalarının cihazlarının ve sistemlerinin yaygın şekilde kullanılması bu süreci kolaylaştıran diğer etkenler olmaktadır. Dijital delillerin değişmeden ve bütün halde elde edilmesindeki zorluk ve elektronik verilerin tamamen yok edilmesindeki imkansızlık ise suçluların tespitinin ve yakalanmasının zorluğunu arttırmakta ve bu suçların soruşturulması, kovuşturulması ve hüküm verilmesi süreçlerinde özel düzenlemeleri zorunlu kılmaktadır. Bu suçların kıtaları aşan bağlantılar sağlaması sebebiyle ülkeler arası yardımlaşma kuralları konulmalı, yargılamalarda paralellik sağlanması açısından uluslararası hukuki düzenlemelere uygun ulusal kanunlar ile uluslararası standartlara uygun en iyi uygulama rehberleri (*best practices*) oluşturulmalıdır. Bilişim suçları, siber güvenlik ve adli bilişim kurallarına ilişkin düzenlemelerin ayrı kanunlar halinde ve bütün halde hazırlanması gelecekteki teknolojik gelişmeler de göz önüne alındığında, uygulayıcılar açısından hakkaniyetli ve hukuka uygun uygulamalar ve yargılamalar için hayati önem taşımaktadır. Hukukun, internet ve teknolojinin gelişim ve dönüşüm hızı karşısında geride kalması, çoğu fiilin cezasız kalmasına ve mağduriyetleri arttırmasına sebep olmaktadır. Örneğin, çocuk pornografisi, siber takip, siber taciz ve siber zorbalık gibi eylemlerle ilgili açık düzenlemeler yapılması bir ihtiyaçtır, çünkü bu fiillerin verdiği zararlar bariz şekilde önümüzde durmaktadır. Dahası, ceza kanunlarında yer alan ve çocukların konu olduğu suçların bilişim sistemleri vasıtasıyla işlenmesi halleri ağırlaştırıcı sebep sayılmalıdır. İnternet ortamında çocukların ve gençlerin gelişimlerini, psikolojilerini ve güvenliklerini zedeleyici yayınların ortadan kaldırılması veya erişimlerinin engellenmesi hususlarındaki düzenlemelerin de daha detaylı ve daha engelleyici olması sağlanmalıdır. Aynı durum çocuk kişisel verileriyle ilgili özel düzenlemeler açısından da geçerlidir. Veri koruma kanunları çocuklarla ilgili düzenlemeleri genişletmeli ve keskinleştirmeli, veri işleyen ve veri aktaranlara daha fazla yükümlülük yüklemelidir. Özellikle çocukların konu olduğu çevrimiçi suçların soruşturulmasında çocuk verilerinin anonimleştirilmesi/maskelenmesi çocukların en yüksek menfaatleri ışığında uygulanmalıdır, çünkü kişisel verilerin gizliliği her bireyin güvenliği için çok önemlidir ancak çocuklar için hayatidir.

⁴⁰ Kimberly J. Mitchell, David Finkelhor, Janis Wolak. "The Exposure of Youth to Harmful Content on the Internet. A National Survey of Risk, Impact and Prevention" (2003) 34(3) Youth & Society 330-358 p.332 DOI:10.1177/0044118X02250123

SONUÇ

Teknoloji ve internetin ortaya çıktığı ilk yıllarda insan hayatını bu kadar etkileyeceği muhtemelen tahmin edilmemişti. Geldiğimiz noktadan geleceğe baktığımızda çok daha fazlasının olduğunu artık görebiliyoruz. Akıllı telefonlar yerini akıllı evlere, akıllı şebekelere ve akıllı şehirlere bırakıyor. Yapay zekanın ve nesnelerin internetinin yaygınlaştığı günümüzde gelecekteki planlarımızı tam otonom robotlar üzerine kurmaya başladık. Dahası, online oyunların evrimleşmesi, artırılmış gerçeklik, 3D teknoloji, VR ve AR gözlükler vasıtasıyla yaratılan “Metaverse” evreni hızlıca geliştiriliyor ve fiziki hayatın yerini yavaş yavaş almaya başladı bile. Çocuklar artık böyle bir dünyanın içine doğuyorlar. Doğum anlarından itibaren hayatlarının her anı ebeveynleri tarafından paylaşıldığından dijital kimlik sahibi oluyorlar ve bu durum hayatlarının her alanına sirayet ediyor. Onlar artık bu dünyanın doğal sakinleri konumunda ve bitmeyen merakları ile sürekli keşfetme ihtiyaçları daha fazlasına çekilmelerini sağlıyor. Dahası, her şeyin internete bağlanmış olması, eğitim, sosyalleşme, iletişim, bilgi, oyun, eğlence, film vb. birçok materyale erişim için de onları çevrimiçi kalmaya mecbur kılıyor. Bu durumun eğitim olanaklarına ve çeşitli hizmetlere erişim noktasında sayısız faydası olmasının yanında, ruhsal ve zihinsel gelişimlerine de birçok olumlu katkısı bulunmaktadır. Tüm bunlara rağmen teknolojinin kullanımı açısından zihinsel ve eylemsel açıdan hazır olsalar bile, zorluklar ve riskler konusunda psikolojik olarak savunmasızlar. Bu savunmasızlık hali, ebeveynler, bakıcılar ve öğretmenlerin farkındalık ve bilgi eksikliği ile birleşince failer için ideal ortamlar haline gelmekte ve çocukların bu ortamlarda hasarsız ve zarar görmeden kalmaları ise gittikçe zorlaşmaktadır.

Tüm bu nedenlerle, bu makalede çocukların sanal dünyada karşı karşıya kaldığı tehlikeler farklı kalemler halinde sıralanarak, gerek aileler ve eğitimciler, gerek sektörlerde faaliyet gösteren kişi ve kuruluşlar, gerekse devlet organları açısından yapılması gerekenlerle ilgili tavsiyelerde bulunularak hukuki çerçeve çizilmeye çalışılmıştır. Sağlıklı bir toplum, yarının büyükleri olacak bugünün çocuklarının fizyolojik ve psikolojik olarak zarar verici her türlü faktörden korunarak, güvenli ortamlarda büyümelerinin sağlanmasıyla oluşturulur. Çocuğun üstün yararı ilkesi her zaman ilk sırada tutularak, ortak güçlüklerin üstesinden gelmeyi amaçlayan koordinasyon çalışmaları, aileler, üniversiteler, özel sektör, sivil toplum örgütleri ve devletlerin elbirliği ile çalışması durumunda faydalı sonuçlar verecektir. Güçlü kanunlar ve detaylı rehberler, bilinçli ve eğitilmiş insanların çabalarıyla birleştiğinde, çocuklar ve gençler için daha güvenli ve daha huzurlu bir dünyanın yaratılması sağlanacak, devletlerin ortak eylemleri ve işbirliği ile sınır ötesi nitelikli bilişim suçlarıyla mücadelede de kıtalar üstü bir başarı sağlanacaktır.

KAYNAKÇA

Autoriteit Persoonsgegevens (AP) Karar Tarihi: 22.06.2021 <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/boete_tiktok.pdf>

Ayhan H ve Öztürk E, ‘Dijital Dünyada Ebeveyn Olmanın Görünürde Normal Bir Yansıması Olarak Paylaşan Ebeveynlik (Sharenting): Geleneksel Bir Derleme’ (2021) 18(2) Türkiye Klinikleri Adli Tıp ve Adli Bilimler Dergisi 165-77 doi: 10.5336/forensic.2021-82082

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Genel Yorum No:13 (United Nations Committee on the Rights of the Child, Convention on the Rights of the Child, General Comment No. 13) Kabul Tarihi: 17.01. – 04.02.2011 <<http://humanistburo.org/dosyalar/humdosya/BM%20CHK%20Genel%20Yorum%20No13%20-%20Cocuga%20Karsi%20Siddet.pdf>> Erişim Tarihi: 22.12.2021

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Genel Yorum No:25 (United Nations Committee on the Rights of the Child, Convention on the Rights of the Child, General Comment No. 25 on Children’s Rights in Relation to the Digital Environment). Yayınlanma Tarihi: 24.03.2021. <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f25&Lang=en> Erişim Tarihi: 16.12.2021

Bundesnetzagentur. ‘Bundesnetzagentur Removes Children’s Doll “Çayla” from The Market’. (2017). <https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2017/17022017_cayla.html?nn=404422> Erişim Tarihi: 16.12.2021

Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası : 5271, Kabul Tarihi : 4.12.2004, RG 17.12.2004/25673

Children’s Internet Protection Act (CIPA). Kabul Tarihi: 21 Aralık 2000. Pub. L. 106-554 art. 1711, 1721 <<http://ifea.net/cipa.html>>

Children’s Internet Protection Act (CIPA) ‘Study of Technology Protection Measures in Section 1703’ (2003). Department Of Commerce National Telecommunications and Information Administration. <<https://www.ntia.doc.gov/files/ntia/publications/cipareport08142003.pdf>> Erişim Tarihi: 16.12.2021

Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol. Yürürlük Tarihi: 18.01.2002. <<https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4755.html>> Erişim Tarihi: 22.12.2021.

Çocuk Koruma Kanunu, Kanun Numarası : 5395, Kabul Tarihi : 03.07.2005, RG 15.07.2005/ 25876

General Data Protection Regulation – GDPR, Kabul Tarihi: 14.04.2016, Yürürlük Tarihi: 25.05.2018, 2016/679



Herald A, 'Evangeline: Interview with a Child Cyber-Prostitute in TSO' (2003) <http://alphavilleherald.com/2003/12/evangeline_inte.html> Erişim Tarihi: 18.12.2021

Hayes EJ, 'Playing It Safe: Avoiding Online Gaming Risks' Cybersecurity & Infrastructure Security Agency (CISA). <<https://www.cisa.gov/uscert/sites/default/files/publications/gaming.pdf>> Erişim Tarihi: 19.12.2021

Henkoğlu T, *Adli Bilişim* (2. Bası, Pusula Yayıncılık 2014).

Huff C, Johnson DG ve Miller KW, 'Virtual Harms and Real Responsibility' (2003) 22(2) IEEE Technology and Society Magazine, Summer 12-19.

Ireland Data Protection Commission (DPC) 'Fundamentals for a Child-Oriented Approach to Data Processing' (2021) Children Front and Centre. <https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2021-12/Fundamentals%20for%20a%20Child-Oriented%20Approach%20to%20Data%20Processing_FINAL_EN.pdf> Erişim Tarihi: 24.12.2021

İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5651, Kabul Tarihi: 4.5.2007, RG 23.5.2007/26530

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kanun Numarası: 6698, Kabul Tarihi: 24.3.2016 RG 07.04.2016 / 29677

Kişisel Verileri Koruma Kurumu 'Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması, Ürün ve Hizmet

Geliştirenler Tarafından Dikkat Edilmesi Gerekenler Rehberi' <<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/db0b3f30-c636-4fcb-930a-bf-8f2e524de8.pdf>> Erişim Tarihi: 17.12.2021

Kişisel Verileri Koruma Kurulu. Karar Tarihi: 02.04.2020. Karar Sayısı: 2020/255. <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6894/2020-255>> Erişim Tarihi: 16.12.2021

Kurz R, "Bridgend 'Bebo Internet Suicide Cult' and Ritual Violence in Wales" (2017) 41(S1), 25th European Congress of Psychiatry of the in Florence. European Psychiatry 888-889. doi:10.1016/j.eurpsy.2017.01.1803

Leary MG, 'Self-Produced Child Pornography: The Appropriate Societal Response to Juvenile Self-Sexual Exploitation' (2008) 15(1) Virginia Journal of Social Policy and the Law.

Leary MG, 'Sexting or Self-Produced Child Pornography? The Dialogue Continues – Structured Prosecutorial Discretion Within A Multidisciplinary Response' (2010) 17(3) Virginia Journal of Social Policy and the Law Spring, 486-566.

Lenhart A, 'Teens and Sexting: How and Why Minor Teens are Sending Sexually Suggestive Nude or Nearly Nude Images via Text Messaging' (2009) Pew Research Centre Report. <<https://www.pewresearch.org/internet/2009/12/15/teens-and-sexting/>> Erişim Tarihi: 16.12.2021

Livingstone S, Stoilova M ve Nandagiri R, 'Children's Data And Privacy Online: Growing Up in A Digital Age, An Evidence Review' (2019) London School of Economics and Political Science. <<https://www.semanticscholar.org/paper/Children's-data-and-privacy-online%3A-growing-up-in-a-Livingstone-Stoilova/65e26c5308ab20efa9a2e2c4e976457fe18fade2>> Erişim Tarihi: 24.12.2021

Maple C, Short E ve Brown A, 'Cyberstalking in The United Kingdom: An Analysis of The ECHO Pilot Survey' (2011) National Centre for Cyberstalking Research: University of Bedfordshire. <https://www.researchgate.net/publication/292157398_Cyberstalking_in_the_United_Kingdom_an_analysis_of_the_ECHO_Pilot_Survey_National_Centre_for_Cyberstalking_Research_University_of_Bedfordshire> Erişim Tarihi: 16.12.2021

Mitchell K, Finkelhor D ve Wolak J, 'The Exposure of Youth to Harmful Content on the Internet. A National Survey of Risk, Impact And Prevention' (2003) 34(3) Youth and Society 330-358 Doi:10.1177/0044118X02250123

Morgan A, 'The Transparency Challenge: Making Children Aware of Their Data Protection Rights and The Risks' Online (2018) <<https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2019-02/TransparencyChallenge.pdf>> Erişim Tarihi: 24.12.2021

Office of the Privacy Commissioner of Canada (OPC) 'Activity Sheets For Kids' <<https://www.priv.gc.ca/en/about-the-opc/what-we-do/awareness-campaigns-and-events/privacy-education-for-kids/t-v/activ/index/>> Erişim Tarihi: 24.12.2021

Özkaya P, *Adli Bilişimde Özel Araştırma ve Soruşturma Yöntemleri* (1. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022).

Özkaya P ve Samet R, 'Biyolojik Biyometrik Sistemler, Biyometrik Veriler, Hukuk ve Güvenlik' Siber Güvenlik ve Savunma - Biyometrik ve Kriptografik Uygulamalar Kitabı (1. Basım. 4.Bölüm, Nobel Yayıncılık 2020) 121-180

Quayle E, Jonsson L ve Lööf L, 'Online Behaviour Related to Child Sexual Abuse Interviews with Affected Young People' (2012) Council of the Baltic Sea States, Stockholm: Robert Project. <https://childrenatrisk.cbss.org/wp-content/uploads/2020/12/Interviews_with_affected_young_people.pdf> Erişim Tarihi: 16.12.2021



Ringrose J, Gill R, Livingstone S ve Harvey L, “A Qualitative Study of Children, Young People and ‘Sexting’: A Report Prepared for the NSPCC” (2012).

<https://www.researchgate.net/publication/265741962_A_qualitative_study_of_children_young_people_and_'sexting'_a_report_prepared_for_the_NSPCC> Erişim Tarihi: 16.12.2021

Tampa Bay Times, ‘Line Between Virtual and Real Blurred in Online Game’ (2005) <<https://www.tampabay.com/archive/2004/02/16/line-between-virtual-and-real-blurred-in-online-game/>> Erişim Tarihi: 18.12.2021

Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği. RG 28.03. 2001/ 24356. Erişim Tarihi: 22.12.2021.

The Council of Europe Convention on Cybercrime. Yürürlük Tarihi: 01.07.2004. ETS 185 <<https://rm.coe.int/1680081561>> Erişim Tarihi: 22.12.2021

The United Nations Convention on the Rights of the Child, Kabul Tarihi: 20.11.1989, Genel Kurul Karar Sayısı: 44/25, Yürürlük Tarihi: 02.09.1990

Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2004, RG 12.10.2004/25611

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kabul Tarihi: 18.10.1982. RG 09.11.1982/17863

Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası : 4721, Kabul Tarihi : 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607

UNICEF (Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu) ‘Dijital bir Dünyada Çocuklar’ (2017) Dünya Çocuklarının Durumu Raporu <<https://www.unicef.org/turkey/raporlar/d%C3%BCnya-%C3%A7ocuklar%C4%B1n-%C4%B1n-durumu-2017-dijital-bir-d%C3%BCnyada-%C3%A7ocuklar>> Erişim Tarihi: 23.12.2021.

United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) Vienna, ‘Study on the Effects of New Information Technologies on the Abuse and Exploitation of Children’. (2015). <https://www.unodc.org/documents/organized-crime/cybercrime/Study_on_the_Effects.pdf> Erişim Tarihi: 16.12.2021

Ybarra ML, Espelage DL ve Mitchell KJ, ‘The Co-Occurrence of Internet Harassment And Unwanted Sexual Solicitation Victimization And Perpetration: Associations With Psychosocial Indicators’ (2007) 41(32) Journal of Adolescent Health 31–41 <<http://unh.edu/ccrc/pdf/CV120b.pdf>> Erişim Tarihi: 16.12.2021.

TÜRK CEZA YARGILAMASINDA İSTİNAF MAHKEMESİ KARARLARININ KESİN NİTELİĞİ VE KANUN YOLLARINA BAŞVURU

*Right to Apply to Legal Remedies and Irrevocable Qualification
of Appeal Court Decisions in Turkish Criminal Justice System*

Mustafa ATALAN*

Özet

İlk derece mahkemesi kararlarına karşı teminat ve bir üst kanun yolu olarak tasarlanan istinaf, ülkemizdeki ceza yargılama sistemini, iki dereceli bir sistemden, belli kararlar açısından üç dereceli bir sisteme geçişin zeminine taşımıştır. Böylece, ilk derece mahkemesi tarafından verilen hükümlere karşı, ilk başvurulması gereken kanun yolu, istinaf olarak belirlenmiştir. İstinaf mahkemeleri tarafından verilen kararlardan bir kısmı, kesin olarak, bir kısmı da belli koşullar altında, Yargıtay yolu açık olmak üzere verilmektedir. Bu şekilde oluşturulan sistemle, belli kararlar açısından iki dereceli, belli kararlar açısından da üç dereceli bir yargılama sistemi benimsenmiştir. Bu çalışmamızda, hangi kararların bölge adliye mahkemelerinde kesinleştiği, hangi kararların temyize tabi olduğu, bu şekilde farklı iki sistemin öngörülmesinin, bireylerin, hak arama özgürlüğünü ne şekilde etkilediği hususları ve bu konudaki çözüm önerileri değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: İstinaf mahkemesi, Yargıtay, kesin karar, hak arama özgürlüğü

Abstract

Appeal that has been designed as higher legal remedy and a warranty for the decision of trial court has led up to transform criminal justice system in our country from two-level jurisdiction to three-level jurisdiction in terms of some decisions. Thus, the first legal remedy to be applied against the decisions given by trial court has been determined as appeal. A part of decisions of Appeal Courts is resolved absolutely, and other part resolved under some conditions, with Supreme Court Remedy alternative. With this system, a judicial system with two-level, for some decisions three-level, has been adopted. In this study, which decisions are finalized in the Appeal Courts, which decisions are subject to appeal and with this method, how to foreseeing of two different systems in this method affects the freedom of individuals to seek their legal rights will be evaluated and solutions about this issue will be suggested.

Key Words: Regional courts of justice, Supreme Court, final decision, right to legal remedies.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 01.02.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 06.09.2022

** Dr. Mustafa Atalan, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet savcısı, m.atalan4064@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-6236-7981>

GİRİŞ

Hukuk devleti ilkesi ve bu ilkenin bir sonucu olarak bireylerin bağımsız mahkemeler tarafından yargılanması, ulusal ve ulusüstü belgelerde koruma altına alınmıştır.

Kanun yoluna başvurma hakkı, bireyler arasındaki eşitlik ilkesini geliştirecek şekilde düzenlendiğinde, hak arama özgürlüğünü ve temelde de adil yargılanma hakkını korumuş olacaktır.

Türkiyedeki ceza yargılama sistemine istinaf kazandırılmak suretiyle, davaların uzamasının önlenmesi, hukuki ve maddi hataların en aza indirilmesi, Yargıtayın, asıl fonksiyonu olan içtihat mahkemesi pozisyonuna dönmesinin sağlanması şeklindeki amaçlar hedeflenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 7 nolu protokolünün kabul edilmesi ile birlikte de, iki dereceli yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır.

Belirtilen hedefler doğrultusunda, bölge adliye mahkemeleri, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun ile hukuk sistemimize ikinci derece mahkemeleri olarak girmiş ve 5271 sayılı CMK’da öngörülen olağan bir kanun yolu olarak belirlenmiştir.¹ Bu çerçevede, son değişiklikler ile birlikte, Türk hukuk sistemindeki ceza yargılaması; ilk derece mahkemeleri, bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay şeklinde üçlü bir sistem çerçevesinde kurgulanmıştır.²

İlk derece mahkemeleri, Türkiyedeki tüm illerde ve Adalet Bakanlığı ile Hâkimler ve Savcılar Kurulunun belirlediği ilçelerde, ağır ceza merkezleri veya mülhakat adliyeleri olarak örgütlenmiştir. Ağır ceza merkezlerinde, ağır ceza mahkemesi ve adalet komisyonları bünyesinde oluşturulan mahkemeler ile ağır ceza mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde, asliye ceza mahkemeleri şeklinde örgütlenme yoluna gidilmiştir.

Türkiyede, kesin nitelikteki hükümler hariç olmak üzere, kural olarak bütün hükümler, istinaf kanun yoluna tabidir.³ Hangi kararların, hüküm niteliğinde olduğu, CMK’nın 223. maddesinde sayılmıştır.⁴ Buna göre, hüküm niteliğinde olmayan hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve karar verilmesine yer olmadığına şeklindeki kararlar, istinaf denetimine tabi değildir.⁵

¹ Muharrem Özen, “Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf” (2016) S:65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2331, 2333.

² Yargıtay CGK, E 2020/1-122 K 2021/533, 04.11.2021.

³ Seydi Kaymaz, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Bazı Değerlendirmeler” (2016) C: LXXIV S. 1 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 107, 107.

⁴ İbid 111.; Feridun Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabul Sorunu (Fakülteler Matbaası 1979) 120.

⁵ Koray Doğan, “Ceza Muhakemesinde Hüküm” (2008) C:3 S:7 Ceza Hukuku Dergisi 171,

Hükmün tefhim veya tebliğ edildiği andan itibaren ve belli süreler içerisinde, istinaf yoluna başvurulduktan sonra, CMK’da belirlenen kurallar çerçevesinde tayin edilen istinaf kararları, kesin nitelikte verilebileceği gibi, kanundaki koşulların oluşması halinde, bu kararlara karşı temyiz kanun yoluna da başvurulabilecektir.

Bu çerçevede, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen bazı kararlar, bölge adliye mahkemelerinin verdiği kararının niteliğine göre, burada kesinleşirken, bazı kararlar, temyiz kanun yolu açık olmak üzere verilmektedir. Bir başka ifadeyle, ilk derece mahkemesinin bazı kararları için sadece istinaf kanun yolu öngörülmüşken, bazı kararları için, hem istinaf hem de temyiz kanun yolu öngörülmüş olmaktadır. Bunun dışında, suçluların iadesine karar verilmesi ile ilgili kararlar doğrudan temyiz kanun yoluna tabidir. Kanun yolu denetimi açısından kabul edilen bu uygulama şekli; eşitlik ilkesi, hak arama özgürlüğü ve en geniş anlamda adil yargılanma hakkı açısından farklı parametrelerle değerlendirilmektedir.

I. İSTİNAF KAVRAMI VE TÜRKİYEDE BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNİN YAPISI

A. İstinaf Kavramı

İstinaf, “burun”, “ön”, “uç” gibi anlamlara gelen ve “enf” kökünden türemiş olan, “bir duruma yeniden başlamayı” da ifade eden, Türk Dil Kurumuna göre de, bir mahkemenin verdiği karara karşı bir üst mahkemeye götürme, olarak ifade edilen Arapça kökenli bir kelimedir.⁶

İstinaf mahkemesi ise, en genel anlamda, ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararların, maddi ve hukuki yönden denetimini yapan mahkeme olarak tanımlanmaktadır.⁷ Bu mahkemeler, istinaf kavramının anlamındaki öz nedeniyle, yapılan hatalı işlemlerin ortadan kaldırılması, düzeltilmesi veya değiştirilmesi amacı güden ve bu amaçla kurulan yargısal kurumlar olarak kurulmaktadır.

172.; Yargıtay CGK, E 2010/3-118 K 2010/139, 08.06.2010

⁶ Nur Centel ve Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (Deta Yaynevi 2021), 760-762.; Ferit Develioğlu, Osmanlı-Türkçe Ansiklopedik Lügat (15. Baskı Aydın 1998) 461.; Özen (n 1) 2336.; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II (5. Baskı Seçkin 2012) 253.; Ali Rıza Çınar; Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf (Adalet 2010) 56.

⁷ Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuk Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (Beta 1989) 1042., Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku (Savaş 2015) 338.; Ali Tanju Sarıgül, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf (Türkiye Barolar Birliği 2012) 21.; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan ve Efser Erden Tütüncü, Ceza Muhakemesi Hukuku (15. Baskı Seçkin 2021) 670-680.; Mustafa Ruhan Erdem, Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf, (Seçkin 2010) 19.



İstinaf, yapılan maddi ve hukuki hataların giderilmesi, uygulamadaki birliğin sağlanması için oluşturulan olağan bir kanun yoludur.⁸ Geniş anlamda istinaf, ilk derece mahkemesinden tamamen bağımsız, bu mahkemelerin verdiği kararların ortadan kaldırılarak yeni bir karar verilmesi, yeni delillerin ortaya konularak yeni bir yargılama yapılması olarak değerlendirilmektedir.⁹ Dar anlamda istinaf ise, bütün yargılamanın tekrarlanması yerine, sadece eksik ve hatalı olan hususlarda denetim ve inceleme yapılması olarak açıklanmaktadır.¹⁰

Geniş anlamda istinafın, yargılamayı gereksiz yere uzatacağı düşüncesiyle, yabancı hukuk sistemlerinde, dar anlamda istinaf, daha çok kabul görmüştür. Ülkemizde de, sadece gerekli görülen eksikliklerin tamamlandığı veya ilgili yanlışlıkların düzeltildiği dikkate alınarak, dar anlamda istinaf sisteminin benimsendiği söylenebilecektir.¹¹ Bununla birlikte, dar anlamda istinaf ile hem maddi vaka denetiminin hem de hukuki denetimin gerçekleştirildiği kabul edilmektedir.¹²

Toplumsal ve siyasal hayatın gelişmesi, bireyin korunma ihtiyacının ve haklarının güvence altına alınması temasının hayat bulması ile birlikte, bağımsız mahkemelerin kurulması ve bu mahkemelerin de denetime tabi olması

⁸ M. Tahir Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1955) 353.; Turhan Tufan Yüce, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları (Erzurum 1968) 2.; Faruk Erem, “Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku” (1977) C: 34 S:1 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 2.

⁹ Rezzan İtişgen, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf”, (2014) Yıl:5 S:16 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 373, 377.; Sarıgül (n 7) 6.

¹⁰ Feridun Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu (n 4) 59.; Centel ve Zafer (n 6) 608.

¹¹ Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku (Yetkin 2009) 637.; Özen (n 1) 2336.; Yargıtay CGK, E 2020/1-122 K 2021/533. 04.11.2021.

¹² Fatih Birtek, Ceza Muhakemesinde İstinaf (Adalet 2019) 28 vd.; Hasan Tahsin Gökcan, “İstinaf Yasa Yolunda İspat ve Delilleri Değerlendirme Esasları” (Temmuz 2013) Yıl: 3 S. 10, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 421, 422.; Sarıgül (n 7) 7.; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (Beta 2010) 1685; Feridun Yenisey, “Temyizin Genişletilmesi Sorunu” (1986-1987) C:52, S:1-4 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’e Armağan 117.; Ali Rıza Çınar, Ceza Yargılamasında İstinaf Yolu Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan (2009) 1160.; “Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlanmaları mümkün ise de kanunlarla getirilen düzenlemelerin bir temel hak ve özgürlük olan mahkemeye erişim hakkını daraltıcı şekilde yorumlanamayacağı, kanuni düzenlemeler yorumlanırken Anayasa ve uluslararası sözleşmeler gibi üst normların da gözetilmesi gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Yargıtay CGK, E 2020/1-122 K 2021/533. 04.11.2021;” Yargıtay’ın hukuki denetim yapması, sınırlı bir şekilde olay yargılaması yapması gerektiği görüşü için bkz. Yener Ünver ve Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku (13. Baskı Adalet 2017) 778.; Sami Selçuk, “Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılamaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri” (2013) C:19, S. 2 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergileri 319, 320 vd.

hedefleri oluşturulmuştur. Bugün itibarıyla, Birleşik Krallıkta, Galler-İngiltere, Kuzey İrlanda ve İskoçya olarak üç farklı yargılama sistemi bulunmakta, ilk derece mahkemesi kararlarının istinaf incelemesi, “The Court of Appeal” tarafından yerine getirilmekte, bu mahkemeden verilen kararlara ve “The High Court”ın verdiği bazı kararlara karşı, temyiz incelemesi yapmak üzere, “The Supreme Court” görev yapmaktadır.¹³

Federal yapı ile yönetilen ABD sisteminde, “Trial court” denilen ilk derece mahkemeleri, bölge mahkemeleri denilen, “District courts”, 13 adet olan ve istinaf mahkemeleri olarak kabul edilen “Courts of appeals/Circuit Courts” , yüksek mahkeme olarak kabul edilen “Supreme Court of U.S.” bulunmaktadır.¹⁴

Fransada, 10 yıldan az hapis cezası verebilecek olan “Cour d’Assises” tarafından verilen kararlar, sadece hukuki inceleme yapacak olan “Cour de Cassation” isimli temyiz mercii tarafından düzenlenen diğer bir “Cour d’Assises” tarafından incelenirken; 10 yıldan fazla hapis cezası verebilen “Tribunal Correctionnel” tarafından verilen kararlar da “Cour d’Appeal” isimli istinaf mahkemesi tarafından incelenmektedir. Fransada sayısı 35 olan, bölge şeklinde örgütlenen ve yargı çevresi Danıştay tarafından kararname ile belirlenen istinaf mahkemeleri, talebe bakılmaksızın cezayı artırabileceği gibi azaltabilme yetkisine haizdirler.¹⁵

Almanyada, alt seviyede ve önemli olmayan davalar, “Amtsgericht” isimli mahkemelerde, önemli davalar ise, “Landgericht” isimli eyalet mahkemelerinde görülmektedir. Eyalet kararlarına yönelik denetim de “Oberlandesgericht”

¹³ Lady Hale, President of Supreme Court Devolution and The Supreme Court Speech <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-180614.pdf>, Devolution and the Supreme Court Erişim Tarihi: 10 Ocak 2022; Edward King and Joseph Hawley, çeviren: İlhan Lütem, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi” (1959) C:16 S:1 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/633464> Erişim Tarihi: 12 Ocak 2022; Esin Örucü, “Karşılaştırmalı Hukukçu Gözüyle İskoç Hukuk Sistemi” (1990) C: 15 S: 18, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 71, 76., <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/259926>, Erişim Tarihi: 15 Ocak 2022; Ömer Faruk Atagün, “Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi” (2019) 1, 10. <https://www.omeratagun.com/files/UK%20Supreme%20Court.pdf>, Erişim Tarihi: 02 Ocak 2022 10 vd.; İtişgen (n 9) 378.

¹⁴ Frank Schmalleger, “Criminal Justice Today” (2005) An Introductory Text for the 21 st Century: (8 th Edition). New Jersey: Pearson Education,.; Hakan Hakeri, “Amerikan Ceza Hukukuna Genel Bir Bakış” (Aralık 2008) C. 3, S:8 Ceza Hukuku Dergisi, 5, 10.

¹⁵ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Haluk Konuralp ve Emel Hanağası, “Fransız Hukukunda İptal Amaçlı İstinaf Yolu” (2007) S:1 Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi (MİHDER) 1795, 1797 vd.; Jean-Claude Marin, “Allocution du Procureur Général Jean Claude-Marin”(11 Janvier 2016) La semaine juridique-édition générale supplément au no:1-2, 6.; Jean Paul Jean, “Introduction”(22 Février 2017) Rapport de la commission de réflexion, 19 (<https://www.courdecassation.fr/IMG/03.%20Réforme%20de%20la%20Cour%20-%20Rapport%20de%20la%20Commission%20de%20réflexion%20&%20annexes.pdf>) Erişim Tarihi: 29 Ocak 2022

isimli mahkemeler tarafından yerine getirilirken, buradan çıkan kararlar da, belli koşullar halinde, “Bundesgerichtshof” isimli mahkemelerde görülmektedir.¹⁶ Buna göre, Alman Ceza hukukunda, istinaf mahkemelerinin, ikinci bir ilk derece mahkemesi olarak düzenlendiği söylenebilecektir.¹⁷

Adil yargılanmanın gereği olarak her ülkede, o ülkenin tarihsel gelişimi ve sosyal yapısı ile hukuk devleti olma yolunda gösterdiği çabaya göre, yargılanma hakkının yapılması farklılık göstermiştir. Adına istinaf denilmesi bile demokratik bakış açılarına sahip her siyasi sistemde, mahkemelere verilen kararların, bir üst mercii tarafından denetlenmesi kabul edilmiştir. Bu üst denetimin içeriği ve koşulları ile sayısı ise, ülkelerin, ceza yargılama sistemlerine göre değişkenlik göstermektedir.

B. Türkiyede Bölge Adliye Mahkemelerinin Yapısı

İstinaf kanun yolu, ülkemizde kurulduğu güne kadar, tartışılan bir kurum olmuştur.¹⁸ Bu çerçevede, istinaf, ilk olarak, 1879 tarihindeki Usul-ü Muhâkemât-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkat ile Fransız ceza yargılama sisteminden esinlenerek hukuk sistemimizdeki yerini almıştır.¹⁹ Buna karşın, sadece bu mahkemelerde görevlendirilmiş hâkimlerin bulunmaması, yani hâkimlerin, hem ilk derecede hem de istinafta çalışmaları, yetersiz eğitim almış olmaları eleştirilmiştir. Bununla birlikte, bu mahkemelerde hatalı kararların çıkması ve yargılama sürecinin uzadığı şeklindeki eleştiriler nedeniyle, ilgili kanun, 1924 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Bu tarihten sonra yeniden istinafların kurulması yönünde çalışmalar yapılmış ise de, bu çalışmalardan bir sonuç alınamamıştır.²⁰

1993 yılında hazırlanan bir tasarıda, üst kanun yolu ifadesi kullanılmış iken, 2002 yılındaki tasarıda, açık bir şekilde ve ilk defa “istinaf” kavramına yer verilmiştir.²¹

5235 sayılı Kanunla 01.6.2005 tarihinde kurulmasına dair kanuni düzenleme sonrasında, bölge adliye mahkemelerinin fiili olarak kurulması, aynı Kanunun geçici 2. maddesi gereğince, iki yıl süreyle ertelendikten sonra, 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesiyle, söz konusu mahkemelerin kurulmasının

¹⁶ İtişgen, (n 9) 378.

¹⁷ Claus Roxin, “Strafverfahrenrecht”, Münschen, (1987) 335.; Özen. (n 1) 2342.

¹⁸ Çınar, Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf (n 6) 246.

¹⁹ Birtek (n 12) 24 vd.

²⁰ Yenisey, Ceza muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabul Sorunu (n 4) 38.; Özen (n 1) 2338.

²¹ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku (Seçkin 2014) 788.; Taner (n 8) 18.; Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Muhakemenin Yürüyüşü (Sulhi Garan 1973) 187.

geri bırakılmasına karar verilmiştir. Daha sonra, Adalet Bakanlığının aldığı 07.11.2015 tarihli kararla, bölge adliye mahkemelerinin, 20.07.2016 tarihinden itibaren fiili olarak göreve başlayacakları duyurulmuştur.²²

İlk aşamada 9 bölgede kurulan bölge adliye mahkemeleri, sayının artması sonucunda, bugün itibarıyla, 15 bölgede faaliyet göstermektedir. 5235 sayılı Kanunun 25 ve devamı maddelerine göre, bölge adliye mahkemeleri, bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen yerlerde, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur. Bölge adliye mahkemelerinin yargı çevrelerinin belirlenmesine, değiştirilmesine veya bu mahkemelerin kaldırılmasına Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Kurulunca karar verilir. Bölge adliye mahkemeleri, başkanlık, ceza daireleri başkanlar kurulu, hukuk daireleri başkanlar kurulu, daireler, bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı, bölge adliye mahkemesi adalet komisyonu ve müdürlüklerden oluşur. Her bölge adliye mahkemesinde bir başkan bulunur. Başkanlık, başkan ile yazı işleri müdürlüğünden oluşur.²³

Bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu ve hukuk daireleri başkanlar kurulu, bölge adliye mahkemesi başkanı ve ilgili dairelerin başkanlarından oluşur. Bölge adliye mahkemesi başkanının bulunmadığı hâllerde, kurulun başkanlığını ilgili daire başkanlarından kıdemli olanı yerine getirir. Daire başkanının mazereti hâlinde, o dairenin kıdemli üyesi kurula katılır. Bölge adliye mahkemeleri, hukuk ve ceza dairelerinden oluşur. Her bölge adliye mahkemesinde en az üç hukuk ve en az iki ceza dairesi bulunur. Gerekli hâllerde dairelerin sayısı, Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Kurulunca artırılıp azaltılabilir. Dairelerde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur.²⁴

Her bölge adliye mahkemesinde bir Cumhuriyet başsavcılığı bulunur. Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı, Cumhuriyet başsavcısı ve yeteri kadar Cumhuriyet savcısından oluşur. En kıdemli Cumhuriyet savcısı, Cumhuriyet başsavcı vekili olarak görev yapar.²⁵

Bölge adliye mahkemeleri, birbirinden bağımsızdır, fakat içtihat birliğinin sağlanması ve tüm ülkede verilen kararlar arasında bir uyum sağlanması açısından, Yargıtayın belirlediği temel içtihatlarla uygun kararlar verilmesi önem arz etmektedir. İstinaf mahkemesi kararları arasında uyumsuzluk çıkması durumunda, söz konusu uyuşmazlığın Yargıtay tarafından giderilmesi mümkündür.

²² Özen (n 1) 2339.

²³ İbid 2332.

²⁴ İbid 2332.

²⁵ İbid 2332; Mustafa Artuç ve Mehmet Tevfik Elmas, Ceza Muhakemesinde Duruşma Yönetimi ve Yasa Yolları (3. Baskı, Adalet 2019) 527.

II. TÜRK CEZA HUKUKUNDA KANUN YOLLARI VE İSTİNAF

Türk hukukunda, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlara yönelik olarak olağan ve olağanüstü kanun yolları öngörülmüştür. Olağan kanun yolları olarak; itiraz, istinaf ve temyiz kanun yolları, olağanüstü kanun yolları olarak; yargılamanın yenilenmesi, kanun yararına bozma, Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı şeklinde yollar benimsenmiştir. Bu kanun yolları sayesinde, mahkemeye başvuran kişilerin, ilk derece mahkemesi tarafından leh veya aleyhlerine verilen kararlara yönelik yeniden inceleme talebinde bulunarak haklarını aramaları sağlanırken, bu şekilde adalete olan güven tesis edilerek bireysel ve toplumsal manevi tatmin gerçekleştirilmektedir.

5271 sayılı CMK'da, ilk derece mahkemesinin hükümlerine karşı işletilecek olan olağan kanun yolları²⁶, ikinci derece kanun yolu veya hukuki derece kanun yolu olarak tasarlanmıştır. İstinaf mahkemeleri, hem maddi hem de hukuki yönden denetim yapma özelliği nedeniyle, ikinci derece bir yol olarak kabul edilirken; temyiz kanun yolu, hukuki denetim olarak öngörülmesi nedeniyle, hukuki derece yolu olarak tanımlanmaktadır. Bir ceza yargılama sisteminde, temyiz ve istinafın birlikte düzenlenmiş olması durumu, tek başına, belirtilen bu sistemin, üç dereceli olduğu anlamına gelmeyecektir.²⁷ Çünkü ülkemizde olduğu gibi, bazı ilk derece mahkemesinin kararları istinaf kanun yolunda kesinleşirken ve bu şekilde iki dereceli bir yargılama öngörülmüşken, bazı ilk derece mahkemesinin kararları sonucu verilen istinaf kararları da temyiz yoluna tabi olmakla üç dereceli bir yargılamanın konusu olabilmektedir.

CMK'nın 267. ve devamı maddelerinde itiraz kanun yolu öngörülmüştür. Buna göre, hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilecektir. Örneğin, hükmün açıklanmasının geri bırakılması şeklindeki kararlarda olduğu gibi, itiraz yolunun açık olduğu durumlarda, istinaf yoluna gidilmeyecektir.²⁸

CMK'nın 272/3. maddesine göre, hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen üç bin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerine, üst sınırı beş yüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümlerine ve kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümlere karşı istinaf kanun yoluna başvurulamaz.²⁹ Bu kapsamda, söz konusu hükümler, ilk derece mahkemesi tarafından verildiği anda kesindir.

²⁶ Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, (Beta 2007) s. 472.

²⁷ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 25) 787.; Çınar, Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf (n 6) 1162.; İtişgen (n 9) 375.; Tosun (n 25) 175.; Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku (Seçkin 2006) 721.

²⁸ Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Yetkin 2006) 521.; İstinaf kanun yolunda itiraza tabi kararlar için bkz. Erdem (n 7) 153.

²⁹ Soyaslan (n 33) 521

Kanunun 285. maddesine göre, 6706 sayılı Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununun 18/4. maddesi hariç; diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtaya başvurulabileceği belirtilmiş olup da bölge adliye mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin ilk derece mahkemelerinin karar ve hükümlerine karşı istinaf yoluna başvurulur.³⁰

İlk derece mahkemelerinin kesinleşmemiş bütün kararları için, yukarıda belirtilen istisnalar dışında, kural olarak istinaf kanun yolu açıktır.³¹

İlk derece mahkemesince, hüküm, 20.07.2016 tarihinden önce verilmesine rağmen, bu tarih itibariyle, henüz istinaf süresi dolmamış ise, bölge adliye mahkemesinin mi yoksa Yargıtayın mı görevli olduğu konusunda bir tartışma yapılmaktadır. Bu çerçevede, belirtilen durumda, başvurulacak kanun yolunun, istinaf olması gerektiği yönünde görüşler ileri sürülse de³² kanaatimizce, kanunun, hüküm tarihini esas aldığı kabul edilerek, hüküm tarihinin, 20.07.2016 tarihinden sonra olması durumunda, bölge adliye mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmelidir.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bu tarihten önce verilmesine rağmen, hüküm, bu tarihten sonra açıklanmış ise, yine istinaf kanun yolu uygulanacaktır. Yine, hüküm, bu tarihten önce verilmesine rağmen, başvurunun süre nedeniyle veya başka bir nedenle reddine dair ek karar, bu tarihten sonra verilmiş ise, kanun yoluna gidilecek olan karar, söz konusu ek karar olduğu için ve bu ek karar da, 20/07/2016 tarihinden sonra verildiği için, artık istinaf kanun yoluna dair hükümler uygulanmalıdır. Buna karşın, daha önce Yargıtay incelemesinden geçen dosyalarla ilgili olarak yeniden verilen hükümler, bu tarihten sonra olsa bile temyiz kanun yolu uygulanacaktır.

Kanunun 272 ve devamı maddelerinde düzenlenen istinaf yoluna başvurmak için, Kanunda belirtilen taraflarca istinaf talebinde bulunma zorunluluğu var iken, on beş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümler, bölge adliye mahkemesince re'sen incelenir.

Yapılan istinaf istemi süresinde değil, istinaf yoluna başvurulamayacak bir hükme karşı istinaf yoluna gidilmiş ya da istinaf yoluna başvuranın buna hakkı yok ise, ilk derece mahkemesi, Kanunun 276/2. maddesi gereğince, yedi gün içinde ve itiraza tabi olmak üzere, istinaf başvurusunun reddine karar vermelidir. Bu karara yönelik yapılan itiraz sonucunda, bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararının usul ve yasaya uygun olduğunu değerlendirdiği takdirde, kesin olmak üzere, istinaf başvurusunun reddine karar

³⁰ İtişgen (n 9) 379.; Köksal Bayraktar, "Ceza Yargılamasında İstinaf Kanun Yolu" (TBB Yayınları 7-8 Mart 2003) N: 52 İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 177

³¹ Ejder Yılmaz, İstinaf, (Yetkin 2005) 57.; Kamil Yıldırım, Hukuk Devletinın Gereği İstinaf, (Nesil 2000) 45.

³² Kaymaz (n 3) 109.



verir. Buna karşın, ilk derece mahkemesince, koşulları oluştuğu halde, istinaf başvurusunun reddine karar verilmeden, vaki istinaf talebi üzerine, dosyayı, bölge adliye mahkemesine göndermiş ise, bölge adliye mahkemesi, Kanunun 279/1-b maddesi gereğince istinaf başvurusunun reddine karar verecektir. İstinaf talebinde bulunan taraf, bu karara karşı, kararı veren Daireye itirazda bulunursa, Daire, itirazı kabul veya reddedebilecektir. Daire, itirazı yerinde görmediği takdirde, Kanunun 268/3-e maddesi gereğince, itirazı incelemek üzere, dosyayı, numara itibarıyla bir sonraki ceza Dairesine gönderecektir. İtirazı inceleyen Daire, itirazı yerinde görmediği takdirde, kesin olmak üzere itirazın reddine karar verecek, itirazı yerinde gördüğü takdirde ise, itirazı kabul edip, istinaf başvurusunun reddine dair kararı kaldırmak suretiyle, dosyayı, esas yönünden bir karar verilmesi amacıyla, dairesine gönderecektir.

İstinaf Mahkemesi tarafından verilen kararlar, CMK'nın 286. maddesinin sağladığı koşullar kapsamında, kural olarak temyize tabidir. Ülkemizde, adli yargı açısından temyiz mahkemesi olarak Yargıtay kabul edilmiştir. Bu sistemde, atlamalı temyiz sistemi yerine, kanun yolu denetimine tabi hükümlerin, öncelikle istinaf denetimine tabi tutulması ve yine belli şartların oluşması halinde de, istinafta verilen kararlar açısından da temyiz kanun yolunun öngörülmesi sistemi benimsenmiştir.

Bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı, ilk derece mahkemesinin direnebilmesi mümkün değilken, Yargıtayın kararlarına karşı, ilk derece ve bölge adliye mahkemelerinin direnebilmesi imkânı bulunmaktadır.

III. BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ TARAFINDAN VERİLEN KARARLAR

CMK'nın 280. maddesine göre, Bölge adliye mahkemesi, dosyayı ve dosyayla birlikte sunulmuş olan delilleri inceledikten sonra; istinaf başvurusunun esastan reddine, düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine, hükmün bozulmasına, davanın yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasına, duruşma sonunda da, istinaf başvurusunun esastan reddine veya ilk derece mahkemesi hükmünün kaldırılarak yeniden hüküm kurulmasına karar verir. Buna göre;

A. İstinaf Başvurusunun Esastan Reddi Kararı

İlk derece mahkemesinin kararında usule veya esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığı, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığı, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğu saptandığında istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilecektir.³³

³³ Kaymaz (n 3) 116.; Birtok (n 12) 231.

Bu karar, ilk derece mahkemesinin kararının, kural olarak, her yönüyle usul ve yasaya uygun olduğunu, delillerin tam olarak toplandığını, fiil ve fail arasındaki ilişkinin ortaya konulduğunu ve hükmün, kanunda belirtilen koşulları taşıdığını ifade etmektedir. Buna karşın, esastan ret kararı verilmesi, hükmün, her zaman ve her yönüyle usul ve yasaya uygun olduğunu göstermez. Şöyle ki, aleyhe istinaf talebi bulunmayan bir durumda, sanık aleyhine olan hükümler uygulanarak eksik ceza tayin edilmiş olsa bile belirtilen yanlışlık ile aleyhe istinaf talebi bulunmadığı için hükmün düzeltilmediği veya bozulmadığı hususları, karar yerine yazılarak esastan ret kararı verilecektir. Aleyhe istinaf talebi bulunmasa bile bölge adliye mahkemesi, suç vasfının hatalı tayin edildiğini tespit etmiş ise, bu ihtimalde, hükmün kaldırılarak düzeltilmesine veya bozulmasına karar verilir, fakat sanığın kazanılmış hakları saklı tutularak, infazın, önceki ceza üzerinden yerine getirilmesi sağlanır.³⁴

Hükmün kesinleşmesini sağlayan kararlar ilgili olarak tebligat ve infaz işlemlerini, ilgili ilk derece mahkemesi yerine getirecektir. Bölge adliye mahkemesinin kesin kararlarına karşı gidilebilecek tek yol, CMK'nın 308/A maddesinde düzenlenen Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı olarak ifade edilen kanun yoludur. Kararın ilgilisi olan kişilerin veya ilk derece Cumhuriyet savcısının karara karşı itiraz hakkı bulunmamakta ise de, bu kişiler, Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığını, itiraz yoluna gitmesi için tahrik edebilirler ve bu kuruma, doğrudan veya Daire aracılığıyla dilekçe göndermek suretiyle, kurumdan, itiraz yoluna gidilmesini isteyebilirler.³⁵

Yargıtay 1. Ceza Dairesi, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 10/03/2009 tarih ve 2009/2-43; 2009/56 Karar sayılı kararı gereğince; kesin nitelikteki hükümlerin suç vasfına yönelik aleyhe temyiz edilmesi halinde, temyize konu olabilecekleri kabul edildiğinden, katılan vekilinin, anılan hükmü “suç vasfına” ilişkin temyiz ettiğini ve kararın bu haliyle temyize tabi olduğunu belirterek esas yönünden inceleme yapmıştır.³⁶ Kanaatimizce, bu karar yerinde değildir. Yargıtay CGK'nın ilgili kararında, miktar itibarıyla kesin nitelikte olan, bir kanun yolu öngörülme ve verildiği an kesin olan kararlar kastedilmiştir. Oysaki, istinaf aşamasında geçen bir karar açısından, bir kanun yolu öngörülmüştür ve söz konusu hüküm, bu kanun yolundan geçerek kesinleşmiştir. Bu durumda, suç vasfına yönelik aleyhe istinaf bulunsa bile Yargıtayın, dosya ile ilgili inceleme yapma yetkisi bulunmamaktadır. Bu nitelikteki kararlar ile Yargıtayın, istinaf alanına girmeye çalıştığı ve Yargıtay tarafından, istinafta kesinleşen birçok kararın, bu şekilde temyiz kapsamına

³⁴ Yargıtay 10 CD, E 2020/14609 K 2021/14538, 29.12.2021.

³⁵ Birtek (n 12) 351.

³⁶ Yargıtay 1 CD, E 2021/11305 K 2021/14658, 06.12.2021



alınması yönünde çaba gösterildiği görülmektedir. Oysaki, temyiz kapsamının hukuka aykırı olarak genişletilmesi durumunda, bölge adliye mahkemelerinin işlevsiz kalması, hukuki güvenliğin zedelenmesi ve yargılamaların gereksiz yere uzaması gibi sonuçlara yol açılması, söz konusu olabilecektir.³⁷ Bu tür kararların önüne geçilmesi açısından, Yargıtay ve bölge adliye mahkemeleri arasındaki sınırların kesin olarak belirlenmesi amacıyla yasal düzenleme yapılmasının yerinde olacağını değerlendirmekteyiz.

B. Düzeltilerek İstinaf Başvurusunun Esastan Reddi Kararı

CMK'nın 303. maddesinin birinci fıkrasının (a), (c), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde yer alan ihlallerin varlığı hâlinde hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilir.³⁸

Bu kapsamda, CMK'nın 303. maddesinde sayılan durumlarda, bölge adliye mahkemesinin duruşma açmaksızın hükmü düzeltmek suretiyle esastan ret kararı vermesi mümkün hale getirilmiştir.³⁹

Bu şekilde, adil yargılanma hakkının gereği olarak davaların daha hızlı şekilde tamamlanmasını sağlamak temel ilkesinden hareketle, ilk derece mahkemesi tarafından yapılan hataların, bölge adliye mahkemelerince düzeltilmesi imkânı getirilmiştir.

Yargıtayın bazı Daireleri, bazı kararlarında, bölge adliye mahkemesince, duruşma açmaksızın beraat kararı verilemeyeceği gerekçesiyle, sair yönlerini incelemeyen hükmün bozulmasına karar vermektedir.⁴⁰ Kanaatimizce, bu kararlar, açık bir şekilde, CMK'nın 303/1-a maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Buna göre, dosyada toplanan deliller, beraat hükmü verilmesi için yeterli, toplanacak başka bir delil yok, eylem, Kanunda suç olarak tanımlanmamış, suçun sanık tarafından işlendiği sabit değil, suçun sanık tarafından işlenmediği sabit, suçun maddi veya manevi unsurları bulunmuyor, bu hususları tespit etmek için yeniden sanık savunmasının alınması gerekmiyor veya tanık vs. dinlenmeyecek ve duruşma açılrsa bile başkaca bir bilgiye ihtiyaç duyulmadan aynı karar verilecek ise, beraat kararının, duruşma açmaksızın ve düzeltilerek verilmesi mümkün olmalıdır. Belirtilen Yargıtay kararının usule uygun olduğu kabul edildiğinde, CMK'nın 303/1-a maddesinin uygulanacağı bir ihtimal kalmayacaktır. Oysaki, kanun koyucu, dosyadaki delillerle göre beraat kararı verilmesi imkânını getirmek suretiyle, yargılamaların hızlanmasını amaçlamıştır. Bölge adliye mahkemesi dar anlamda yargılama

³⁷ Selçuk (n 12) 325 vd.; Birtek (n 12) 231.

³⁸ Artuç/Elmas, (n 29) 532.; Birtek (n 12) 233.

³⁹ Kaymaz (n 3) 116.; Birtek (n 12) 233 vd.

⁴⁰ Yargıtay 8 CD, E 2021/15827 K 2022/146 10.01.2022.; Yargıtay 1 CD, E. 2021/12129 K 2021/15227 22/12/202.

yapma yetkisine haiz olduğundan, duruşma açsa bile bütün delilleri yeniden toplamayacak, gerek gördüğü eksiklikleri tamamlayacaktır. Bu nedenle, bu nitelikteki durumlarda, duruşma açılrsa bile suçtan zarar görenin dinlenilmesi, tanıkların dinlenilmesi gibi usuli işlemler yerine getirmeden beraat kararı verebilecektir. Suçtan zarar görenin, duruşma açılarak veya açılmadan verilen beraat hükmünü temyiz etme hakkı bulunduğundan, duruşma açılmaması, suçtan zarar gören açısından bir hak kaybına da yol açmayacaktır.

İstinaf mahkemesince, duruşma açılmamış olsa bile Anayasa'nın 141, 5271 sayılı CMK'nın 34/1, 230 maddeleri ile 1412 sayılı CMUK'un 308/7. maddeleri uyarınca, mahkeme kararlarının denetime olanak verecek biçimde açık ve gerekçeli olması ve denetim organlarının bu işlevini yerine getirmesi için, kararların gerekçeli olması ve gerekçe bölümünde, mevcut delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin açıkça gösterilmesi, ulaşılan kanaat ve delillerle sonuç arasında bağ kurulması gerektiği gözetilmelidir.

Uygulamada; beraat, düşme ve ret kararlarının duruşma açılmadan bölge adliye mahkemesince verilmesi durumunda, Kanunun 303. maddesi gereğince, sanığın beraatine, bu şekilde, hükmün düzeltilerek esastan reddine, şeklinde karar verilmektedir. Kanaatimizce, kanundaki düzenleme teknik olarak yerinde değildir. Bölge adliye mahkemesince duruşma açılmaksızın beraat kararı verilen durumlarda, düzeltilerek esastan ret kararı vermek yerine, sadece, beraat kararı verilmekle yetinilmesi, bu hususta da, kanunda düzenleme yapılması gerekmektedir.

İster duruşma açılsın isterse açılmasın, verilen kararın temyiz edilebilir olması, 286. maddesindeki kurallara göre belirlenecektir. Yani, bir hususta düzeltilerek esastan ret kararı verilmesi, kararın temyiz edilmeyeceği anlamını taşımayacaktır.

C. Bozma Kararı

İlk derece mahkemesinin kararında, 289. maddenin birinci fıkrasının (g) ve (h) bentleri hariç diğer bentlerinde belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması hâlinde, hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolünmek üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilir.⁴¹ Kanunun 289. maddesine göre de, mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması, hâkimlik görevini yapmaktan kanun gereğince yasaklanmış hâkimin hükme katılması, geçerli şüphe nedeniyle hakkında ret istemi öne sürülmüş olup da bu istem kabul olduğu hâlde hâkimin hükme katılması veya bu istemin kanuna aykırı olarak reddedilip hâkimin hükme

⁴¹ Artuç/Elmas, (n 29) 541. Kaymaz (n 3) 116.; Birtok (n 12) 235.



katılması, mahkemenin kanuna aykırı olarak davaya bakmaya kendini görevli veya yetkili görmesi, Cumhuriyet savcısı veya duruşmada kanunen mutlaka hazır bulunması gereken diğer kişilerin yokluğunda duruşma yapılması, duruşmalı olarak verilen hükümde açıklık kuralının ihlâl edilmesi ve hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması durumları bozma nedeni olarak kabul edilmiştir.

17/10/2019 tarih ve 7188 sayılı Kanununun 27. maddesiyle CMK'nın 280. maddesine yapılan eklemeye, soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmediğinin veya önödeme ve uzlaştırma usulünün uygulanmadığının anlaşılması ya da davanın ilk derece mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile birlikte yürütülmesinin zorunlu olması hâlinde hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolünmek üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verileceği hüküm altına alınmıştır.⁴²

20/11/2017 tarihli ve 696 sayılı KHK'nin 98. maddesiyle, bu maddenin, birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan "maddede" ibaresi, "maddenin birinci fıkrasının (g) ve (h) bentleri hariç diğer bentlerinde" şeklinde değiştirilmiştir, daha sonra bu hüküm, 1/2/2018 tarihli ve 7079 sayılı Kanununun 92. maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.⁴³

Yargıtay, istinaf başvurusunun esastan reddi kararlarına yönelik temyiz incelemesi yaparken, bölge adliye mahkemesinin o dosyada daha önce verdiği bozma kararının usul ve yasaya aykırı olduğunu belirtmek suretiyle hükmü bozmaktadır. Kanaatimizce, verilen bu kararlar yerinde değildir.

Zira temyiz merciinin, bozma kararlarını, denetleme yetkisi bulunmamaktadır. Bu noktada, belirtilen bu konu ile ilgili olarak bir yasal değişiklik yapılması uygun olacaktır.

D. Yeniden Yargılama Yapılması ve Duruşma Açılması Kararı

Hükme yönelik istinaf taleplerinin incelenmesinden sonra, esastan ret, düzeltilerek esastan ret veya bozma kararı verilemediği, fakat dosya ile ilgili eksiklikler veya yanlışlıklar bulunduğu takdirde, gerekli tedbirleri alındıktan sonra, davanın yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasına, duruşma sonunda bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunun esastan reddine, düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine veya ilk derece mahkemesi hükmünün kaldırılarak yeniden hüküm kurulmasına karar verilir.⁴⁴

⁴² Kaymaz (n 3) s. 116.

⁴³ Birtek (n 12) 242.

⁴⁴ Artuç ve Elmas, (n 29) 558. Kaymaz (n 3) 116.

Duruşma açılması durumunda, görülen eksikliklerin tamamlanması yoluna gidilerek, CMK'da öngörülen delillerin toplanmasına çalışılacaktır. Yapılan duruşmada, CMK'nın 281 ve 282. maddesi ile CMK'da öngörülen yargılama usulleri aynen uygulanacaktır. Bu kapsamda, sanığın veya diğer tarafların savunmaları yeniden alınabileceği gibi, keşif yapılması, bilirkişi raporu alınması veya diğer eksikliklerin tamamlanması yoluna gidilebilecektir.⁴⁵

Sanık lehine değerlendirme yapılacak ise; sanık, müdafii, katılan ve vekilinin davetiye tebliğ edilmesine rağmen duruşmaya gelmemesi hâlinde, duruşmaya devam edilerek sanığın sorgu tutanakları anlatılmak suretiyle davanın yokluklarında bitirilebileceği ihtar edilir ve bu kişiler, gelmeseler dahi yokluklarında yargılama yapılarak tamamlanır. Sanık aleyhine karar verileceği durumlarda, sanık dinlenmeden karar verilemeyecektir.

Salt duruşma açılarak karar verilmiş olması, verilecek kararın temyize tabi olduğu anlamına gelmez. Kararın temyize tabi olup olmadığı, CMK'nın 286/2. maddesindeki unsurlara göre belirlenecektir. Duruşma sonucunda verilen karar, gerekçeli olmalı ve hükmün ihtiva ettiği bütün unsurları içermelidir.

IV. İSTİNAF MAHKEMELERİNİN KESİN NİTELİKTEKİ KARARLARI

Kararın kesin nitelikte olması, söz konusu karar için bir kanun yolu öngörülmemiş olması veya öngörülen kanun yollarının tüketilmiş olması anlamlarına gelmektedir. Verilen bu kesin karardan sonra, mahkeme, infaz işlemlerinin yürütülmesi için kararı, ilgili Cumhuriyet başsavcılığına gönderecektir.

Bölge Adliye mahkemesinin bazı kararları kesin nitelikte iken, bazı kararları temyize tabi olarak verilmektedir. Kesin nitelikteki kararlarına karşı gidilecek olağan bir kanun yolu yoktur. Bu kararlara karşı, koşulların bulunması halinde, CMK'nın 308/A maddesi gereğince, olağanüstü bir kanun yolu olarak, Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz yoluna gitme hakkı bulunmaktadır.⁴⁶

İstinafın kesin nitelikteki kararlarına karşı, taraflardan biri temyiz yoluna başvurmuş ise, CMK'nın 296/1. maddesi gereğince, kararın temyiz edilemeyecek nitelikte olması nedeniyle, bölge adliye mahkemesi, temyiz başvurusunun reddine (kabul edilemez olduğuna) karar verir. Bu ret kararının, ilgili tarafa tebliğ edildiği tarihten itibaren, karara karşı, yedi gün içerisinde Yargıtaya başvurabilir. Fakat bu başvuru, hükmün infazını ertelemeyecektir. Bu nitelikteki bir kararın Yargıtaya gelmesi durumunda, Yargıtayın ilgili Dairesi de, CMK'nın 298/1. maddesi gereğince, temyiz başvurusunun reddine

⁴⁵ Feridun Yenisey, Duruşma ve Kanun Yolları, (Beta 1990) 10.; Kaymaz (n 3) 118.

⁴⁶ Birtek (n 12) 351.

karar verecektir.⁴⁷

CMK'nın 286. maddesine göre, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri kural olarak temyiz edilebilir. Bu kapsamda, ceza yargılaması sistemimizde, bölge adliye mahkemesinin bozma kararlarının, mutlak bir şekilde temyiz edilemeyeceği belirlenmiştir. Bunun dışında kalan kararların da kural olarak temyiz edilebileceği öngörülmüştür. Hangi kararların kesin nitelikte olduğu, Kanunda açık bir şekilde sayılmak suretiyle tahdidi bir yöntemle ortaya konulmuştur. Bu istisnaların dışında kalan hallerde, istinaf kararlarının temyize tabi olacağı kabul edilmektedir.⁴⁸

17/10/2019 tarih ve 7188 sayılı Kanununun 29. maddesiyle eklenen CMK'nın 286/3. maddesine göre, ikinci fıkrada belirtilen temyiz edilemeyecek kararlar kapsamında olsa bile TCK'da yer alan hakaret (madde 125/3), halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit (madde 213), suç işlemeye tahrik (madde 214), suçu ve suçluyu övme (madde 215), halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama (madde 216), kanunlara uymamaya tahrik (madde 217), Cumhurbaşkanı hakaret (madde 299), Devletin egemenlik alametlerini aşağılama (madde 300), Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama (madde 301), silahlı örgüt (madde 314), halkı askerlikten soğutma (madde 318), suçları, Terörle Mücadele Kanununun 6. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkrası ile 7. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrası, 31. maddesi ve 32. maddesinde yer alan suçlar nedeniyle verilen ilk derece mahkemesi kararlarına yönelik istinaf talebi üzerine bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları temyize tabidir. Bu suçlar nedeniyle, ilk derece mahkemesince verilen kararlar ne olursa olsun, bu kararlara yönelik istinaf talebi üzerine bölge adliye mahkemesi tarafından verilen bozma kararları hariç diğer kararlar kesin nitelikte değildir.

Özel kanunlarda, temyize tabi olduğu açıkça belirtilen bölge adliye mahkemesinin bozma kararları dışındaki diğer kararları kesin nitelikte değildir. Bu kapsamda, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 59. maddesine, 11.07.2020 tarih ve 7249 sayılı Kanununun 10. maddesiyle bir hüküm eklenerek, avukatların, avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar nedeniyle verilen bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları hakkında CMK'nın 286/2. maddesinin uygulanmayacağı, bu kararların temyize tabi olduğu hüküm altına alınmıştır.

Buna göre, avukatların işledikleri iddia olunan, hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma, görevi kötüye kullanma gibi suçlar nedeniyle verilen

⁴⁷ İbid 332.

⁴⁸ Kaymaz (n 3) 111.

cezalarla ilgili olarak bölge adliye mahkemesinin bozma kararları dışındaki diğer kararlarına yönelik temyiz yoluna gidilecektir. Örneğin, görevi kötüye kullanma suçunu işleyen bir kamu görevlisinin mahkûmiyet kararını esastan reddeden bölge adliye mahkemesinin kararı kesin nitelikte iken, aynı suçtan yargılanan ve mahkûmiyet hükmü alan avukatın mahkûmiyet kararını esastan reddeden bölge adliye mahkemesinin kararı temyize tabi olacaktır.

CMK'nın 286/2. maddesinde düzenlenen ve kesin nitelikte verilen kararlar sayma yoluyla belirlenmiştir. Bu kapsamda;

1. CMK'nın 286/2-a maddesine göre, ilk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adli para cezalarına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları kesindir.

İlk derece mahkemesi tarafından, suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit görülmesi halinde, ilgili suç için kanunlarda öngörülen hapis ve/veya gün para cezasına göre, TCK'nın 61. maddesindeki cezanın bireyselleştirilmesindeki ölçütler nazara alınarak temel ceza belirlenmektedir. Belirlenen temel cezadan sonra, sanık hakkında, teşebbüs, zincirleme suç, haksız tahrik, etkin pişmanlık, yaş, takdiri indirim gibi nedenlerden dolayı artırım ve indirimler yapılmak suretiyle sonuç hapis veya gün para cezası belirlenmektedir. Sonuç olarak belirlenen gün para cezası da, sanığın, sosyal ve ekonomik durumuna göre, TCK'nın 52/2. maddesi gereğince, adli para cezasına çevrilmektedir.⁴⁹

CMK'nın 286/2-a maddesi kapsamında, mahkemece, sonuç olarak 5 yıl veya daha az hapis cezası belirlenmiş ve bu hükmün istinaf edilmesi üzerine, istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiş ise, bu mahiyetteki istinaf kararı kesindir. İlk derece mahkemesi, 5 yıl veya daha az hapis cezası öngörmüş ve bu hükmün istinaf edilmesi üzerine, istinaf başvurusunun düzeltilerek esastan reddine karar verilmiş olması halinde de, belirtilen bu karar kesin niteliktedir.⁵⁰ Burada, ilk derece mahkemesinin sonuç olarak verdiği ceza dikkate alınacaktır. Bu çerçevede, ilk derece mahkemesinin verdiği 5 yıl hapis cezası ile ilgili verilen karar kesin olmasına rağmen, 5 yılın üzerinde verilen kararlara yönelik esastan ret veya düzeltilerek esastan ret kararları temyize tabidir.⁵¹

İlk derece mahkemesi tarafından 5 yılın üzerinde hapis cezası verildikten sonra, bölge adliye mahkemesi, söz konusu kararı düzeltmek suretiyle, cezayı 5 yıl veya altına indirdiği takdirde, bölge adliye mahkemesi kararının temyize tabi olup olmadığı tartışılmalıdır. Yargıtay 2. Ceza Dairesi, bir kararında, 12 yıl hapis cezasının, bölge adliye mahkemesi tarafından yapılan indirimler

⁴⁹ Birtek (n 12) 335.

⁵⁰ Yargıtay 4. C.D. 18/05/2022 Tarih ve 2022/1091; 2022/3755 E. K.

⁵¹ İbid 336.



sonucunda, 3 yıl 9 aya düşürülmesi şeklindeki kararın temyize tabi olduğunu belirtmiştir.⁵² Yargıtayın ilgili Dairesi, kararın kesinliğini, daha sonra bölge adliye mahkemesince yapılan değişiklikleri dikkate almadan, ilk derece mahkemesindeki sonuç cezaya göre belirlemektedir. Kanaatimizce, Kanunun 286/2-a maddesi gereğince, ilk derece mahkemesi kararının istinaf edilmesi üzerine verilen bölge adliye mahkemesi kararının kesin olması için, ilk derece mahkemesi kararı 5 yıl ve üzerinde olmalıdır. Bu çerçevede, ilk derece mahkemesinin kararı 5 yılın üzerinde hapis cezası bile olsa, bölge adliye mahkemesi, bu cezayı 5 yıla veya 5 yılın altına indirmiş ise, bölge adliye mahkemesinin verdiği kararın kesin nitelikte olduğu kabul edilmelidir.

Sonuç olarak verilen 5 yıl ve altındaki hapis cezaları ile birlikte hükmedilen adli para cezalarının miktarı ne olursa olsun, verilen hapis cezası kesin nitelikte ise, adli para cezası ile ilgili verilen esastan ret kararı da kesin nitelikte olacaktır. İstinaf mahkemesinin esastan ret kararını duruşma açmak suretiyle veya duruşma açmadan vermesinin, kararın kesin olup olmaması üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır.⁵³

2. İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararları kesindir.

İlk derece mahkemesi tarafından, CMK'nın 286/2-a maddesi gereğince verilen 5 yıl ve daha az hapis cezasına ilişkin hüküm; istinaf geldikten sonra, bölge adliye mahkemesinin, söz konusu cezayı azaltan kararları da kesin niteliktedir. İlk derece mahkemesinin kararı 5 yıldan fazla ve cezanın azaltılması durumunda da öngörülen ceza 5 yıldan fazla ise, söz konusu kararın temyize tabi olduğu kabul edilecektir.⁵⁴

İlk derece mahkemesinin verdiği karar 5 yıldan az olmasına rağmen, örneğin ceza, 3 yıl olarak belirlendikten sonra bölge adliye mahkemesi, bu cezayı, 4 yıla çıkartırsa, söz konusu kararın, temyize tabidir. Yani, ilk derece mahkemesinin verdiği ceza, ister 5 yıl ve daha az, isterse 5 yıldan fazla olsun, cezayı artıran bölge adliye mahkemesi kararları temyize tabidir.

Sonuç olarak tayin edilen 5 yıl ve altındaki hapis cezası artırılmadan, hapis cezası ile birlikte verilen adli para cezasının artırılması durumunda, hapis cezası artırılmadığı için, kararın tamamının kesin nitelikte olduğu kabul edilecektir.

İlk derece mahkemesi tarafından verilen karardaki suçun vasfı, bölge adliye mahkemesi tarafından değiştirilmiş olsa bile ceza azaltılır ise, bölge adliye mahkemesinin kararının kesin olarak değerlendirilecektir. Buna karşın,

⁵² Yargıtay 2 .D, E 2018/1688 K 2018/4554 16./04.2018;

⁵³ Mustafa Artuç, "Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisi Kapsamındaki Kararlar" (Haziran, 2021) Yıl: 9 S. 17 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 69, 76-77.

⁵⁴ Birtek (n 12) 336.; Yargıtay 2. C.D. 12/05/2022 Tarih ve 2022/3107; 2022/9236 E. K.

ilk derece mahkemesinin belirlediği suçun vasfından ziyade, kararın niteliği, bölge adliye mahkemesi tarafından değiştirilirse, örneğin, sanığın beraatine, ceza verilmesine yer olmadığına veya kamu davasının düşmesine karar verilir ise, Kanunun 286/2-d maddesi hariç olmak üzere, söz konusu karar, temyize tabi olacaktır.⁵⁵ Örneğin, ilk derece mahkemesi, nitelikli dolandırıcılık suçundan mahkûmiyet kararı verdikten sonra hükmün istinaf edilmesi üzerine bölge adliye mahkemesi duruşma açmak suretiyle eylemin, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanması suçunu oluşturduğunu belirtmek suretiyle hüküm kurması ve öngörülen ceza miktarının, ilk derece mahkemesinin belirlediği ceza miktarıyla aynı veya daha az olması halinde, belirtilen bölge adliye mahkemesi kararı, değişen suç vasfına rağmen kesin olarak kabul edilecektir. Buna karşın, kanundaki istisnalar saklı kalmak kaydıyla ilk derece mahkemesinin verdiği mahkûmiyet hükmü kaldırılarak beraat hükmü verilmesi veya kamu davasının düşmesine ya da sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi durumunda, bu mahiyetteki istinaf kararları temyiz kanun yoluna tabi olacaktır.

Aynı şekilde, adli yargı dışına verilecek görevsizlik kararları da, temyize tabidir.⁵⁶

İlk derece mahkemesinin verdiği beraat hükmü kaldırılmak suretiyle sanığın mahkûmiyetine karar verilir ise, verilen hüküm, temyize tabi olacaktır.⁵⁷

İlk derece mahkemesi, sanık hakkında 5 yıl ve daha az hapis cezası belirledikten sonra, sanık lehine istinaf başvurusu yapıldığı bir durumda, bölge adliye mahkemesi, suçun vasfının, ilk derece mahkemesince hatalı olarak belirlendiğini tespit edip, sanık hakkında belirlenen yeni suç vasfına göre, önceki cezaya göre, daha fazla ceza takdir edip sonuç cezayı belirleyerek, sanık aleyhine istinaf bulunmaması nedeniyle, kazanılmış hak ilkesi gereğince, infazın, önceki ceza üzerinden gerçekleştirilmesine karar vermiş ise, kazanılmış hak saklı tutulmuş olsa bile cezanın artırılmış olması nedeniyle, söz konusu bölge adliye mahkemesi kararının temyize tabi olduğu kabul edilecektir.

Yargıtay kararlarında da, aleyhe değiştirme yasağı gereğince sonuç olarak belirlenen cezanın, suç nedeniyle belirlenen ceza olmayıp, infaz edilen ceza olduğu ifade edilmiştir.⁵⁸ Kanaatimizce, bu ihtimalde, sonuç olarak infaz edilecek ceza aynı olsa bile sanığa, bölge adliye mahkemesi tarafından verilen

⁵⁵ Yargıtay 1. C.D. 27/04/2022 Tarih ve 2021/7355; 2022/3241 E. K.

⁵⁶ Yargıtay CGK, E 2018/38 K 2018/113 20.03.2018; Fidan Balcı ve Seyithan Öztürk, Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz (Adalet 2020) 307

⁵⁷ Birtek (n 12)337.

⁵⁸ Artuç (n 57) 78.; Kaymaz (n 3) 273.; Yargıtay CGK, E 2008/6-47 K 2008/43 04/03/2008.; Yargıtay 1 C.D, E 2014/2450 K 2014/5802 02.12.2014.

ceza, önceki cezaya göre artırılmış olduğu için, hükmün temyize tabi olduğu kabul edilmelidir.

Sonuç olarak tayin edilen 5 yıl ve altındaki hapis cezası artırılmadan, ilk derece mahkemesi tarafından uygulanmayan, TCK'nın 53. maddesi çerçevesinde güvenlik tedbirleri, 54 ve 55. maddelerine göre tayin edilen müsadere ve 58. maddesi çerçevesinde tekerrür hükümleri, ilk olarak bölge adliye mahkemesi tarafından uygulanmış ise, Yargıtayın bazı Daireleri, söz konusu tedbirlerin de hüküm niteliğinde olduğunu ifade etmek suretiyle kararın temyize tabi hale geldiğini ortaya koymuştur.⁵⁹ Kanaatimizce, söz konusu tedbirler, hükümle birlikte uygulanan güvenlik tedbirleridir. Sanık hakkında tayin edilen ceza artırılmadan, salt, bu hükümlerin uygulanmasına karar verilmiş ise, ceza artırılmadığı için, kararın temyiz edilemeyeceği kabul edilmelidir.

3. Hapis cezasından çevrilen seçenek yaptırımlara ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen seçenek yaptırımlara ilişkin her türlü kararlar ve istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar kesindir.

20/07/2017 tarih ve 7035 sayılı Kanununun 20 maddesiyle yapılan değişiklik kapsamında, CMK'nın 286/2. maddesine "c" bendi eklenerek söz konusu düzenleme ihdas edilmiştir. TCK'nın 50. maddesinde belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde, ilgili hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi öngörülmüştür. İlk derece mahkemesi tarafından tayin edilen hapis cezası, seçenek yaptırımlara çevrildikten sonra, belirtilen hüküm istinaf edilirse, bölge adliye mahkemesinin verdiği esastan ret kararı kesin niteliktedir.⁶⁰

İlk derece mahkemesinin verdiği seçenek yaptırım kararındaki seçenek yaptırımı değiştiren veya bu yaptırımdaki süreyi değiştiren bölge adliye mahkemesinin kararı da kesin niteliktedir. İlk derece mahkemesi, hapis cezası vermesine rağmen, bölge adliye mahkemesi, bu cezayı, seçenek yaptırıma çevirmiş ise, sonuç olarak tayin edilen ve sanığın daha lehine olan seçenek yaptırım kararı da kesin nitelikte kabul edilmelidir.⁶¹ Buna karşın, ilk derece mahkemesi tarafından verilen beraat hükmünün istinaf edilmesi üzerine inceleme yapan bölge adliye mahkemesi, beraat hükmünü kaldırıp, sanık hakkında hapis cezası belirleyip bu cezayı da seçenek yaptırıma çevirmiş ise, Kanununun 286/2-d maddesindeki suçlar hariç olmak üzere, verilen karar temyize tabidir.⁶²

⁵⁹ Yargıtay 5 CD, E 2019/6122 K 2019/10932 20.11.2019.

⁶⁰ Birtok (n 12) 337.; Yargıtay 4. C.D. 10/05/2022 Tarih ve 2022/1473; 2022/11894 E. K.; Yargıtay 1. C.D. 17/02/2022 Tarih ve 2021/11454; 2022/1231 E. K.

⁶¹ Karşı görüş için bkz. Artuç (n 57) 78.; Kaymaz (n 3) 257.

⁶² Yargıtay 12. C.D. 26/04/2022 Tarih ve 2019/783; 2022/3335 E. K.

4. İlk defa bölge adliye mahkemesince verilen ve 272. maddenin üçüncü fıkrası kapsamı dışında kalan mahkûmiyet kararları hariç olmak üzere, ilk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları kesindir.

Bu bent, ilk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları kesindir, şeklinde bir düzenleme içermekteyken, Anayasa Mahkemesinin 27/12/2018 tarih ve 2018/71; 2018/118 E. K. sayılı kararı ile⁶³ adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle iptal edildikten sonra, 20/02/2019 tarih ve 7165 sayılı Kanunun 7. maddesiyle yeniden düzenlenerek ve 28/02/2019 tarihinde yürürlüğe girmek suretiyle son halini almıştır. Buna göre, belirtilen değişiklik hükümleri, kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin temel ilkeler gözetilerek, bu tarihten sonra verilen bölge adliye mahkemesi kararları açısından uygulama alanı bulacaktır.⁶⁴

31/03/2011 tarih ve 6217 sayılı Kanunun 23. maddesiyle değişik CMK'nın 272/3. maddesine göre, hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen üç bin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerine, üst sınırı beş yüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümlerine ve kanunlarda kesin olduğu yazılı

⁶³ İlgili kararda özetle, “Yargılamanın makul bir sürede sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amacıyla da olsa hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet hükümlerinin denetime tabi kılınmamasının sanığa aşırı bir külfet yükleyeceği açıktır. Diğer bir ifadeyle hürriyeti bağlayıcı cezaya ilişkin mahkûmiyet hükümlerinin denetime kapalı tutulmasıyla sanığa yüklenen külfet, yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amaçlarıyla haklaştırılmaz. Hürriyeti bağlayıcı cezaya ilişkin mahkûmiyet hükmünün denetletirilmesi vasıtasıyla elde edecek bireysel yarar, makul sürede yargılanma hakkı ve usul ekonomisi ilkesine feda edilemez. Bu itibarla bölge adliye mahkemesince ilk defa verilen ve hürriyeti bağlayıcı ceza içeren mahkûmiyet hükümlerine karşı denetim imkânının bulunmamasının hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik orantısız bir sınırlama getirdiği sonucuna ulaşılmaktadır. 34. İtiraz konusu kuralda bölge adliye mahkemesinin sadece –yukarıda belirtildiği üzere- hükmün denetlenmesini talep etme hakkını sınırlamayan ilk derece mahkemesinin beraat kararının onanmasına ilişkin kararlarına değil ilk derece mahkemesinin beraat kararının bozularak ilk defa verilen mahkûmiyete ilişkin kararlarına karşı da temyiz yolu kapatılmıştır. Bu durumda ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünün onanmasına ilişkin kararlar ile beraat kararının bozulması üzerine ilk defa verilen mahkûmiyete ilişkin kararlar arasında ayırım yapılmaksızın bölge adliye mahkemesinin kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü kararına karşı temyiz yolunun kapalı olmasını öngören kuralın bütünüyle iptali gerekir. . Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.” Şeklindeki gerekçeyle dayanılmıştır.

⁶⁴ Birtek (n 12) 338.; Kaymaz (n 3) 268.



bulunan hükümlere karşı istinaf yoluna başvurulamaz. Buna karşın, verilen hüküm, miktar itibariyle kesin olmasına rağmen, suç vasfına yönelik istinaf veya temyiz bulunması durumunda, inceleme mercii, söz konusu hükmü esas yönünden inceleyerek, suç vasfının doğru olması halinde, istinaf veya temyiz başvurusunun reddine karar verecek, suç vasfının daha ağır bir cezayı gerektirmesi halinde ise esas yönünden bir karar verecektir.⁶⁵

AİHS Ek 7 nolu protokolün 2/2. maddesinde, hafif nitelikteki suçlar açısından, kanun yolunun kapalı olmasının, hak ihlali olmadığı belirtilmiştir.⁶⁶ Buna karşın, ülkemizde, ödenmeyen adli para cezalarının hapse çevrilmesinin öngörülmesi nedeniyle, doğrudan hükmedilen 3.000 TL ve altındaki adli para cezalarında kanun yolunun kapatılmasının hak ihlali kapsamında değerlendirildiği görülmektedir.⁶⁷

Bu bendin uygulanması için, suç vasfının, kanundaki üst sınırının iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis ve bu suça bağlı adli para cezası öngörmesi gerekmektedir. Örneğin, TCK'nın 206. maddesinde yaptırım altına alınan, resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunun üst sınırı 2 yıl olarak belirlenmiştir. İlk derece mahkemesi, belirtilen bir suç tipiyle ilgili olarak yapılan yargılama sonunda beraat hükmü tesis edip, bölge adliye mahkemesi, bu kararı kaldırmak suretiyle sanığın hapis cezasıyla mahkûmiyetine karar verir ise, bu karar temyize tabidir.⁶⁸

İlk derece mahkemesi, beraat hükmü verdikten sonra, bölge adliye mahkemesi, bu kararı kaldırmak suretiyle sanığa, doğrudan 3.000 TL ve altında adli para cezası ile mahkûmiyetine karar verir ise, bu karar Kanunun 272/3. maddesi gereğince kesin niteliktedir. Buna karşın, beraat hükmünün kaldırılarak, sanığın, 3.000 TL'den fazla olmak üzere adli para cezasına mahkûmiyetine karar verilir ise, bu karar temyize tabi olacaktır.⁶⁹

Kanunun 286/1-d maddesi kapsamında, sonuç ceza ne olursa olsun, yargılama konusu olan suçun cezasının üst sınırı, 2 yıl ve daha az hapis cezası ve buna bağlı para cezası ise, ilk derece mahkemesinin bu suçla ilgili olarak verdiği beraat veya mahkûmiyet hükümlerine yönelik esastan ret kararları, düzeltilerek esastan ret kararları, mahkûmiyet hükmünün beraat kararına veya seçenек yaptırıma çevrilmesine dair kararları kesin niteliktedir. Aynı şekilde,

⁶⁵ Yargıtay CGK, E 2011/3-434 K 2012/1163 17.04.2012; Yargıtay 2. C. D. 12/05/2022 Tarih ve 2021/35792; 2022/8256 E. K.

⁶⁶ Kaymaz (n 3) 112.

⁶⁷ Sarıgül (n 7) 13.

⁶⁸ Balcı/Öztürk (n 59) 324; Cengiz Ünsal, Ceza muhakemesinde İstinaf (2. Baskı Seçkin 2016) 345.

⁶⁹ Artuç (n 57) 79.

bölge adliye mahkemesi, bu ihtimalde, ilk derece mahkemesi kararını azaltmış veya artırmış olsa da, verilen karar kesin olarak kabul edilecektir.⁷⁰

5. Adli para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları kesindir.

CMK'nın 286/2-e maddesi kapsamında, ilk derece mahkemesinin salt adli para cezası öngörmesi durumunda, bu bent hükümleri uygulanır. Mahkemece, hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi durumunda ise, diğer bent hükümlerine göre, kararın kesin olup olmadığı belirlenir.⁷¹

Adli para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemesinin verdiği karar ne olursa olsun, bu kararlara yönelik yapılan istinaf istemi sonucunda, bölge adliye mahkemesinin esastan ret veya düzeltilerek esastan ret kararı vermesi, mahkûmiyet kararını, beraat kararına çevirmesi veya beraat kararını mahkûmiyete çevirmesi, cezayı artırması veya eksiltmesi, kararın kesin olmasını önlemeyecektir. Suç vasfı değişse bile yeni suç vasfında da, söz konusu ceza, sadece adli para cezası ise aynı hükümler uygulanacaktır.⁷²

6. Sadece eşya veya kazanç müsadere sine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları kesindir.

CMK'nın 256. maddesine göre, müsadere kararı verilmesi gereken hâllerde, kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmış olup da esasla beraber bir karar verilmemişse; karar verilmesi için, Cumhuriyet savcısı veya katılan, davayı görmeye yetkili mahkemeye başvurabilir, hükmüne yer verilmiştir. 257. maddeye göre, 256. madde kapsamında verilmesi gereken kararlar, duruşmalı olarak verilir. CMK'nın 286/2-e maddesinde belirtilen müsadere, bu madde hükümlerine göre verilen müsadere kararlarıdır. Burada müsadere edilen eşya bir suç konusu olan, fakat hükümlerle birlikte müsadere edilmesi konusunda bir karar verilmeyen eşyadır.⁷³

Müsadereye tabi eşyanın değeri ne olursa olsun, müsadereye veya müsadereye yer olmadığına dair kararlara yönelik verilen esastan ret kararları kesindir. Hapis veya adli para cezası ile birlikte verilen müsadereye veya müsadereye yer olmadığına dair kararlara yönelik istinaf başvurusu sonucunda verilen bölge adliye mahkemesi kararlarının kesin olup olmadığı, asıl hüküm için ortaya konulan ilkelere göre belirlenecektir.

⁷⁰ İbid 79-81.

⁷¹ Birtek (n 12)338.; Yargıtay 7. C.D. 10/05/2022 Tarih ve 2021/19880; 2022/8999 E. K.

⁷² Artuç (n 57) 79.; Suç vasfının değişmesi durumunda, sonuç ceza aynı kalsa bile, hükmün istinaf tabi olması gerektiği hususunda bkz. Birtek (n 12) 337.; Artuç ve Elmas, (n 29) 373; Kaymaz (n 3) 264.

⁷³ Artuç (n 57) 81.



Kanunun 259. maddesine göre de, suç konusu olmayıp sadece müsadereye tâbi bulunan eşyanın müsaderesine sulh ceza hâkimi tarafından duruşma yapılmaksızın karar verilir. Bu kararlar, itiraza tabi olarak verilmektedir, bu nedenle, bu mahiyetteki kararlar istinaf denetimi dışındadır.⁷⁴

7. On yıl veya daha az hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren suçlardan, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları kesindir.

Kanunda öngörülen cezanın üst sınırının 10 yıl veya daha az hapis cezası olması veya kanundaki cezanın adli para cezası olarak öngörülmüş olması durumunda, ilk derece mahkemesinin bu suç nedeniyle verdiği beraat hükmüne yönelik istinaf başvurusu üzerine bölge adliye mahkemesinin esastan ret kararları temyize tabi değildir.⁷⁵ Buna karşın, bu ihtimalde, ilk derece mahkemesinin verdiği beraat hükmünü kaldırıp mahkûmiyete, düşmeye veya ceza verilmesine yer olmadığına dair karara çeviren bölge adliye mahkemesi kararları temyize tabidir.

Kanunda öngörülen cezanın üst sınırının 10 yıldan fazla olması halinde, ilk derece mahkemesinin bu suç nedeniyle verdiği beraat hükmüne yönelik istinaf başvurusu üzerine bölge adliye mahkemesinin verdiği esastan ret kararları temyize tabidir.⁷⁶

Diğer bentlerde sonuç ceza dikkate alınırken, bu bentte, kesinlik sınırı belirlenirken, cezanın üst sınırı dikkate alınmıştır. Bazı yazarlar, suçun nitelikli hallerine göre yapılacak artırıma göre, 10 yıllık sürenin tespiti edilmesi gerektiğini savunmuşlardır.⁷⁷ Kanaatimizce, bu durumda, suçun nitelikli halleri dışında, temel ceza olarak belirlenecek maddedeki üst sınıra göre belirleme yapılmalıdır.⁷⁸

8. Davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen bu tür kararlar veya istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar kesindir.

CMK'nın 286/2-h maddesi gereğince, ilk derece mahkemesi; davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine hükmetmiş ve bu kararların istinaf edilmesi üzerine, bölge adliye mahkemesi, esastan ret veya düzeltilerek esastan ret kararı vermiş ise, bu karar temyize tabi değildir.⁷⁹

⁷⁴ İbid 80.

⁷⁵ Yargıtay 1. C.D. 18/05/2022 Tarih ve 2022/1091; 2022/3755 E. K.

⁷⁶ Birtek (n 12) s. 339.

⁷⁷ Kaymaz (n 3) 271.

⁷⁸ Aynı görüş için bkz. Balcı ve Öztürk (n 59) 325.; Birtek (n 12) 339.

⁷⁹ Kaymaz (n 3) 272.; Birtek (n 12) 340.; Yargıtay 6. C.D. 24/05/2022 Tarih ve 2021/17878;

İlk derece mahkemesi, davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine hükmetmiş ve bu kararların istinaf edilmesi üzerine, bölge adliye mahkemesi, kararı değiştirerek davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına veya güvenlik tedbirine hükmetmiş ise, bu karar da temyize tabi değildir.⁸⁰

İlk derece mahkemesi, davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine hükmetmiş ve bu kararların istinaf edilmesi üzerine, bölge adliye mahkemesi de, kararı kaldırarak beraat, mahkûmiyet veya güvenlik tedbiri uygulanmasına yer olmadığına karar vermiş ise, bu karar kesin değildir.

İlk derece mahkemesinin verdiği mahkûmiyet veya beraat hükümlerinin istinaf edilmesi üzerine verilen düşme, ceza verilmesine yer olmadığına veya güvenlik tedbirlerine hükmedilmesine dair kararlar temyize tabidir.⁸¹ Temyiz edilemeyen birden fazla hükmün bir araya gelmesi halinde dahi temyiz yolu açık hale gelmeyecektir.⁸² Tek bir hüküm içinde, birden fazla ceza var ise, temyiz sınırı, toplam cezaya göre dikkate alınacaktır.⁸³

V. ANAYASAL İLKELER ÇERÇEVESİNDE KANUN YOLLARINA BAŞVURU HAKKI

“Hak” kelimesi, doğruluk ve hukukun tanıdığı yetkiler veya kişilerin bir durumu isteme imkânı,⁸⁴ hak arama özgürlüğü ise, hakların pozitif hukukça güvence altına alınması olarak tanımlanmaktadır.⁸⁵ Bu özgürlük, idari özgürlük veya siyasi ve yargısal başvuru özgürlüğü kapsamında değerlendirilir.⁸⁶

Anayasanın, hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesine göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Anayasa'nın 10. maddesine göre de, herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi

2022/7721 E. K.

⁸⁰ Karşı görüş için bkz. Kaymaz (n 3) 272.

⁸¹ Artuç (n 57) 79.

⁸² Ünsal (n 69) 346, Birtok (n 12) 340.

⁸³ Balcı ve Öztürk (n 59) 330.

⁸⁴ Servet Armağan, Temel Haklar ve Ödevler, (Fakülteler 1980) 2 vd.

⁸⁵ İbrahim Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, (4. Baskı Afa 1998) 15.

⁸⁶ Ayrıntılı bilgiler için bkz. Ayvaz Cebre, “Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı” (2011) Y:2 C:1 S. 5, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 373, 375., Nuala Mole/Catharina Harby, Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Kitapçıkları, (Almanya Ekim 2001) N: 3 10 vd.; Nur Centel, “Adil Yargılanma İlkesi ve Türk Hukukunda ki Bazı Sorunlar” C. 16 S. 1-2 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5.; Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku (5. Baskı 2009) 10 vd.; Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasa Hukuku (Yetkin 2015) 5. vd.; Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku (17. Baskı Turhan 2010) 100 vd.



inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.⁸⁷

Bu doğrultuda, AİHS'nin 6. maddesinde, adil yargılanma hakkı,⁸⁸ 13. maddesinde, etkili başvuru hakkı, sözleşmeye bağlı 7 nolu protokolün⁸⁹ 2. maddesinde de, cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı tanımlanmıştır.⁹⁰

Etkili başvuru hakkı, herkesin aynı derecede, yargı mercileri önünde davacı ve davalı olma hakkına sahip olup, iddia ve savunma hakkına sahip olduğunu, medeni hakları ihlal edilen herkesin, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir.⁹¹

AİHM, bireylerin haklarını aramanın en önemli yolunun, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanmak olduğunu, bu durumun, adil yargılanmanın bir gereği olduğunu, buna göre, bireylerin, mahkemeye erişim hakkının güvence altına alınması, bu konuda yapılacak sınırlandırmaların, mahkemeye erişim hakkını zedeleyecek ölçüde olmaması gerektiğini ifade etmiştir.⁹²

Verilen kararlara karşı, üst makamlara başvuru; yargıya olan güveni artırma, keyfiliğini önleme ve adli hataları giderme gibi önemli fonksiyonları sağlamaktadır.⁹³ Buna göre, istinaf veya temyiz kanun yollarından en az birinin sistemde bulunması, bireylerin kanun yoluna başvurma hakkı açısından bir teminat olarak kabul edilmiştir.⁹⁴ Özellikle, Yargıtay gibi yüksek bir

⁸⁷ Hüseyin Turan, "Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesindeki Yeri ve Önemi" (2009) S: 84 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 213, 215.

⁸⁸ AİHS 6. Madde için bkz. AİHM.pdf (yargitay.gov.tr) Erişim Tarihi: 05 Ocak 2022; AİHS, Hermi/İtalya [BD], § 60; AİHS; Sutter/İsviçre, § 30; AİHS, Monnell ve Morris/Birleşik Krallık, § 58; AİHS, Fejde v. Sweden, § 31., AİHS Madde Rehberleri (adalet.gov.tr), Erişim Tarihi: 06 Ocak 2022.

⁸⁹ Protokol, 01.11.1988'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye, 14.3.1985'te imzalamış olup 10.3.2016 tarihli 6684 sayılı Kanunla onaylayarak, Protokol'e en son taraf olan devlettir.

⁹⁰ Ek 7 nolu protokol, 2. Madde: "1. Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir.

2. Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle önem derecesi düşük suçlar bakımından ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatini müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkumiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir." Hükmünü içermektedir.

⁹¹ Anayasa Mahkemesi, E 2016/29 K 2016/134 11.02.2016;

⁹² AİHM, Ashingdane/Birleşik Krallık, B.No: 8225/78, 28.5.1985, § 57; AİHM; Bellet/Fransa, B.No: 23805/94, 4.12.1995, § 36);

⁹³ Peter D. Marshall, A Comparative Analysis of the Right to Appeal, Duke Journal of Comparative and International Law, s.3, www.scholarship.law.duke.edu 17.05.2018. Erişim Tarihi: 03 Ocak 2022.

⁹⁴ Naci Şensoy, "İstinaf" (1946) C:12 S:4, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

mahkemenin bulunması da, ülkedeki içtihat birliğini sağlama ve teminat olma noktasında, önemli bir kazanım olarak kabul edilmiştir.⁹⁵

Bir hukuk sisteminde, ikinci derece yargılama yapan istinaf sisteminin bulunmaması, AİHM tarafından, sözleşmeye aykırı olarak değerlendirilmemiştir. Bir ülkede, bir şekilde üst kanun yollarına başvuru imkânı getirilmiş ise, kural olarak, bu yolun, hukuken kabul edilebilir olduğu ifade edilmiştir.⁹⁶

Üst kanun yollarına başvurma hakkı, Anayasamızda ve AİHS’de doğrudan yer almamış, ilk olarak, 16.12.1966’da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve 23.3.1976’da yürürlüğe giren ve Türkiye’nin de 2003 yılında imzaladığı Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 14/5. maddesi kapsamında, “Bir suçtan mahkûm edilen herkes, mahkûmiyet kararının ve verilen cezanın kanun uyarınca daha yüksek bir yargı yeri tarafından incelenmesi hakkına sahip olacaktır.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu hak, AİHS açısından da, 1984 tarihinde imzaya açılan Ek 7 nolu protokolün ikinci maddesi gereğince tanınmıştır.⁹⁷

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, hangi kanun yolunun belirleneceği konusunda, sözleşmeciler devletlere takdir hakkı tanımış, buna göre, birden fazla kanun yolu belirlenmesi zorunluluğu öngörmemiş, fakat söz konusu kanun yolu denetiminin etkili olması gerekliliği, bir yükümlülük olarak sözleşmeciler devletlere yüklenmiştir.⁹⁸

Bu kapsamda, kanun yoluna başvurma imkânı, bireyler açısından ve yargılama hukuku bakımından bir hak olarak kabul edilmektedir. Mahkemelerin tayin ettiği hükme karşı bu hakkın tanınmaması durumunda, Anayasanın 36. maddesi kapsamında hak arama özgürlüğünün ve en genel anlamda AİHS kapsamında, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır.⁹⁹

1058.; Kubilay İnan, Ceza Yargılamasında Yasa Yolları (Seçkin 2006) 90.; Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri II. Uluslararası Sistemler, (Legal 2010) 113.; Cassandra Burke Robertson, The Right to Appeal, North Carolina Law Review, Volume 91, Number 4, UNC Faculty Publications, North Carolina, 2013, s.1225 <http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4613&context=nclr> Erişim Tarihi: 12.01.2022.

⁹⁵ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu (n 12) 1683.

⁹⁶ Kunter (n 7) 1043.

⁹⁷ Neslihan Can, “Adil Yargılanma Hakkı Işığında Denetim Muhakemesine Başvuru Hakkı” (Aralık 2018) C: 24 S: 2 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 766, 768.

⁹⁸ Sarah Joseph and Melissa Caston, The International Covenant on Civil and Political Rights Cases, Materials and Commentary, (3. Baskı, Oxford University Press, 2013) s. 507.; Can (n 97) 769.

⁹⁹ Karen Reid, A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights, Sweet&Maxwell and Thomson Reuters, (4. Baskı, 2011) 126.; Dovydas Vitkauskas and Grigoriy Dikov, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının



AYM’de, kanun yoluna başvurmayı bir hak olarak değerlendikten sonra, üst mahkeme tarafından, kesin bir karar verilmesinin, hâkim bağımsızlığına aykırı olmadığına karar vermek suretiyle, üst kanun yollarına yapılan başvuru sonucundaki kararların bağlayıcı olduğunu vurgulamıştır.¹⁰⁰

Bireylere, sınırsız bir şekilde hak arama özgürlüğünün tanınmasının gerekip gerekmediği uzun yıllar tartışılmıştır. Bu hakkın sınırsız tanınması durumunda, yargılamaları uzayacağı ve çıkmaza gireceği belirtilmektedir. Bu çerçevede, önemli olan, işlevselliği artırılmış, etkin ve adil yargılanma ilkeleri ile donatılmış kanun yollarının öngörülmesidir. Buna göre, bir sistemde, salt, birden fazla kanun yolunun bulunması hususu, sözleşmelerde veya anayasalarda bir güvence olarak görülmemektedir.¹⁰¹

Ülkemizde, istinafin bulunmadığı dönemlerde, Yargıtayın, hukuki denetimle birlikte, bölge adliye mahkemesi gibi vaka denetimi yapması, bir içtihat mahkemesi vasfından uzaklaşması ve işlerdeki birikme nedeniyle yargılamaların uzun sürmesi gibi nedenlerle, bölge adliye mahkemelerinin kurulması zorunluluğu doğmuştur. Kurulduğu tarihten sonra verilen hükümlerin de, öncelikle istinafa tabi olduğu kuralı getirilmiştir¹⁰²

İstinaf mahkemelerinin, sadece, 20/07/2016 tarihinden sonra verilen hükümleri incelemesi, bu tarihten önce verilen hükümlerin incelemesinin ise, salt Yargıtay tarafından yerine getirilecek olması hususunun, âdil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olmadığı belirtilmiş, AİHS’nin ek 7 nolu protokolünün 2. maddesine ilişkin raporda, kanun yolu denetimi ile ilgili usul ve esasların, sözleşmecî devletlerin iç hukukuna bırakıldığı değerlendirilmiştir.¹⁰³ Bu kapsamda, hangi yasa yoluna başvurulacağı hususu, etkin bir yasa yolu olmak kaydıyla, sözleşmecî ülkelerin iç hukukuna bırakıldığı için, AİHM’e göre, bu durumun, sözleşmeye aykırı olmadığı belirtilmiştir.¹⁰⁴ Ülkemizde de öngörülen

Korunması Çeviren: Serkan Cengiz, Avrupa Konseyi, (2. Baskı Nisan 2018) s. 28.

¹⁰⁰ AYM, 18.02.1971; 1970/31; 1971/21 E.K.

¹⁰¹ Turhan Tufan Yüce, Türk ve Alman Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları (Ötügen 1967) 13.; Nevzat Toroslu, “Ceza Yargılamasında Çabuklaştırma Sorunu” (Ağustos, 1996) Yeni Türkiye Dergisi Yargı Reformu Özel Sayısı 613.; Hakan Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku II (Nisan 2015) 160.; Soyaslan (n 33) 519.; İtişgen (n 9) 375.

¹⁰² Erdem, Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf (n 7) 20.; Taner (n 8) 35.; İtişgen (n 9) 376.

¹⁰³ Kaymaz (n 3) 110.

¹⁰⁴ Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, pg.17-18. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c96fdt>. (Erişim Tarihi: 10/01/2022); Papon/Fransa, Başvuru No.54210/00, 25 Temmuz 2002, pg.101-106; Krombach/Fransa, Başvuru No. 29731/96, 13 Şubat 2001, pg.96-100 Erişim Tarihi: 10.01.2022

temyiz hakkının kapsamı ve niteliği dikkate alınarak, belirtilen tarihten önceki hükümler açısından istinaf kanun yolunun öngörülmemiş olması, adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde görülmemiştir. Çünkü adil yargılanma hakkı, iki dereceli yargılanma hakkını teminat altına almamaktadır.¹⁰⁵

AİHS, sözleşmeye taraf devletlerin, zorunlu olarak istinaf kanun yolunu düzenlemesini öngörmemiş iken sözleşmeye Ek 7 nolu protokolün 2. maddesi, hakkında mahkûmiyet hükmü verilen sanığın, söz konusu ceza hükmünü, üst dereceli bir mahkemeye incelettirme hakkı bulunmaktadır, hükmünü içermesi nedeniyle, bazı yazarlar, burada bahsedilen üst dereceli mahkemenin bölge adliye mahkemesi olduğunu iddia ederken¹⁰⁶, bazı yazarlar, burada kastedilenin, herhangi bir üst dereceli mahkeme olduğunu belirtmişlerdir.¹⁰⁷ Kanaatimizce, ilgili madde, herhangi bir üst kanun yolu düzenlemesinin yeterli olduğuna vurgu yapmıştır.

Kanun yoluna başvuru hakkı tek başına bir işlev yerine getiremeyecektir. Bu hakkın kullanılması ve üst dereceli kanun yolunda yapılan yargılama sırasında, etkili başvuru hakkı, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkına ilişkin teminatların uygulanması gerektiği hususunda kuşku bulunmamaktadır. Buna göre;

1- Öngörülen kanun yolu, ulaşılabilir ve zahmetsiz olarak tasarlanmalıdır. Söz konusu kanun yolu, bireyleri, bu yola başvurmadan alıkoyacak şekilde zorlaştırıcı unsurlar taşıyorsa, bu durum, hak ihlali olarak değerlendirilebilecektir.¹⁰⁸

2- Sanığın dinlenilme hakkı ve bu şekilde savunma hakkının korunması ilkesi, üst kanun yolunda yapılacak yargılamada da geçerli olacaktır.¹⁰⁹ CMK'nın mülga 281/1. maddesinde, "Tutuksuz sanığa yapılacak çağrıda kendi başvurusu üzerine açılacak davanın duruşmasına gelmediğinde davasının reddedileceği ayrıca bildirilir" hükmü, AYM tarafından, Anayasanın 36. maddesine aykırılık nedeniyle AİHS'ye atıf yapılarak iptal edilmiştir.¹¹⁰ Teoride de, iptal edilen söz konusu düzenlemenin, amacı, maddi gerçeği bulma hedefi taşıyan ceza

¹⁰⁵ Kaymaz (n 3) 111.

¹⁰⁶ A. Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Turhan 2013) 312.

¹⁰⁷ Gökcan (n 12) 424., İtişgen (n 9) 376.; Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu (n 12) 1322.; Kaymaz (n 3). 107.

¹⁰⁸ İlyas Doğan, İnsan Hakları Hukuku (2. Baskı Astana 2015) 550.; Can (n 97) 772.

¹⁰⁹ Yılmaz Aliefendioğlu, Bağımsız ve Yansız Yargılanma (Adil Yargılanma Hakkı) Türkiye'de İnsan Hakları Hazırlayan: Oya Çiftçi, (TODAİE 2000) s. 127.

¹¹⁰ AİHM, Neziraj/Almanya N: 30804/07.; Mustafa Ruhan Erdem, "AİHM'in Neziraj Kararı Işığında Sanığın İstinaf Duruşmasında Bulunmaması Nedeniyle İstinaf İsteminin Reddi" (Ekim 2014) C: 6, S. 259 Fasikül Hukuk Dergisi, 7, 8.



yargılaması ilkelerine aykırı olduğu ifade edilmiştir.¹¹¹ AYM’de, kanun yoluna başvurmanın, anayasal bir hak olduğunu, sanık veya müdafinin duruşmada bulunmaması nedeniyle istinaf başvurusunun reddedilmesinin, adil yargılanma hakkının ihlali olduğunu değerlendirmiştir.

3- Gerekçeli karar verilmesi de, sanıkların adil yargılanmasının temel öğelerinden biri olarak görülmektedir. Buna göre, hükme dayanak olan gerekçenin yeterli olması, eylemin ve suçun fail tarafından işlendiğini gösteren olguların ve hukuka uygun olarak elde edilen delillerin karar yerinde tartışılması zorunludur.¹¹²

4- Silahların eşitliği ilkesi, savunma hakkının korunması, kişilere hukuki yardımdan yararlanma hakkının sunulması, aleni yargılama hakkı ve makul sürede yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkının diğer unsurları olarak görülmüştür.¹¹³

AİHS’nin 7 No’lu ek protokolün 2/2. maddesi kapsamında, kanunla belirlenen hafif suçlarda, üst kanun yoluna başvuru olanağının bulunmaması hususu, bir hak ihlali olarak kabul edilmemiştir, hangi suçların hafif olacağı ise, sözleşmecî devletlerin iç hukukuna bırakılmıştır.¹¹⁴

Belli cezalar ve hükümler açısından, kararın, bölge adliye mahkemelerinde kesinleşmesi öngörülür iken, belli cezalar açısından, istinaf kanun yolundan sonra temyiz kanun yolu olanağının tanınması, hak arama hürriyeti açısından tartışılmaya değerdir.

¹¹¹ İlgili ceza yargılaması ilkeleri açısından bkz. AYM, E 2017/49 K 2017/113 14.6.2017. “Ceza yargılamasının asıl amacı maddi gerçeğe ulaşılmasıdır. Maddi gerçeğe ulaşılabilmesinin önemli şartlarından birini de adil ve etkin bir şekilde yürütülen ceza kovuşturması oluşturmaktadır. Ceza yargılamasında soruşturma ve kovuşturma evreleri bir bütün olup adil yargılanma hakkı, soruşturma evresinde olduğu gibi kovuşturma evresi yönünden de geçerlidir. Bu bağlamda savunma hakkının etkili kullanımı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, dolayısıyla etkin kovuşturma bakımından hayati derecede önemlidir. Bu açıdan da savunma hakkının etkin şekilde kullanılmasına hizmet eden müdafî yardımından yararlanma hakkı maddi gerçeğe ulaşmak amacına da hizmet eder. Başka bir ifade ile sanığın müdafî vasıtasıyla kovuşturma aşamasında kendini savunması, adil bir yargılamaya ve bu yargılama sonucunda verilecek hükmün maddi gerçekle örtüşmesine aracılık eder.” ; Kaymaz (n 3) 118.

¹¹² Uluslararası Af Örgütü, Adil Yargılanma Hakkı Çevirenler: Fadıl Ahmet Tamer ve Erol Kaplan (İletişim 2000) 254.

¹¹³ Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı (2. Baskı Beta 2002) 364.; Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C: 1 (Legal 2004) 68.; Can (n 97) 775, 780.; Gözübüyük/Gölcüklü (n 106) 292-293.

¹¹⁴ Council of Europe, Explanatory Report to the Protocol No.7 to the Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, (Strasbourg, 22.11.1984) 5, Çevrimiçi <https://rm.coe.int/16800c96fd> Erişim Tarihi: 15 Ocak /2022.; Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu (n 12) 1225.

SONUÇ

İstinaf mahkemelerinin Türk yargı sistemine dâhil edilmesiyle birlikte, yargılamaların daha hızlı bir şekilde karara bağlandığı müşahade edilmiştir. Hızlı bir yargılamanın gerçekleşmesinde, bu mahkemelerden verilen kararların büyük bir bölümünün kesin nitelikte olmasının payı büyüktür.

Ülkemizde faaliyet gösteren on beş bölge adliye mahkemesinin kararları arasında farklılık olması, olası bir durum olarak görülmektedir. Buna göre, Yargıtay denetiminden geçmeyen bir suç açısından, farklı bölgelerde, farklı şekilde kararlar çıkması mümkündür. Bu kapsamda, aynı olay ile ilgili olarak, bir bölgede, mahkûmiyet yönlü kararlar çıkabilecekken, diğer bölgede, aynı olayın beraat kararı ile sonuçlanması mümkün olabilecektir. Bu durum, anayasanın eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edebileceği gibi adalete olan güveni zedeleyerek hukuk sisteminde bir kargaşa oluşmasına da yol açacaktır.

İçtihat farklılığını gidermek için tek yol bütün kararların temyiz kanun yoluna tabi olması değildir. Bu çerçevede, Yargıtayın sadece içtihat mahkemesi olmasının sağlanması, bölge adliye mahkemeleri arasındaki veya bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay arasındaki koordinasyonu sağlayacak yasal mekanizmaların kurulması veya mevcut mekanizmaların daha işler hale getirilmesi ile birlikte içtihat birliğinin sağlanması mümkün olabilecektir.

Ülkemizde, suçun niteliğinden öteye, ilk derece mahkemesinde verilen ceza miktarına, söz konusu cezanın kanundaki üst sınırına veya kanunda, suçun temyize tabi olduğunun yazılıp yazılmadığına göre, kesinlik sınırı belirlendiğinden, alınan ceza miktarındaki farklılığa göre, aynı olay nedeniyle, bir yerde, temyiz yolu kapalı iken, diğer yerde, temyiz yolu açık olacaktır. Bunun sonucunda da, bir olayda, temyiz denetimi gerçekleşmeyecek, diğer bir olayda, bu denetim yapılabilecektir ve bu denetim sonucunda da, hukuksal açıdan farklı bakış açılarının doğduğu görülecektir.

Her ne kadar Anayasa, AİHS ve AİHS'nin 7 numaralı ek protokolünde, hangi hukuk yolunun benimseneceği konusunda, ilgili devletlere bir yükümlülük yüklenmemiş ise de, bazı kararlar açısından iki dereceli, bazı kararlar açısından ise üç dereceli bir sistem benimsenmiş olması, kanaatimizce, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Yargıtayın, temyiz denetimi yaparken, sadece hukuki denetim yapması gerekirken, fiili olarak, hem hukuki hem de vaka denetimi yapması nedeniyle, kararı, bölge adliye mahkemesinde kesinleşen taraf açısından, Yargıtay denetiminin öngörülmemiş olması, taraflar arasında farklı uygulamaların ortaya çıkmasına neden olacaktır.

İstinaf mahkemesinde kesinleşen kararlarda öngörülen ceza miktarları, yaptırımların üst sınırları ve suçların niteliği dikkate alındığında, bu suçların ve yaptırımlarının hafif nitelikte olmadığı, önemsiz kabul edilemeyeceği ve



Yargıtayın fiilen vaka denetimi de yaptığı dikkate alındığında, kararların salt istinafta kesinleşmesi hususu, uluslararası belgelerin koruduğu değerler bakımından, sakıncalar oluşturmaktadır.

CMK'nın 286/3. maddesinde veya özel bazı kanunlarda; tayin edilen hükmün niteliği, sonuç ceza, ve kanunlardaki cezanın üst sınırına bakılmaksızın, maddede belirtilen suçlar nedeniyle verilen bütün hükümlerin temyize tabi olması şeklindeki düzenlemeler dikkate alındığında ve diğer suç ve cezaların Kanunun 286/2. maddesi çerçevesinde kapsam dışı bırakıldığı gözetildiğinde, Yargıtay yolu öngörülmeleyen hükümler açısından eşitlik ilkesi ve hak arama özgürlüğü ile ilgili olarak şüpheler oluşacağı muhakkaktır.

Bu kapsamda, ceza yargılamasında, bölge adliye mahkemelerinden verilen bozma kararları hariç olmak üzere diğer bütün kararların temyiz kanun yoluna da tabi tutulması, temyiz ve istinaf yoluna ilişkin sınırların kanunla kesin olarak belirlenmesi, bölge adliye mahkemelerinin maddi ve hukuki denetim yapmasının sağlanması, Yargıtayın, sadece hukuki denetim yapan içtihat mahkemesi olması özelliğinin geliştirilmesi, sistemdeki kargaşaları önlemek için önem taşımaktadır.

İstinaf mahkemelerinde ve Yargıtayda görev yapan hâkim ve savcılarının donanımlarının artırılması, istikrarlı ve isabetli kararların verilmesi açısından, Yargıtayda görev yapan üyeler ile bölge adliye mahkemesinde görev yapan Daire başkanı ve üyelerin, belli bir eğitimden ve sınavdan geçirildikten sonra seçilmelerinin sağlanması, Yargıtayda görev yapan tetkik hâkimleri için asgari 5 yıl kıdemli olması şartının getirilmesi ve bölge adliye mahkemesinde görev yapmak için belli bir süre Yargıtayda görev yapmış olma şartının aranması gibi hususlar kurumsal alt yapının geliştirilmesini sağlayacaktır.

Sonuç olarak, bireylerin ulaşabileceği etkin kanun yollarının sağlanması ve bu şekilde adalete olan inancın geliştirilmesi, hukuk sistemimizin gelişmesine önemli katkılar sağlamış olacaktır.

KAYNAKÇA

Aliefendioğlu Y, Bağımsız ve Yansız Yargılanma (Adil Yargılanma Hakkı) Türkiye'de İnsan Hakları, Hazırlayan: Oya Çiftçi (TODAİE 2000).

Armağan S, Temel Haklar ve Ödevler (Fakülteler 1980).

Artuç M, "Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisi Kapsamındaki Kararlar" (Haziran, 2021) Yıl: 9 S. 17 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 69-92.

Artuç M ve Elmas M. T, Ceza Muhakemesinde Duruşma Yönetimi ve Yasa Yolları (3. Baskı, Adalet 2019)

Atagün Ö. F, “Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi” (2019) 1, 10. <https://www.omeratagun.com/files/UK%20Supreme%20Court.pdf>, Erişim Tarihi: 02 Ocak 2022.

Atar Y, Türk Anayasa Hukuku, (5. Baskı 2009).

Balcı F ve Öztürk S, Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz (Adalet 2020).

Bayraktar K, “Ceza Yargılamasında İstinaf Kanun Yolu”, (TBB Yayınları 7-8 Mart 2003) N: 52 İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı 177.

Birtek F, Ceza Muhakemesinde İstinaf (Adalet 2019).

Can N, “Adil Yargılanma Hakkı Işığında Denetim Muhakemesine Başvuru Hakkı” (Aralık 2018) C: 24 S: 2, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 766-783.

Cebre A, “Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı” (2011) Y:2 C:1 S. 5, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 373-396.

Centel N, “Adil Yargılanma İlkesi ve Türk Hukukundaki Bazı Sorunlar” C. 16 S. 1-2 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2-14.

Centel N ve Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku (Deta Yayınevi 2021).

Çınar A. R, Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf (Adalet 2010).

Çınar A.R, Ceza Yargılamasında İstinaf Yolu, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, (2009).

Develioğlu F, Osmanlı-Türkçe Ansiklopedik Lügat, (15. Baskı Aydın 1998).

Doğan İ, İnsan Hakları Hukuku, (2. Baskı Astana 2015)

Doğan K, “Ceza Muhakemesinde Hüküm” (2008) C:3 S:7 Ceza Hukuku Dergisi 171.

Erem F, “Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku” (1977) C: 34 S:1 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-9.

Erdem M. R, Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf (Seçkin 2010).

Erdem M. R, “AİHM’in Neziraj Kararı Işığında Sanığın İstinaf Duruşmasında Bulunmaması Nedeniyle İstinaf İsteminin Reddi” (Ekim 2014) C: 6, S. 259 Fasikül Hukuk Dergisi, 1-15.

Fendoğlu H. T, Anayasa Hukuku, (Yetkin 2015)

Gemalmaz S, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri II. Uluslararası Sistemler, (Legal 2010) Hollanda Yargı Konseyi, İsveç Ulusal Mahkemeler İdaresi (Mart 2007).



Gökcan H. T, “İstinaf Yasa Yolunda İspat ve Delilleri Değerlendirme Esasları” (Temmuz 2013) Yıl: 3 S. 10 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 421-454.

Gözübüyük Ş, Anayasa Hukuku (17. Baskı Turhan 2010)

Gözübüyük Ş ve Gölcüklü F, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Turhan 2013)

Hale L, President of Supreme Court Devolution and The Supreme Court Speech <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-180614.pdf> Devolution and the Supreme Court Erişim Tarihi: 10 Ocak 2022.

Hakeri H, “Amerikan Ceza Hukukuna Genel Bir Bakış” (Aralık 2008) C. 3, S:8 Ceza Hukuku Dergisi 5-27.

İnan K, Ceza Yargılamasında Yasa Yolları (Seçkin 2006).

İnceoğlu S, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı (2. Baskı Beta 2002) 364.; Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları C: 1 (Legal 2004).

İtişgen R, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf”, (2014) Yıl:5 S:16 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 373-404.

Jean J.P, “Introduction” (22 Février 2017) Rapport de la commission de réflexion, 19 (<https://www.courdecassation.fr/IMG/03.%20Réforme%20de%20la%20Cour%20-%20Rapport%20de%20la%20Commission%20de%20réflexion%20&%20annexes.pdf>) Erişim Tarihi: 29 Ocak 2022.

Joseph S and Caston M, The International Covenant on Civil and Political Rights Cases, Materials and Commentary, (3. Baskı, Oxford University Press, 2013).

Kaboğlu İ. Ö, Özgürlükler Hukuku (4. Baskı Afa 1998).

Karakehya H, Ceza Muhakemesi Hukuku II (Nisan 2015).

Kaymaz S, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, (2016) C: LXXIV S. 1 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 107-121.

King E and Hawley J, çeviren: Lütem İ, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi” (1959) C:16 S:1 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/633464> Erişim Tarihi: 12 Ocak 2022.

Konuralp H ve Hanağası E, “Fransız Hukukunda İptal Amaçlı İstinaf Yolu” (2007) S:1 Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi (MİHDER) 1795-1818.

- Kuru B, Arslan R ve Yılmaz E, Medeni Usul Hukuku (Yetkin 2009).
- Kunter N, Muhakeme Hukuk Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (Beta 1989).
- Kunter N, Yenisey F ve Nuhoğlu A, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (Beta 2010).
- Marin J. C., “Allocution du Procureur Général Jean Claude-Marin”(11 Janvier 2016) La semaine juridique-édition générale supplément au N:1-2.
- Marshall P, D, A Comparative Analysis of the Right to Appeal, Duke Journal of Comparative and International Law, s.3, www.scholarship.law.duke.edu 17.05.2018. Erişim Tarihi: 03 Ocak 2022.
- Mole N and Harby C, Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Kitapçıkları, (Almanya Ekim 2001) N: 3.
- Örücü E, “Karşılaştırmalı Hukukçu Gözüyle İskoç Hukuk Sistemi” (1990) C: 15 S: 18, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 71, 76., <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/259926> Erişim Tarihi: 15 Ocak 2022.
- Özbek V. Ö, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Seçkin 2006).
- Özbek V. Ö, Kanbur M.N, Doğan K, Bacaksız P ve Tepe İ, Ceza Muhakemesi Hukuku (Seçkin 2014).
- Özen M, “Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf” (2016) S:65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2331-2388.
- Öztürk B, Tezcan D, Erdem M. R, Sırma Gezer Ö, Saygılar Kırıt Y. F, Özaydın Ö, Alan Akcan E ve Tütüncü E.E, Ceza Muhakemesi Hukuku (15. Baskı Seçkin 2021).
- Reid K, A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights, Sweet&Maxwell and Thomson Reuters, (4. Baskı 2011).
- Robertson C. B, The Right to Appeal, North Carolina Law Review, Volume 91, Number 4, UNC Faculty Publications, North Carolina, 2013, s.1225 <http://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4613&context=nclr> Erişim Tarihi: 12.01.2022.
- Roxin C, “Strafverfanrenrecht”, Münschen, (1987)
- Selçuk S, “Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılamaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri” (2013) C:19, S. 2 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergileri 319-361.



Schmallegger F, “Criminal Justice Today” (2005) An Introductory Text for the 21 st Century: (8 th Edition). New Jersey: Pearson Education.

Soyaslan D, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Yetkin 2006).

Şensoy N, “İstinaf” (1946) C:12 S:4, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1058-1070.

Taner M. T, Ceza Muhakemeleri Usulü (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1955).

Toroslu N, “Ceza Yargılamasında Çabuklaştırma Sorunu” (Ağustos, 1996) Yeni Türkiye Dergisi Yargı Reformu Özel Sayısı 613-620.

Sarıgül A. T, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf (Türkiye Barolar Birliği 2012).

Surlu M. H, “İstinaf Usulünün Mevcut ve Öngörülen Sistem Açısından Karşılaştırılması ve Muhtemel Sorunlar” Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması Konferansı (Adalet Bakanlığı Yayını 2007).

Şahin C ve Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku II (5. Baskı Seçkin 2012).

Toroslu N ve Fezyioğlu M, Ceza Muhakemesi Hukuku (Savaş 2015).

Tosun Ö, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Muhakemenin Yürüyüşü (Sulhi Garan 1973)

Turan H, “Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesindeki Yeri ve Önemi” (2009) S: 84 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 213-230.

Uluslararası Af Örgütü, Adil Yargılanma Hakkı Çevirenler: Ahmet Tamer F ve Kaplan E (İletişim 2000).

Ünsal C, Ceza Muhakemesinde İstinaf (2. Baskı Seçkin 2016).

Ünver Y ve Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku (13. Baskı Adalet 2017).

Vitkauskas D and Dikov G, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması Çeviren: Cengiz S, Avrupa Konseyi (2. Baskı Nisan 2018).

www.uyap.gov.tr

Yenisey F, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabul Sorunu (Fakülteler Matbaası 1979).

Yenisey F, “Temyizin Genişletilmesi Sorunu” (1986-1987) C:52, S:1-4 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’e Armağan. 1-10.

Yıldırım K, Hukuk Devletinin Gereği İstinaf (Nesil 2000).

Yılmaz E, İstinaf (Yetkin 2005).

Yurtcan E, Ceza Yargılaması Hukuku (Beta 2007).

Yüce T.T, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları (Erzurum 1968).

Yüce T. T, Türk ve Alman Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları (Ötüken 1967).



KENTSEL DÖNÜŞÜM KAPSAMINDA AFET RİSKİ ALTINDAKİ YAPILARIN TESPİTİ VE TESPİTE İTİRAZ

*The Detection of Structures under Disaster Risk within the
Scope of Urban Transformation and the Objection to the Detection*

Nijat AMIRASLANLI*

Özet

Riskli yapıların kapsamı ve nasıl tespit edileceğine dair hususlar, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Buna rağmen Kanun'da net olmayan birçok ifadeye yer verildiğinden bazı kavramlardan ne anlaşılması gerektiği muğlaktır. Bu durum ise uygulamada zorlukların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bu nedenle çalışma kapsamında, riskli yapılar ve onların tespit edilmesine ilişkin Kanun'da ve Uygulama Yönetmeliği'nde yer alan düzenlemeler ele alınmış ve doktrindeki mevcut görüşlerle birlikte değerlendirilmiştir.

Çalışmamızda öncelikle riskli yapı kavramının tanımı ve unsurları incelenmiştir. Daha sonra ise riskli yapı tespitine ilişkin hususlar; tespiti yaptırmaya yetkili olanlar, tespit yapmaya yetkili kuruluşlar, tespit masrafları, tespite dair rapor tanzimi ele alınmıştır. Son olarak ise yapılan tespite karşı itiraz ve iptal davasına ilişkin hususlara yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kentsel Dönüşüm, Afet Riski, Riskli Yapı, 6306 sayılı Kanun.

Abstract

Law № 6306 on Transformation of Areas under Disaster Risk regulates the scope of risky structures and how to detect them. However, it is unclear what should be understood from some concepts since the Law stipulates many uncertain expressions. This situation paves the way for challenges in practice. To this end, this study discusses the norms in the Law and Implementing Regulation regarding risky structures and their detection and evaluates them together with existing views in doctrine.

Within the scope of this study, firstly, the definition and the elements of the concept of risky structures are analyzed. Subsequently, the issues related to risky structure detection; those who are authorized to apply, licensed institutions authorized to make the detection, the costs of the detection, issuing of the report on the detection are examined. Finally, the issues regarding the objection and annulment action against the detection are placed.

Key Words: Urban Transformation, Disaster Risk, Risky Structure, Law № 6306.

GİRİŞ

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 02.02.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 21.12.2022

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü, Yüksek Lisans Öğrencisi, amiraslanlin@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-6273-438X>



%42'si birinci derece deprem kuşağında yer alan ülkemizde¹ mevcut yapıların büyük bir kısmının olası afetlere karşı dayanıksız oldukları ve orta şiddetteki bir depremde bile ağır derecede hasar gördükleri bilinmektedir². Bu nedenle herhangi bir afet olayına karşı risk içeren mevcut yapıların, riski ortadan kaldıracak şekilde gözden geçirilmesi; yeni inşa edilecek olan yapıların ise afetlere karşı dayanıklılığının temin edilmesi adına afet riskine karşı denetimden geçmek suretiyle ruhsatlandırılması gerekmektedir. Bu doğrultuda ihdas edilen birçok düzenlemenin afet sonrası ortaya çıkan zararları gidermeye yönelik olduğu gözlemlenmektedir. Fakat doğal afetler sonucunda ortaya çıkan can ve mal kayıplarının giderilmesinden ziyade, henüz afet gerçekleşmeden mevcut riskin sebep olabileceği zararların ortaya çıkmasını önleyecek veya azaltacak düzenlemeler ve bu düzenlemelere bağlı uygulamalar önem arz etmektedir.

Bu amaç ve ihtiyaçlar doğrultusunda, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun³ (6306 sayılı Kanun) ve bu kanunun uygulanmasını sağlamak üzere, 6306 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği⁴ (Yönetmelik) ihdas edilmiştir. Bu mevzuat, riskli yapı ve riskli alanları afetlere karşı hazır duruma getirmek adına önleyici düzenlemeler içermekte ve günümüz kentsel dönüşüm uygulamalarına zemin oluşturmaktadır⁵. Nitekim kanunun gerekçesinde de tasarının, afet meydana geldikten sonra “yara sarma” değil de, “yara almama” anlayışına dayanmakta olduğu ifade edilmiştir⁶. Dolayısıyla, herhangi bir afet gerçekleşmeden önce riskli yapıların tespit edilerek kentsel dönüşüm uygulamalarına tabi tutulmasının, muhtemel can ve mal kayıplarını büyük ölçüde azaltacağı ifade edilebilir. Bu sürecin ilk aşamasını riskli yapıların, riskli alanların ve rezerv yapı alanlarının tespit edilmesi oluştursa da, bu çalışmanın kapsamı riskli yapıların tespiti ile sınırlandırılmıştır.

6306 sayılı Kanun'da ve Yönetmelik'te riskli yapıların tespit edilmesine ilişkin temel hususlara yer verilse de, kanunda ve yönetmelikte yer alan düzenlemelerin birbirinden farklı yorumlanmasına sebep olan çelişkili veya muğlak ifadeler açıklanmaya muhtaçtır. Bu nedenle çalışmamızda, öncelikle

¹ Türkiye Deprem Tehlike Haritası, <<https://www.afad.gov.tr/turkiye-deprem-tehlike-haritasi>>, Erişim Tarihi: 04.03.2019.

² TBMM, “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Tasarısı ile Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Raporu”, 4.

³ Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6306, Kabul Tarihi: 16.05.2012, RG 31.05.2012/28309.

⁴ 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, RG 15.12.2012/28498.

⁵ Gül Üstün, Kentsel Dönüşüm Hukuku (On İki Levha 2014) 128; Hüseyin Melih Çakır ve Barış Ülker, “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapılarda Pay (Hisse) Satışı”, (2021) 27(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1066, 1067.

⁶ TBMM, “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Tasarısı ile Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Raporu”, 5.

riskli yapı kavramına yer verilmiş, kanunda yer alan tanımdan ne anlaşılması gerektiği ve riskli yapıların kapsamı açıklanmıştır. Devamında ise, riskli yapı tespiti yaptırmaya yetkili olanlar, söz konusu tespiti yapma yetkisi bulunan kuruluşlar, tespite ilişkin masraflar, tespit sonucunda tanzim edilmesi gereken riskli yapı raporu ve bu raporda yer alması gereken hususlar ele alınmıştır. Son olarak ise riskli yapı tespitine itirazı olan malikler veya onların kanuni temsilcileri tarafından yapılabilecek olan itiraz veya iptal davasına ilişkin özellik arz eden durumlara yer verilmiştir.

I. RİSKLİ YAPI KAVRAMI

Riskli yapı kavramı, 6306 sayılı Kanun m. 2’de, “riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapı” olarak tanımlanmıştır. Yönetmelik m. 3/1g hükmünde de bu tanıma aynı şekilde yer verilmiştir. Her iki hükümden de anlaşıldığı üzere, herhangi bir yapının “riskli yapı” olarak değerlendirilmesi için, riskli alan sınırları içerisinde olup olmaması hususu önem arz etmemektedir⁷. Bu nedenle kanun koyucu, 6306 sayılı Kanun çerçevesinde riskli yapı olarak nitelendirilip kentsel dönüşüm uygulamalarına tabi tutulabilecek yapıların unsurlarını belirlemiştir.

Hem 6306 sayılı Kanun’da hem de Yönetmelik’te hangi yapıların riskli olarak değerlendirileceği belirtilse de, yapı kavramından ne anlaşılması gerektiğine açıklık getirilmemiştir. Hâlbuki afet riskini önlemek açısından “riskli yapı” kavramı bir bütün olarak ele alınmalıdır. Bu bağlamda “yapı” kavramının tanımlanması önem arz etmektedir. Hem kanunda hem de Yönetmelik’te “yapı” kavramına ilişkin bir tanıma yer verilmediğinden, söz konusu kavramın imar mevzuatı dikkate alınarak tanımlanması gerekir⁸. 3194 sayılı İmar Kanunu⁹ (İK) m. 5’de yer alan tanıma göre “yapı; karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir”. Bu tanımdan hareketle riskli yapıların, ekonomik ömrünü tamamlamış ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen bütün sabit ve müteharrik tesisleri kapsadığı gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır. Fakat Yönetmelik m. 7’den kanun koyucunun riskli yapı kavramından kastının bu olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Söz konusu hükme göre; “Riskli yapı tespiti; kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü, insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yara-

⁷ Emrehan İnal, Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı (On İki Levha 2017) 57; Bu hususta bkz. Danıştay 6. Dairesi, E. 2019/7356, K. 2020/2251 T. 20.02.2020, <<https://www.lexpera.com.tr>>, Erişim Tarihi: 05.10.2022.

⁸ Suat Şimşek, Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Uygulamaları (2. Baskı, Seçkin 2014) 43.

⁹ İmar Kanunu, Kanun Numarası: 3194, Kabul Tarihi: 03.05.1985, RG 09.05.1985/18749.



yan yapılar ile hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar hakkında yapılır”. İK m. 5’e bakıldığında aynı tanımın “bina” kavramı için kullanıldığı görülmektedir. Kanun ve Yönetmelik hükümleri karşılaştırıldığında riskli yapı tespitinin sadece riskli binaları kapsadığı anlaşılmaktadır¹⁰.

Buradan “bina” ve “yapı” kavramlarının, aynı anlamda ve birbirinin yerine kullanılabilecek nitelikte olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Zira her iki kavramı incelediğimizde aslında “yapı” kavramının daha geniş bir kavram olmakla birlikte “bina” kavramını da kapsadığı anlaşılmaktadır¹¹. Doktrinde “inşaat tekniğinin kullanılması suretiyle arazinin üstünde veya altında söz konusu araziye tutturulan her şey”in yapı olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹². Başka bir deyişle, her bina aslında birer yapı olsa da, her yapının bir bina olduğu söylenemez. Örneğin; yüzme veya süs havuzları, köprü, istinat duvarları, otoyol, demiryolu, tünel, elektrik direği vs. birer yapı olsa da bina niteliğini haiz değildir¹³. Dolayısıyla 6306 sayılı Kanun’da ve Yönetmelik’te yer alan “yapı” kavramı İK’de kullanılan “bina” kavramına tekabül etmektedir. Kanaatimizce, kanunda “yapı” kavramına ilişkin aksi yönde herhangi bir açıklama yer almadığından riskli yapı tespitinin yalnızca binalarla sınırlı kalacağı söylenebilir¹⁴. Fakat bu görüş doktrinde, kanunda yer almayan sınırlamanın yönetmelikte öngörülmesinin normlar hiyerarşisine aykırı olduğu ve yalnızca binalar hakkında riskli yapı tespiti yapılmasının kanunun amacıyla örtüşmediği gerekçeleriyle eleştirilmiştir¹⁵.

¹⁰ İnal (n 7) 58-59; Ali Rıza İlgezdi, Adım Adım Kentsel Dönüşüm (2. Baskı, Seçkin 2019) 44; Halil Burak Çakır, “Kentsel Dönüşüm Kapsamında Riskli Yapıların Yıkılması ve Yeniden Değerlendirilmesi Sürecinde Meydana Gelen Uyuşmazlıklar” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi 2018) 21.

¹¹ Taner Ayanoglu, Yapı Hukukunun Genel Esasları (Vedat Kitapçılık 2014) 4; Yasin Sezer ve Hüseyin Bilgin, Açıklamalı-İçtihatlı İmar Kanunu Uygulama Rehberi (3. Baskı, Adalet 2021) 475; Onur Kaplan, İdare Hukuku Yönünden Afet Riski Altındaki Alanların Kentsel Dönüşüm Süreci (On İki Levha 2017) 74; Kaan Karaman, “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Kapsamında Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Süreci ve Sürecin Özel Hukuk Alanına Etkileri” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi 2018) 39; İshak Kamil Kisbet, “Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı Tespiti” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Maltepe Üniversitesi, 2022) 23.

¹² Ferruh Yıldız, İmar bilgisi: Planlama - Uygulama - Mevzuat, (12. Baskı, Nobel 2020) 306.

¹³ İnal (n 7) 58; Şimşek (n8) 43.

¹⁴ İnal (n 7) 57-59; Halil Burak Çınar, “Kentsel Dönüşümde Riskli Yapı Kavramı ve Riskli Yapının Unsurları” (2018) 9(6) İstanbul Barosu Dergisi 196, 197; Çakır ve Ülker (n 1) 1073.

¹⁵ Osman Levent Özay ve Feride Demirbaş, “6306 Sayılı Kanun Bakımından Kentsel Dönüşüm Süreci Ve Tapu Sicil İşlemleri Bakımından Değerlendirilmesi” (2017) 8(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 217, 224-225; Sezer ve Bilgin (n11) 383; Didem Akbey Erdidal, Riskli Alan - Riskli Yapı Tespiti ve Hukuki Sonuçları, (Seçkin 2020) 48; Hakan Karadabağ, Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Kentsel Dönüşüm (Legal 2020) 75; Kisbet (n 11) 24.

Mevzuatta herhangi bir binanın riskli yapı olarak nitelendirilmesi için aranan şartlara yer verildiği gibi, riskli yapıların kapsama alanı dışında kalan binalar da belirlenmiştir¹⁶. Şöyle ki, Yönetmelik m. 7/1 uyarınca inşaat halinde olduğu için ikamet edilmeyen yapılar, metrukluk veya herhangi bir sebepten yapı bütünlüğü bozulmuş olan yapılar riskli yapı tespitine konu edilemez. Bu yapılar dışındaki her türlü bina hakkında riskli yapı tespiti yapılabilmektedir. Başka bir ifadeyle, “arsa üzerine çatılı olarak inşa edilmiş her türlü yapı hakkında riskli yapı tespiti yapılması mümkündür”¹⁷.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere riskli yapıların kapsamına üç çeşit yapı türü dâhildir:

1. Ekonomik ömrünü tamamlamış olan yapılar
2. Ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapılar
3. Yıkılma riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapılar

A. Ekonomik Ömrünü Tamamlamış Olan Yapılar

Yapının ekonomik ömrünün ne olduğu hususu göreceli olduğu gibi, aynı zamanda yapımda kullanılan malzemeye, yapının tekniğine, iklim koşullarına, kullanım şekline ve amacına, hatta yapının yapıldığı hava durumu ve mevsime göre değişkenlik gösterebilir¹⁸. Fakat “ekonomik ömür” gibi hukuki olmayan bir terimin neyi ifade ettiğine ne kanunda ne de yönetmelikte açıklık getirilmiştir. Bu yüzden söz konusu kavramın, doktrinde mevcut olan tanımlar açısından kısaca gözden geçirilmesi faydalı olacaktır.

Genel olarak, yapının dayanıklılığını sürdürdüğü süre, yapının “hizmet ömrü” olarak tanımlanır ve fiziksel hizmet ömrü, faydalı (işlevsel) hizmet ömrü ve ekonomik hizmet ömrü olarak sınıflandırılır¹⁹. “Yapıda meydana gelen hasa-

¹⁶ Çakır ve Ülker (n 1) 1073.

¹⁷ Yeşim Beyazkılıç, Kentsel Dönüşümün Özel Hukuk Alanında Getirdiği Sorunlar, (Seçkin 2017) 45; Kisbet (n 11) 26.

¹⁸ Nusret İlker Çolak, “Kentsel Dönüşüm Mevzuatının Hukuksal Değerlendirilmesi”, <<http://www.ilkercolak.com.tr/kentsel-donusum-mevzuatinin-hukuksal-degerlendirmesi/>>, Erişim Tarihi: 02.12.2021; Esin Gürsel, Kentsel Dönüşüm: 6306 Sayılı Kanun Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanlarda Riskli Yapı ve Hukuki Rejimi (Adalet 2018) 139; Mehpere Çaptuğ, İdare Hukuku Açısından Kentsel Dönüşüm (Seçkin 2016) 133; Füsün Ceren Küçük, “6306 Sayılı Kanun ve 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği Kapsamında Riskli Alan, Riskli Yapı ve Rezerv Yapı Alanlarının Değerlendirilmesi” (2018) 2(1) Konya Barosu Dergisi 135, 140; Karaman, (n 11) 38; Kisbet (n 11) 27.

¹⁹ İlknur Bekem, Arzuhan Burcu Gültekin ve Çiğdem Belgin Dikmen, “Yapı Ürünlerinin Hizmet Ömrü Açısından İrdelenmesi; Betonarme örneği”, 5. Uluslararası İleri Teknolojiler Sempozyumu (Karabük 2009) 2.



rın, yapıyı kullanıma elverişsiz hale getirdiği zamana kadar geçen süre yapının fiziksel ömrüdür”²⁰. Yapının fiziksel ömrü ile ekonomik ömrü her zaman doğru orantılı olmayabilir. Şöyle ki, fiziksel ömür ekonomik ömre nispeten daha uzun sürelidir. Çünkü yapı fiziksel olarak mevcutluğunu sürdürse bile demode olduğunda artık ekonomik açıdan fayda sağlamayacaktır. Aynı zamanda yıllar önce inşa edilmesine rağmen, zaman zaman yapılan tadilatların da yardımıyla günümüze kadar ulaşmış ve hâlâ gelir sağlayan Galata Kulesi, İzmir Saat Kulesi, Ankara Kalesi gibi istisnai örnekler de mevcuttur²¹. Ekonomik ömrünü tamamlamış yapılar ise doktrinde; sağlıklı olma vasfını kaybeden yapılar²², doğrudan kullanım imkânı kalmayan veya tamiri mümkün veya ekonomik olmadığı için kullanımında fayda görülmeyen yapılar²³, kendisine biçilen rolü yerine getiremeyen ve işlerliğini yitiren yapı²⁴ vs. şeklinde tanımlanmaktadır.

Anlaşıldığı üzere “ekonomik ömür” geniş bir kavramdır. Bununla birlikte kanunda bu kavramın sınırlarını belirleyecek herhangi bir kısıtlama öngörülmemiştir²⁵. Hem bu durum hem de bir yapının; sosyal, kültürel, tarihi, mimari ve yapısal işlev ve değerleri dikkate alınmadan sadece iktisadi bir kavram olan “ekonomik ömrünü tamamlama” kıstası üzerinden değerlendirilerek riskli bulunması, riskli yapıların kapsamını kanunun amacına aykırı bir şekilde genişletecektir²⁶. Öte yandan kanunun amacı “afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevreleri teşkil etmek” iken, artık kazanç sağlamasa bile dayanıklı ve mal veya can kaybı tehlikesi arz etmeyen yapıların neden dönüşüme tabi tutulması gerektiği tartışmaya açıktır. Fakat kanunun ilgili düzenlemesini dikkate almamak isabetli olmayacağından, kanaatimizce yapının ekonomik ömrünü tamamlaması tespitinde bulunulurken yapının fiziksel ömrünü tamamlayıp tamamladığının da göz önünde bulundurulması daha isabetli olacaktır²⁷.

²⁰ Gürsel Öngören, Kentsel Dönüşüm Hukuku (Öngören Hukuk 2013) 30; Bekem, Gültekin ve Dikmen (n 19) 2.

²¹ Ayça Ebru Celep, Yeniden İnşa veya İmar Sebebiyle Tahliye ve Kentsel Dönüşümde Kiracının Durumu (On İki Levha 2018) 131.

²² Nusret İlker Çolak, “Kentsel Dönüşüm Mevzuatının Hukuksal Değerlendirilmesi”, <<http://www.ilkercolak.com.tr/kentsel-donusum-mevzuatinin-hukuksal-degerlendirmesi/>>, Erişim Tarihi: 02.12.2021.

²³ Kaplan (n 11) 75.

²⁴ Çınar (n 14) 199; Çakır (n 10) 23.

²⁵ Çınar (n 14) 199.

²⁶ İnal (n 7) 60-62; Çınar (n 14) 199; Akbey Erdidal (n 15) 50; Yasemin Yalçın, “Kentsel Dönüşüm Hukukunda Mülkiyet Hakkı Sınırlamaları” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2018) 43; Çaptuğ (n 18) 133; Kisbet (n 11) 28.

²⁷ İnal (n 7) 61-62; Akbey Erdidal (n 15) 51.

B. Ağır Hasar Görme Riski İlimi ve Teknik Verilere Dayanılarak Tespit Edilen Yapılar

Yapının afet tehlikesi karşısında ağır hasar görme riski; yapının hangi sınıfa ait olduğu (örneğin; betonarme, yığma, ahşap, çelik), bulunduğu yerin fiziksel özellikleri, söz konusu bölgede gerçekleşebilecek afetler vs. gibi hususlar dikkate alınarak belirlenir²⁸. Örneğin, Türkiye’de yaygın olan betonarme yapılar; çelik ve betonun kaymayacak şekilde birleştirilmesiyle oluşan malzemeden inşa edilir, taşıyıcı sistemi ise kolon ve kirişlerden oluşur²⁹. “Betonarme yapıların taşıyıcı sisteminde ya da yapısal elemanlarında meydana gelen hasar, yapısal hasar oranının yüksek olması ve yük taşıma kapasitesinin neredeyse yitirmek üzere olması halinde ağır hasar olarak adlandırılmaktadır”³⁰.

Yığma (kârgir) yapılar ise daha çok kırsal kesimlerde kerpiç, tuğla, briket, taş gibi malzemelerle inşa edilen yapılardır. Bu tür yapıların taşıyıcı sistemine duvarlar, duvarların temeli ve döşemeler dâhildir³¹. “Bu tür yapılarda deprem anında dış duvarlardan başlayan hasar, etkiyen deprem kuvvetine göre bölme duvarlarını içine alarak ilerler”³². Bu nedenle, bu tür yapılarda hasar değerlendirmesi dış duvarlara göre yapılır ve duvardaki çatlakların genişliği, duvar düzlemlerinin ve duvar köşelerinin durumu dikkate alınır. Örneğin; duvarlarda 1.0-10.0 mm büyüklüğünde çatlakların oluşması az hasar görme olarak değerlendirilirken, 25 mm’yi geçen çatlakların oluşması, aynı zamanda duvarların köşelerden ayrılması veya düşey yükleri taşıyamaz hale gelmesi ise ağır hasar görme olarak değerlendirilmektedir³³. Bu zamana kadar gerçekleşen depremlerde, yığma yapıların %70’e kadarının ağır hasar gördüğü gözlemlenmiştir. Depremleri az hasarlı veya tamamen hasarsız atlatan bu tür yapılar ise %10’dan daha fazla değildir³⁴.

²⁸ İnal (n 7) 60; Çakır (n 10) 22; Ahmet Arif Ellek, “Riskli Yapı Hakkında Karar Alma Usulü ve Usuli Eksikliklerin Kararın Geçerliliğine Etkisi” (2021) 7(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 375, 376.

²⁹ Depremle İlgili Teknik Bilgiler, <<http://www.koeri.boun.edu.tr/sismo/bilgi/depremedir/index.htm#KONU8>>, Erişim Tarihi: 04.03.2019; Bekem, Gültekin ve Dikmen (n 19) 2.

³⁰ Şeyhmus Göker ve Abdülhalim Karaşin, “Depremde Hasar Gören Kırsal Yapılar İçin Bir Yapısal Hasar Değerlendirmesi” (2015) 6(1) Mühendislik Dergisi 31, 33-35.

³¹ Ahmet Budak, Habib Uysal ve Abdulkadir Cüneyt Aydın, “Kırsal Yapıların Deprem Karşısındaki Davranışı”(2004) 35(3-4) Atatürk Üniversitesi Ziraat Fakültesi Dergisi 209; Göker ve Karaşin (n 30) 33.

³² Budak, Uysal ve Aydın (n 31) 210, 212.

³³ Göker ve Karaşin (n 30) 35.

³⁴ Budak, Uysal ve Aydın (n 31) 212.



C. Yıkılma Riski Taşıdığı İlmi ve Teknik Verilere Dayanılarak Tespit Edilen Yapılar

6306 sayılı Kanun'da yıkılma riski taşıyan yapılara ilişkin herhangi bir açıklama bulunmasa da kanunun geneline bakıldığında yapının, yerleştiği alanda gerçekleşmesi mümkün olan doğal afet sonucu yıkılma riski taşımasının mevzu bahis olduğu anlaşılmaktadır³⁵. Herhangi bir yapının yıkılma riski taşıyıp taşımadığı saptanırken dikkate alınan temel faktör, söz konusu yapının taşıyıcı sistemidir. Taşıyıcı sistem; duvar, kolon, çatı ve döşeme gibi yapının temel elemanlarının oluşturduğu sistemi ifade etmektedir. Eğer taşıyıcı sistem yapıyı taşıyamayacak durumdaysa söz konusu yapı, “yıkılacak derecede tehlikeli” olarak değerlendirilecektir.

Danıştay yıkılma riski taşıyan yapıyı, “...esaslı bir onarımla tehlike arz etmeyecek duruma gelebilen aksi takdirde yıkılma tehlikesi altında olduğu anlaşılan yapı” olarak tanımlamıştır³⁶. Yapıyı yıkılacak derecede riskli duruma getiren etkenlere örnek olarak; duvarlarda çatlakların oluşması, duvar içindeki harcın bağlayıcı özelliğini kaybetmesi, taşıyıcı unsurların bakımsızlıktan çürümesi vs. gösterilebilir³⁷.

Yapının yıkılma riskinin objektif olarak belirgin olması, tek başına riskli yapı tespiti için yeterli değildir. Örneğin; binanın yapımının 2000 yılından önceye ait olması, yapımda hazır beton kullanılmaması, tadilat sırasında kolonların kesilmesi veya kolonlardan alınan örnek betonda beton dayanımının C10 veya daha az çıkması, su yalıtımının olmaması, kolon ve kirişlerde çatlak veya paslanma, bodrum katta rutubet gibi emareler, kuvvetle muhtemel binanın riskli olduğuna işaret etmektedir³⁸. Fakat kanun koyucu yapının yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilerle tespit edilmesini gerektiğini hükme bağladığı için, sadece objektif olarak risk belirtileri gösterdiği gerekçesiyle bir yapının dönüşüme tabi tutulması söz konusu değildir³⁹.

II. RİSKLİ YAPI TESPİTİ YAPTIRMAYA YETKİLİ OLANLAR

Yapının riskli olup olmadığının tespiti, kanunun amacının gerçekleştirilmesi açısından ilk aşamayı oluşturmaktadır. 6306 sayılı Kanun'un m. 3/1

³⁵ İnal (n 7) 59.

³⁶ Danıştay 6. Dairesi, E.1992/2066, K.1993/913, T.08.03.1993, <<https://www.lexpera.com.tr>>, Erişim Tarihi: 05.10.2022.

³⁷ Karaman (n 11) 39.

³⁸ İlgezdi (n 10) 44-45; Küçük (n 18) 141; Karaman (n 11) 39.

³⁹ İnal (n 7) 62; Kürşad Yağcı, “Kat Mülkiyetine Tabi Binaların Kentsel Dönüşüm Çerçevesinde Yıkılıp Yeniden Yapıtılmasında Aracak Karar Nisabı”, Tufan Ögüz ve Baki İlkay Engin (eds), Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Eşya Hukuku (On İki Levha 2017) 154; Çakır (n 10) 23; Çınar (n 14) 199.

ve Yönetmelik m. 7/2 hükümleri uyarınca, “riskli yapı tespiti ilk olarak yapı malikleri veya kanuni temsilcileri tarafından masrafları kendilerine ait olmak üzere, Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlara yaptırılır ve sonuç Bakanlığa veya İdareye bildirilir”. Aynı zamanda Yönetmelik m. 7/9 uyarınca, “Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu⁴⁰ kapsamına giren yapılar hakkında da riskli yapı tespiti, yapı maliklerinin talebi üzerine yapılır. Tespitin kesinleşmesinden sonra sonuç ilgili kültür varlıklarını koruma bölge kuruluna bildirilir ve bu kurulun alacağı karara göre uygulama yapılır”.

Yönetmelik m. 7/2a gereğince riskli yapı tespiti talebi, elektronik yazılım sistemi üzerinden yapılır. Eğer başvuru yapı malikinin kanuni temsilcisi tarafından yapılacaksa, yasal şekilde hazırlanmış ve riskli yapı tespiti talebinde bulunma yetkisini içeren vekâletnamenin de ibraz edilmesi gerekmektedir⁴¹. Riskli yapı tespit başvurusunda mimari proje gibi belgeleri ibraz etmek zorunlu değildir. Riskli yapı tespiti yapmaya yetkili olan kuruluşlar, ilgili Tapu Müdürlüğü ve Belediyelerden yapıya ilişkin proje ve belgeleri talep etme hakkına sahiptir⁴². Yapının mülkiyeti ve üzerinde bulunduğu taşınmazın mülkiyetinin farklı kişilerde olduğu durumlarda, tapu belgesi yapının mülkiyetini ispatlamaya yeterli olmayacaktır. Bunun için yapının mülkiyetini de ispatlayan belge ibraz edilmelidir. Örneğin, irtifak hakkı tesis edilerek yapılan bir yapıda irtifak hakkını ispatlayan belgelerin de sunulması gerekmektedir⁴³.

A. Riskli Yapı Tespitinin Yapı Malikleri Tarafından Yaptırılması

Yukarıda da belirtildiği üzere, riskli yapı tespiti yaptırmak öncelikle kendi rızasıyla veya Bakanlığın isteği üzerine yapı malikleri ve kanuni temsilcilerin yetkisindedir⁴⁴. Bu yüzden, malik olmayan kişilerin (örneğin; kiracılar, intifa hakkı veya oturma hakkı sahipleri) böyle bir başvuru hakkı bulunmamaktadır⁴⁵. Fakat yapı maliki kavramına dair 6306 sayılı Kanun’da yer alan bazı hususlar yeteri kadar açık değildir. Özellikle yapının birden fazla malikinin olduğu durumlarda tespit işlemlerinin nasıl ve kim tarafından gerçekleştirileceği hususu muğlaktır. Bu nedenle, yapının birden fazla malikinin bulunduğu her bir durum açısından riskli yapı tespitinin değerlendirilmesinde fayda var.

⁴⁰ Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 2863, Kabul Tarihi: 21.07.1983, RG 21.07.1983/18113.

⁴¹ Ali Güvenç Kiraz, A-dan Z-ye Kentsel Dönüşüm: Kentsel Dönüşüm İle İlgili Pratik Bilgiler ve Dilekçeler (8. Baskı, Beta 2019) 6; Gürsel (n 18) 150.

⁴² Şenol Saltık, Tüm Yönleriyle Kentsel Dönüşüm (4. Baskı, Seçkin 2022) 60.

⁴³ Şimşek (n 8) 47.

⁴⁴ Halit Eyüp Özdemir ve Melih Koç, “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Uygulama Alanlarının Tespitine İlişkin İdari İşlemlere Karşı İtiraz ve İptal Davası Yolu” (2017) 4(2), İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19, 22.

⁴⁵ Karaman (n 11) 40; Kisbet (n 11) 33.

1. Tek Malikli Yapılarda Riskli Yapı Tespiti

Şayet yapı tek bir kişiye ait ise yapı malikini ve yetkilerini belirlemek zor değildir⁴⁶. Şu noktada hatırlatmak gerekir ki Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 718 uyarınca, “malikin faydasında olduğu sürece arazi üzerinde yer alan hava ve arazi altında yer alan toprak katmanları arazi malikinin mülkiyetindedir”. Bu husus taşınmaz mülkiyetinin dikey kapsamını oluşturmaktadır. Başka bir deyişle “üst toprağa tabidir” prensipine göre, arazinin maliki olduğu için arazi üzerindeki yapının da maliki olan kişi riskli yapı tespiti yaptırmak için yetkili kişidir⁴⁷. Mülkiyetin dikey kapsamına ilişkin tek istisna, TMK m. 726 ile düzenlenen “üst hakkı”dır⁴⁸. Buna göre, bir arazide üst hakkına sahip olan kişi, arazi üzerinde bulunan ve üst hakkının konusunu oluşturan yapının da mülkiyetine sahip olduğu için söz konusu yapıyla ilgili riskli yapı tespitini yaptırmaya yetkisi de üst hakkı sahibine aittir. Ancak yapının bulunduğu arazi veya arsanın maliki yapı maliki olmadığından tespit için başvuru yapmaya yetkili değildir⁴⁹.

2. Paylı Mülkiyette Olan Yapılarda Riskli Yapı Tespiti

TMK’de birlikte mülkiyet “paylı mülkiyet” ve “elbirliği mülkiyeti” olarak ikiye ayrılmaktadır. TMK m. 688 uyarınca, “paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir”. Birden fazla yapı malikinin bulunduğu durumlarda riskli yapı tespiti başvurusu için paydaşların oy çokluğu veya oy birliği ile karara varması gerektiğine dair 6306 sayılı Kanun’da herhangi bir açıklama bulunmadığından paydaşların yönetim yetkilerini belirleyen TMK hükümleri uygulanacaktır. Paydaşların yönetim yetkileri yapılacak işin önemi açısından [zorunlu ve acil yönetim işleri (m. 689), olağan yönetim işleri (m. 690), önemli yönetim işleri (m. 691), olağanüstü yönetim işleri (m. 692)] değişebilmektedir. Bu yüzden burada önemli olan, riskli yapı tespiti işlemlerinin TMK’de öngörülen işlerden hangisine ait olduğunu belirlemektir. Bu hususta doktrinde birbirinden farklı görüşler bulunmaktadır.

⁴⁶ Etem Saba Özmen ve Mehmet Şengül, Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Aynı Haklar ve Şerhler (6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Hükümlerince) (On İki Levha 2018) 17; Ergün Özsunay, 6306 sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler (Vedat Kitapçılık 2015) 13; Ece Karaduman, “Kentsel Dönüşüm Mevzuatı Çerçevesinde İnşaat Sözleşmesi” (Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2021) 46.

⁴⁷ İnal (n 7) 65.

⁴⁸ Bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyeti, irtifak hakkı sahibine ait olur. Bir binanın başlı başına kullanılmaya elverişli bağımsız bölümleri üzerinde kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulması, Kat Mülkiyeti Kanununa tabidir. Bağımsız bölümler üzerinde ayrıca üst hakkı kurulamaz (TMK m. 726).

⁴⁹ Şimşek (n 8) 44; İnal (n 7) 66; Çakır (n 10) 25.

Bir görüş göre⁵⁰, riskli yapı tespiti işlemleri TMK m. 692 uyarınca, olağan kullanımın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerinden olsa da, eşyanın tamamına ilişkin tasarruf söz konusu olduğu için olağanüstü yönetim işlerinden sayılmalıdır. Dolayısıyla riskli yapı tespiti yaptırabilmek için tüm paydaşların oy birliği ile karar alması gerekmektedir.

Diğer bir görüşe göre⁵¹, riskli yapı tespiti ne günlük, sıradan olağan işlerden ne de aşırı zahmet ve masraf gerektiren olağanüstü işlerdendir. Riskli yapı tespiti yaptırılması olağan yönetim sınırlarını aşsa da olağanüstü yönetim seviyesine de ulaşmadığı için önemli yönetim işlerinden sayılarak paydaşların oy çokluğu ile karar verilmesi daha isabetlidir.

Başka bir görüş⁵² ise TMK m. 693/3'e dayanmaktadır. Şöyle ki; TMK m. 693/3 uyarınca, “paydaşlardan her biri, bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabilir”. Buna göre, riskli yapı tespiti yaptırma bir nevi paylı mülkiyetin korunması olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla her bir paydaş tek başına riskli yapı tespiti başvurusunda bulunabilmelidir. Ayrıca, TMK m. 688’de paydaşların her birinin kendi payları bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olduğu belirtildiği için, riskli yapı tespiti başvurusu yapmak da her bir paydaşın malik hakkını ifade etmektedir. Bu yönde mevcut olan diğer bir görüş⁵³ ise TMK hükümlerini dikkate almadan özel kanun niteliğinde olan 6306 sayılı Kanun’un yorumlanması yoluyla her bir malike böyle bir hakkın tanınması gerektiğini savunmaktadır.

Kanaatimizce, bu hususta kanunun amacı ve tüm sistematigi göz önünde bulundurulmalıdır. 6306 sayılı Kanun kısa süre zarfında mevcut riskli yapıla-

⁵⁰ Özsunay, Düşünceler (n 46) 40; Ergun Özsunay, “Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Trajedisi: 6306 sayılı Kanun’un Uygulanmasında Yargıya Götüürülen Sorunlar”, Emrehan İnal ve Başak Baysal, İnşaat hukuku ve Uygulaması (On İki Levha 2017) 477; Beyazkılıç (n 17) 50; İlhan Kara, “Kentsel Dönüşüm ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri” (2016) 3(1), Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi 149, 153; Karaduman (n 46) 47; Kisbet (n 11) 41.

⁵¹ İnal (n 7) 68-70; Efe Bilke, Kentsel Dönüşüm Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanların Tespit ve Yargısal Denetimi (Adalet 2019) 101.

⁵² Zekeriya Kurşat, “6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, Melikşah Yasin ve Cenk Şahin (eds), Kentsel Dönüşüm Hukuku (İstanbul Üniversitesi S.S.ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları 2015) 21; Etem Saba Özmen ve Gülşah Sinem Aydın, “Birlikte Mülkiyette (Paylı Mülkiyet/Elbirliği Mülkiyeti) Yapılan Kazandırıcı İşlemler ve 6306 Sayılı Kanun’a Dayalı Uygulama” (2015) (1) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13, 31; Gün Yazıcı, Yargı Kararları Işığında Kentsel Dönüşüm, Riskli Yapılar ve Yargısal Denetim (Seçkin 2018) 35; Şimşek (n 8) 53; Muhammet Sönmez, Kentsel Dönüşüm Hukuku: Teorik ve Uygulamalı Bir Anlatım (2. Baskı, Seçkin 2020) 143. Bu hususta 6306 sayılı Kanun’da özel bir düzenleme bulunmadığından bir paydaşın diğerinin izni olmadan tespit yaptırabileceğine dair bkz. İlgezdi (n 10) 64; Gürsel (n 18) 147; Celep (n 21) 137.

⁵³ Yağcı (n 39) 155.



rın tespit edilmesini ve dönüşümlerinin sağlanmasını hedeflemektedir. Böyle bir durumda tespit işlemi için oy çokluğu veya oy birliği zorunluluğunun uygulanması, kanunun amacına ulaşma süresini uzatacaktır⁵⁴. Ayrıca, yapı maliklerinin rızası olmasa bile riskli yapı tespitinin Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca (Bakanlık) veya İdarece zorunlu olarak yaptırılabilmesi mümkün olduğundan yapının bütün maliklerinin veya çoğunluğun onayının aranması isabetli değildir⁵⁵.

Diğer taraftan TMK m. 689/2 uyarınca “eşyayı bir zarar tehlikesinden veya zararın artmasından korumak için derhal alınması gereken önlemleri her bir paydaş tek başına bütün paydaşlar hesabına alabilir”. Bu noktadan hareketle riskli yapı tespiti, söz konusu yapının muhtemel tehlikeden korunması için alınan önlem olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla her bir malik tek başına bütün paydaşlar adına ve hesabına söz konusu başvuruyu yapabilecektir⁵⁶. Nitekim mevzuatta bu hususla ilgili bir düzenleme bulunmasa da uygulamada tespit işlemi için tek bir paydaşın başvuru yapması yeterli görülmektedir.

3. Elbirliği Mülkiyetinde Olan Yapılarda Riskli Yapı Tespiti

TMK m. 701 uyarınca “kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyettir.” Paylı mülkiyetten farklı olarak elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmadığından, her birinin hakkı ortaklığa giren malların tamamına yaygındır. Paylı mülkiyette olduğu gibi elbirliği mülkiyetinde de riskli yapı tespiti açısından çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre⁵⁷, elbirliği mülkiyetinde olan yapı hakkında riskli yapı tespiti başvurusunda bulunabilmek için bütün ortakların oy birliği gerekmektedir. Zira TMK m. 702/2 maddesi uyarınca “kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça gerek yönetim gerek tasarruf işlemleri için ortakların oy birliğiyle karar vermeleri gerekir.”

Karşıt görüşe göre⁵⁸ ise TMK m. 702/4 uyarınca her bir ortak, ortaklık topluluğuna giren hakları koruma yetkisine sahiptir. Dolayısıyla bu korumadan bütün ortaklar yararlanabilir. Bu noktadan hareketle riskli yapı tespiti işleminin

⁵⁴ Aynı yönde görüş için bkz. Karaman (n 11) 43; Akbey Erdidal (n 15) 53-54; Murat Tezcan ve Beyza Canbolat, “Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Arsa Payı Problemi” (2018) (138) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 107, 111.

⁵⁵ Çakır (n 10) 30.

⁵⁶ Nurcan Arslan, “Kentsel Dönüşüm Sürecinde Riskli Yapı Tespiti Üzerine Alınacak Kararlar ve Akdedilebilecek Sözleşmeler”(2021) 12(47) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 347, 353.

⁵⁷ Özsunay, KD Trajedisi (n 50) 477; İnal (n 7) 71; Beyazkılıç (n 17) 50, 51; Özsunay, Düşünceler (n 50) 40-41; Özmen ve Şengül (n 46) 22; Kara (n 50) 154; Karaduman (n 46) 50; Kisbet (n 11) 43-44.

⁵⁸ Kurşat (n 52) 21; Yağcı (n 39) 155; Yazıcı (n 52) 35; Arslan (n 56) 354; Sönmez (n 52) 149.

yaptırılması, ortaklığın haklarının korunması ve muhtemel tehlikelerin önüne geçilmesi tedbiri olarak kabul edildiğinde her bir ortağın tek başına başvuru yapabileceği söylenebilir.

4. Kat Mülkiyetine Tabi Yapılarda Riskli Yapı Tespiti

Kat mülkiyetine tabi yapılarla ilgili fikir ayrılıklarına yol açan husus, 6306 sayılı Kanun'da bulunan yapı maliki kavramının Kat Mülkiyeti Kanunu⁵⁹'nda (KMK) yer almamasıdır. Şöyle ki, KMK'de sadece kat maliki kavramına yer verilmiştir. KMK m. 2 uyarınca “bağımsız bölümler üzerinde kurulan mülkiyet hakkı kat mülkiyeti ve bu hakka sahip olanlar ise kat malikidir”. Fakat yalnızca bir bağımsız bölüm malikinin bütün bir binanın maliki olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁶⁰. Kanaatimizce yapı kavramının ifade ettiği anlam, kat mülkiyetine tabi yapılar açısından “anayapı” kavramına daha uygundur. Nitekim KMK m. 2 uyarınca anayapı, “anataşınmaz üzerinde yer alan bağımsız bölümleri içeren asıl yapı ya da yapılar” olarak tanımlanmıştır.

Anayapı tüm kat maliklerine aittir ve ortak alanlar ile anataşınmaz üzerinde paylı mülkiyet söz konusudur. Dolayısıyla kat mülkiyetine tabi yapılar hakkında riskli yapı tespitinin yaptırılması hususunda paylı mülkiyete ilişkin usulün uygulanması gerekir⁶¹. Birlikte mülkiyette olan yapılarda olduğu gibi kat mülkiyetine tabi yapılarda da riskli yapı tespiti başvurusu açısından doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Örneğin, bir görüşe göre⁶² kat mülkiyetine tabi yapılarda riskli yapı tespiti aynen paylı mülkiyette olan yapılardaki gibi muhtemel tehlikeden korunma anlamına geldiğinden her bir paydaşın tek başına tespit yaptırılabilmesi kabul edilmelidir.

Karşıt görüşe⁶³ göre “yapı maliki” kavramı “kat maliki” kavramından daha geniş anlam ifade ettiğinden yalnızca tek bir kat malikinin talebi ile diğer bağımsız bölüm maliklerinin de paylı mülkiyetinde olan yapıya müdahale etme, eşya hukuku kuralları açısından mümkün değildir. Riskli yapı tespiti işlemlerini önemli yönetim işi olarak kabul eden bu görüş, tespitin pay (arsa payı) ve paydaş çoğunluğu ile alınacak kararlar doğrultusunda yapılması gerektiğini savunmaktadır. Diğer görüşe göre⁶⁴ ise riskli yapının yıktırılarak yeniden yapılması olağanüstü yönetim işi olduğundan, kat maliklerinin oy birliği şartı aranmalıdır. Kanaatimizce, bu hususta her bir kat malikinin yaptığı başvuru-

⁵⁹ Kat Mülkiyeti Kanunu, Kanun Numarası: 634, Kabul Tarihi: 23.06.1965, RG 02.07.1965/12038.

⁶⁰ Çakır (n 10) 32; Kara (n 50) 154; Karaduman (n 46) 47.

⁶¹ Özsunay, Düşünceler (n 46) 42; İnal (n 7) 73; Özsunay, KD Trajedisi (n 50) 479.

⁶² Kurşat (n 52) 21; Yağcı (n 39) 155; Yazıcı (n 52) 35; Arslan (n 56) 353; Karadabağ (n 15) 78.

⁶³ İnal (n 7) 73, 74; Bilke (n 51) 103.

⁶⁴ Özsunay, Düşünceler (n 46) 40-41; Beyazkılıç (n 17) 50, 51; Kisbet (n 11) 46-47.



nun riskli yapı tespiti için yeterli kabul edilmesi daha isabetli olacaktır. Zira daha önce de belirtildiği üzere zaten 6306 sayılı Kanun'a göre, eğer yapı afet riski karşısında tehlike arz ediyorsa maliklerin rızası olmasa bile Bakanlıkça veya İdarece dönüşüme tabi tutulacaktır. Ayrıca çevre için can ve mal kaybı tehlikesi arz etmesine rağmen, sırf kat maliklerinin oy birliği veya oy çokluğunun elde edilememesi gerekçesiyle riskli bir yapının göz ardı edilmesi, kanunun amacıyla kesinlikle örtüşmemektedir⁶⁵. Paylı mülkiyete ilişkin hükümlerin yanı sıra, her bir kat malikine anagayrimenkulün bakımını sağlama ve sağlamlığını koruma yetkisi veren KMK m. 19/2⁶⁶ hükmünden de daire sahiplerinin tek başlarına riskli yapı tespitini yaptırmaya yetkili oldukları sonucu çıkarılabilir.

5. Kat Mülkiyetine Tabi Olmayan Yapılarda Riskli Yapı Tespiti Bakımından Özellik Arz Eden Durumlar

Yönetmelik m. 7/2-a hükmünün 3 ve 4. cümlelerinde kat mülkiyetine geçilmemiş yapılarla ilgili farklı bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre KMK uyarınca kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmadığı için arsa paylarına bağlı mülkiyet var ise arsa üzerinde fiilen bulunan yapının riskli yapı tespiti, yapının sahibi olan arsa payı sahiplerince yaptırılır. Arsa üzerindeki yapının başkasına ait olması ve bunun da tapu kütüğünde belirtilmiş olması halinde, riskli yapı tespiti lehine şerh olan tarafça yaptırılır. Düzenlemede iki farklı durum hükme bağlanmıştır. Öncelikle, kat mülkiyetine geçilmeyen ve paylı mülkiyetin bulunduğu durumlar düzenlenmektedir. Arsa üzerindeki yapı paydaşların tümüne değil, içlerinden sadece birine aitse risk tespitini yalnızca yapıya sahip olan paydaş isteyebilir. Fakat kullanılan “yapı sahibi” kavramı hukuki açıdan isabetli olmadığı için doktrinde eleştirilere sebep olmuştur⁶⁷. Zira üst hakkı saklı kalmak üzere yapının mülkiyeti ile arazinin mülkiyetinin farklı kişilere ait olması, TMK açısından mümkün değildir. Kurşat ve İnal'a göre, burada “yapıyı yaptıran” yahut “zilyet” kastedilmektedir. Fakat her türlü zilyetlik değil, sadece malik sıfatıyla zilyetlik söz konusu olmalıdır. Bu durumda “yapının sahibi olan” kavramının “yapı üzerinde malik sıfatıyla zilyet olan paydaş” olarak anlaşılması gerekmektedir⁶⁸.

⁶⁵ Sönmez (n 52) 151; Karaman (n 11) 45.

⁶⁶ “...ortak yer ve tesislerdeki bir bozukluğun anayapıya veya bağımsız bir bölüme veya bölümlere zarar verdiğinin ve acilen onarılması gerektiğinin veya anayapının güçlendirilmesinin zorunlu olduğunun mahkemece tespit edilmiş olması halinde, bu onarım ve güçlendirmenin projesine ve tekniğine uygun biçimde yapılması konusunda kat maliklerinin rızası aranmaz...” (KMK m. 19/2).

⁶⁷ Yalçın (n 26) 45.

⁶⁸ Kurşat (n 52) 20; İnal (n 7) 77; Yalçın (n 26) 46.

İkinci durum ise arsa üzerindeki yapının paydaş dışında birine ait olması durumlarına ilişkindir. Bu hükümden de ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Bu hususla ilgili mevcut olan bir görüşe göre, bütünleyici parça kuralı gereğince, arsa üzerindeki yapının başkasına ait olabilmesi, üst hakkı gibi istisna durumların dışında mümkün değildir. Fakat o durumda üst hakkının tapu kütüğünde şerhi değil tescili söz konusu olurdu. Zira TMK m. 1008 uyarınca tapu kütüğüne mülkiyet, irtifak hakları ve taşınmaz yükleri ile rehin hakları tescil edilebilir. Başka bir deyişle tescilin konusu aynı haklardır⁶⁹. Düzenlemede ise yapının başkasına ait olduğunun tapu kütüğünde belirtilmiş olması durumunda lehine şerh olan kişiden söz edilmektedir. Anlaşıldığı üzere aynı hakları ifade eden “ait olmak” kavramının ve şahsi haklara işaret eden “lehine şerh olan taraf” kavramının yan yana kullanılması çelişkiye sebep olmaktadır. Buna rağmen bu görüş, bahsi geçen hükmün bütünleyici parça kuralının istisnası olan hallerle ilgili öngörüldüğünü kabul etmenin gerektiğini ve bu çerçevede üst hakkı sahibi veya İK m. 18/9 uyarınca, yapısı başkasının parselinde kalan kişi gibi kimselerin kastedilmiş olduğunu ifade etmektedir⁷⁰.

Diğer görüşe göre⁷¹ ise, hükümde kullanılan “şerh” ifadesi tapu sicilinin beyanlar sütununa yapılan kayıt anlamına gelmektedir. Ayrıca, “tapu kütüğünde belirtilmiş olma” şartının aranması ve sonuç olarak riskli yapı tespitini tapuda lehine kayıt olan kişi tarafından yaptırılması hususunun belirtilmesi tesadüf değildir. Şöyle ki, hükümde belirtilen ihtimalde yapı üzerinde malik sıfatıyla fiili hakimiyeti bulunan kişi yapının maliki değildir ve tapu kütüğünde de malik olarak görünmemektedir. Fakat tespiti yaptıracak olan kişinin, böyle bir hakkının bulunduğunu ispat etmesi gerektiğinden, “tapu kütüğünde belirtilmiş olma” şartı aranmaktadır. Başka bir ifadeyle söz konusu düzenlemede malik olmasa bile yapı üzerinde malik sıfatıyla fiili hakimiyeti bulunan kişi kast edilmektedir.

Kanaatimizce, bu hususta ikinci görüş daha isabetlidir. Zira üst hakkı, sahibine mülkiyet hakkı tanıdığından üst hakkı sahibinin yapı maliki sıfatıyla risk tespiti yaptırabilmesi zaten mümkündür. Bu sonuç genel hükümlerden çıkarılabileceği için bu yönde herhangi özel bir düzenlemeye gerek kalmamaktadır. Kuvvetle muhtemel düzenlemede üst hakkı sahibi kastedilmemektedir. Bu nedenle söz konusu hükmün, özel düzenlemelerde böyle bir beyana imkân tanıyan durumlara ilişkin olarak kabul edilmesi daha isabetli olacaktır⁷².

B. Riskli Yapı Tespitinin Bakanlıkça veya İdarece Yaptırılması

Yapı malikleri ve kanuni temsilcilerinin yanı sıra Bakanlık ve dönüşümü gerçekleştirecek olan İdare de riskli yapı tespiti için başvuru yapabilmektedir.

⁶⁹ Bilke (n 51) 105.

⁷⁰ Kurşat (n 52) 21; Yalçın (n 26) 47; Karaduman (n 46) 55.

⁷¹ İnal (n 7) 78-79.

⁷² Bilke (n 51) 106.



Kanun koyucu riskli yapı tespitinin malikler tarafından yaptırılmadığı veya bilerek yaptırılmadığı durumları dikkate alarak böyle bir düzenleme öngörmüştür⁷³. 6306 sayılı Kanun m. 3/1 gereğince Bakanlık, riskli yapı tespitini maliklerden veya kanuni temsilcilerden isteyebilir. Bunun için Bakanlık öncelikle kendi il müdürlükleri vasıtasıyla maliklere tebligatta bulunarak riskli yapı tespiti yaptırılmasını talep edebilir. Verilen süre içerisinde yaptırılmadığı takdirde tespit Bakanlıkça veya İdarece yapılır⁷⁴. Ayrıca Bakanlık, belirlediği alanlardaki riskli yapıların tespitini süre vererek İdareden de isteyebilir. İlgili idare 6306 sayılı Kanun m. 2 uyarınca, “belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeleri, bu sınırlar dışında il özel idarelerini, büyükşehirlerde büyükşehir belediyelerini ve Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi halinde büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerini ifade etmektedir.” Anlaşıldığı üzere İdarenin böyle bir tespit başvurusunda bulunabilmesi için Bakanlıktan talimat alması gerekmektedir⁷⁵.

2019 yılında 6306 sayılı Kanun’a yapılan değişikliklerle riskli yapı tespitinin Bakanlıkça resen yapılacağı bir düzenleme getirilmiştir. Şöyle ki, eklenen 6/A maddesi uyarınca, yıkılacak derecede riskli olan yapıların bulunduğu alanlar ile kendiliğinden çöken veya doğal afetler sonucunda ağır hasar gören veya ağır hasar görme riski bulunan yapıların bulunduğu alanlarda dönüşüm uygulamaları maliklerin rızası aranmaksızın Bakanlıkça resen yapılabilir veya yaptırılabilir.

III. RİSKLİ YAPİ TESPİTİ YAPMAYAYETKİLİ KURULUŞLAR

Herhangi bir lisans gerekmeksizin tespit yapma yetkisi yalnızca Bakanlık ve İdare’ye aittir. Bunun dışında tespit yapacak olan kurum ve kuruluşların (Kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler, sermayesinin en az % 40’ı kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan şirketler, depremde korunma, deprem zararlarının azaltılması ve deprem mühendisliğinin gelişmesine katkıda bulunmak gibi konularda faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşları, Bakanlıktan izin belgesi almış yapı denetimi kuruluşları ile laboratuvar kuruluşları, inşaat, jeoloji ve jeofizik mühendisleri odalarına büro tescilini yaptırmış kurum ve kuruluşlar) Bakanlık tarafından lisanslandırılması gerekmektedir. Lisans alabilecek kurum ve kuruluşlar, görev alacak mühendislere yönelik talepler, lisans alma, lisanslandırılan kuruluşların denetimine ilişkin hususlar Yönetmelik m. 6’da yer almıştır.

Yönetmelik’te lisanslı kuruluşların herhangi bir alan ile sınırlı olmaksızın ülke genelinde riskli yapı tespiti yapabilecekleri öngörülse de Bakanlık

⁷³ İnal (n 7) 80.

⁷⁴ Yalçın (n 26) 44; Özdemir ve Koç (n 44) 22; Tezcan ve Canbolat (n 54) 111.

⁷⁵ Bilke (n 51) 106.

ve İdareye yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu yüzden bu hususta idare hukukunun genel yetki kurallarının uygulanması gerekmektedir. Örneğin, belediyeler kendi sınırları içerisinde riskli yapı tespiti yapmaya yetkili olduğu halde, büyükşehir belediyeleri tüm il genelinde riskli yapı tespiti yapmaya yetkilidir⁷⁶.

Lisanslandırma talebinde bulunan üniversiteler adına riskli yapı tespitinde görev alacak öğretim üyesi olan mühendisler dışında, lisanslı kuruluşlarda riskli yapı tespitinde görev alacak mühendislerin; ilgili meslek odalarına üyeliklerinin devam ediyor olması, mesleklerinde fiilen en az beş yıl çalışmış olmaları, Bakanlıkça veya Bakanlıkça uygun görülen kurum ve kuruluşlarca düzenlenecek eğitim programlarına katılmaları, eğitim sonunda yapılacak yazılı sınavda yüz üzerinden en az yetmiş puan alarak başarı belgesi almış olmaları gibi koşulları karşılamaları gerekmektedir (Yönetmelik m. 6/2). Lisanslandırılan kurum ve kuruluşlarda en az bir inşaat mühendisinin görevlendirilmesi zorunludur. İhtiyaca göre birden fazla inşaat mühendisi ile jeoloji veya jeofizik mühendisi de görevlendirilebilir. Riskli yapı tespitinde görev alacak mühendisler, aynı anda birden fazla lisanslı kuruluşta görev alamaz ve ortak olamazlar (Yönetmelik m. 6/3).

Riskli yapı tespiti yapma yetkisi olan mercilerden yalnızca Bakanlığın, diğer kurum ve kuruluşların riskli yapı tespitine ilişkin faaliyetlerini denetleme ve yazılı uyarı, idari para cezası ve lisans iptali gibi yaptırımlar uygulama yetkisi mevcuttur (Yönetmelik m. 6/7).

IV. RİSKLİ YAPI RAPORUNUN TANZİMİ

Yönetmelik m. 7'ye göre riskli yapılar Ek-2'de yer alan Riskli Yapıların Tespit Edilmesine İlişkin Esaslar'a göre tespit edilir. Yapılarda inceleme gerçekleştirildikten sonra lisanslandırılmış kuruluşlar, yapıda afet riski olduğu ya da olmadığı yönünde sonuçları içeren bir rapor tanzim etmelidir. Bu hususta yaşanabilecek muhtemel suiistimalin önüne geçmek için tespit yapılacak her yapı için sadece bir riskli yapı tespit raporunun düzenlenmesi zorunluluğu getirilmiştir⁷⁷. Bu kural doktrininde hem Kanun'un amacıyla bağdaşmadığı⁷⁸ hem de mülkiyet hakkını kamu yararının gerektirdiğinden fazla ve makul olmayan bir şekilde kısıtladığı gerekçeleriyle⁷⁹ eleştirilmiştir. Yönetmelikte bu düzenlemenin istisnasını teşkil eden durumlara da yer verilmiştir. Şöyle ki, itiraz veya yargı kararı üzerine yeniden rapor tanzim edilmesinin gerekmesi, raporun gerçeğe aykırı düzenlendiğinin tespit edilmiş olması ve yapının risk durumunu

⁷⁶ Bilke (n 51) 92

⁷⁷ Şimşek (n 8) 54.

⁷⁸ Özay ve Demirbaş (n 15) 228.

⁷⁹ Özsunay, Düşünceler (n 46) 16.



etkileyebilecek bir müdahale dışında somut bir hadisenin gerçekleşmiş olması hallerinde bu şart aranmayacaktır (Yönetmelik m. 7/3). Aynı yapı hakkında birden fazla rapor tanzim edilmemesi adına tespiti yapacak olan lisanslandırılmış kuruluşların söz konusu yapı hakkında daha önce tespit raporu düzenlenip düzenlenmediğini elektronik yazılım sistemi üzerinden kontrol etmesi gerekmektedir. “Elektronik yazılım sistemi üzerinden yapı kaydı oluşturulduktan sonra iki ay içerisinde riskli yapı tespitinin yapılmaması halinde tespit başvurusunda bulunan malikin talebi üzerine, altı ay içerisinde yapılmaması halinde ise oluşturulan yapı kaydı, Bakanlıkça resen elektronik yazılım sisteminden silinir” (Yönetmelik m. 7/3).

İnceleme sonucunda yapı riskli bulunmuş ve rapor tanzim edilmişse raporun bir örneği, tespit tarihinden itibaren en geç on iş günü içinde tespiti yapan kurum tarafından; yapının bulunduğu ilde Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü bulunuyorsa bu Müdürlüğe, bulunmuyorsa Bakanlığın İl Müdürlüğüne veya Bakanlıkça yetki devri yapılan İdareye elektronik yazılım sistemi üzerinden gönderilmelidir (Yönetmelik m. 7/4 uyarınca). Bundan sonra söz konusu raporun, Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara uygun düzenlenip düzenlenmediğini belirlemek amacıyla incelenmesi gerçekleştirilir. Herhangi bir eksiklik tespit edildiği takdirde gereken düzeltmelerin yapılması için rapor, onu hazırlayan kurum veya kuruluşa iade edilir. Teknik eksikliklerin giderilmesi, raporun iade edildiği tarihten itibaren en geç otuz gün içerisinde ilgili kuruluşlarca tamamlanmalı ve rapor yeniden Müdürlüğe gönderilmelidir. İlgili kuruluşun gerekçeli talebi üzerine ek süre verilebilir (Yönetmelik m. 7/10). Şunu da belirtmek gerekir ki riskli yapı raporu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamına dâhil olan yapılar hakkında düzenlendiği takdirde ilgili kültür varlıklarını koruma bölge kuruluna durumla ilgili bilgi verilmelidir (Yönetmelik m. 7/9).

Herhangi bir eksikliğin tespit edilmediği takdirde riskli yapılar, en geç on iş günü içinde tapu kütüğünün beyanlar hanesinde belirtilmek üzere ilgili Tapu Müdürlüğüne bildirilir. Tapu Müdürlüğü taşınmazın beyanlar hanesine “6306 sayılı Kanun gereğince riskli yapıdır” beyanını işler⁸⁰. Tapu Müdürlüğü riskli yapı tespit edildiğine ilişkin hususu taşınmazda bulunan tüm ayni ve şahsi hak sahiplerinin Ulusal Adres Veri Tabanında belirtilen adreslerine tebliğ ederek yapılan tebligatı, aynı zamanda yazılı veya elektronik ortamda Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğüne (veya Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğüne) bildirir⁸¹. Arsa paylı tapularda arsa üzerindeki riskli yapının arsa malikleri dışında birine ait olması durumunda yapı sahibine; arsa üzerinde birden fazla yapı olması ve riskli yapının arsa maliklerinden sadece bazılarına ait olması

⁸⁰ Şimşek (n 8) 59; Kiraz, A-dan Z-ye (n 41) 9.

⁸¹ Tezcan ve Canbolat (n 54) 112.

durumunda ise sadece riskli yapının sahibi olan arsa hissedarlarına ve ilgili aynı ve şahsi hak sahiplerine 7201 sayılı Tebligat Kanunu⁸² uyarınca tebligat yapılır.

Tapuda kayıtlı malikin ölmüş olması halinde Bakanlık, Müdürlük veya İdare tebligat işlemlerinin bir an evvel sonuçlanabilmesi için mirasçılık belgesi çıkartmaya, kayyım tayin ettirmeye veya tapuda kayıtlı son malike göre işlem yapmaya yetkilidir⁸³.

V. TESPİT MASRAFLARI

A. Bakanlıkça veya İdarece Yaptırılan Tespitin Masrafları

Daha önce de belirtildiği üzere, Bakanlık tarafından riskli yapı tespiti işleminin yaptırılmasının istenmesine rağmen yapı malikince tespit yapılması durumunda tespit işleminin Bakanlıkça veya İdarece yaptırılacağı 6306 sayılı Kanun m. 3/1 ile hükme bağlanmıştır. Kanun'un 2014 yılına kadar yürürlükte olan hükümleri uyarınca bu gibi durumlarda "... Bakanlık veya İdare tarafından yapılan tespit işleminin masrafı ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Tapu müdürlüğü, binanın paydaşlarının müteselsil sorumlu olmalarını sağlamak üzere tapu kaydındaki arsa payları üzerine, masraf tutarında müşterek ipotek belirtmesinde bulunarak Bakanlığa veya İdareye ve binanın aynı ve şahsi hak sahiplerine bilgi verir." Fakat söz konusu hüküm, her bir paydaşın tespit masraflarının tamamından sorumlu tutulmasının Anayasa'nın ölçülülük ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi Kararı⁸⁴ ile iptal edilmiştir. Bu husus, 7153 sayılı Çevre Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁸⁵ m. 22 ile yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, 6306 sayılı Kanun m. 5/4'e eklenen cümlede, Bakanlık veya İdare tarafından yapılan veya yaptırılan riskli yapı tespit, tahliye ve yıktırma masraflarının, hisseleri oranında maliklerden 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a⁸⁶ göre tahsil edileceği belirtilmiştir. Aynı zamanda Yönetmelik m. 7/2 uyarınca, "malikler tarafından yaptırılmadığı için Bakanlık veya İdare tarafından yapılan veya yaptırılan riskli yapı tespitinin masraflarından malikler hisseleri oranında sorumludur".

⁸² Tebligat Kanunu, Kanun Numarası: 7201, Kabul Tarihi: 11.02.1959, RG 19.02.1959/10139.

⁸³ Beyazkılıç (n 17) 60.

⁸⁴ Anayasa Mahkemesi Genel Kurul, E.2012/87, K.2014/41, T.27.02.2014, <<https://www.lexpera.com.tr>>, Erişim Tarihi: 05.10.2022.

⁸⁵ Çevre Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7153, Kabul Tarihi: 29.11.2018, RG 29.11.2018/30621.

⁸⁶ Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6183, Kabul Tarihi: 21.07.1953, RG 28.07.1953/8469.



Kanaatimizce masrafların, paydaşlardan hisseleri oranında tahsil edilmesinin hükme bağlanması isabetli olmuştur. Zira aksi takdirde “müşeterek ipotek” belirtilmesi durumunda paydaşlardan herhangi biri arsa payı üzerindeki ipoteki kaldırmak istediğinde tespit masraflarının kendi hissesine düşen bölümünü ödese bile bu yeterli olmayacak, diğer paydaşların ödemeye yanaşmaması halinde masrafların tamamını ödemek zorunda kalacaktır. Ayrıca, İdare veya Bakanlık tarafından yaptırılan riskli yapının tespiti işleminin masrafı, kamu alacağı niteliğinde olduğu için yapı maliki adına ifa edilen bedel daha sonra ondan talep edilebilmelidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin ilgili iptal kararı da riskli yapı tespitinin Bakanlık veya İdare tarafından yaptırıldığı durumlarda tespit işlemi masraflarının kamu alacağı niteliğinde olduğu yönündedir⁸⁷.

Bununla ilgili doktride farklı görüşler de bulunmaktadır. Bir görüş⁸⁸, Bakanlık veya İdarenin riskli yapı tespiti işlemi yaptırmasını üçüncü şahıs yararına bir sözleşme olarak kabul ederek bu tespit işlemini yaptıran Bakanlık veya İdarenin bedel ödeme borcu altına girdiğini ve bu bedeli kanundan doğan alacak hakkına dayanarak yapı malikinden talep edebileceğini savunmaktadır. Diğer bir görüşe göre⁸⁹, Bakanlık veya İdarenin yapı maliki yerine risk tespiti işlemini yaptırdığı sırada kullandığı yetki, Türk Borçlar Kanunu⁹⁰ (TBK) m. 41/1⁹¹ uyarınca yasal düzenlemeye dayanan ve kamu hukukundan doğan bir temsil yetkisidir. Kanundan doğan temsil yetkisini kullanan Bakanlık veya İdarenin kendi adına ancak yapı maliki hesabına tespit işlemini yaptırırken herhangi bir izin almasına gerek olmadığı gibi, temsilcilik sıfatını kullanması da gerekmez. Bu durumda TBK uyarınca tespit masraflarından yapı maliki sorumlu tutulacaktır. Riskli yapı tespitinin, 6306 sayılı Kanun m. 6A kapsamında Bakanlıkça resen yapıldığı durumlarda tespit masrafları, Dönüşüm Projeleri Özel Hesabından karşılanmak suretiyle gerçekleştirilir. Masraflar, Bakanlık veya İdare tarafından ilgili kişiye tebligat yapıldıktan sonraki bir aylık süre içerisinde ödenir. Masraflar süresinde ödenmediği takdirde “tespit Bakanlıkça yapılmış veya yaptırılmış ise Bakanlığın ilgili vergi dairesine bildirmesi

⁸⁷ “...yapı maliklerinin riskli yapının tespitinde şahsi menfaatleri bulunmaktadır. ... öncelikle malikler tarafından yaptırılması gereken tespit işlemlerinin süresinde yapılmaması nedeniyle Bakanlık veya idarece yaptırılmasından doğan kamu alacağının güvence altına alınması için ilgili taşınmazın tapu kaydındaki arsa payları üzerinde ipotek tesis edilmesi suretiyle mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında kamu yararı bulunmaktadır.” (Anayasa Mahkemesi Genel Kurul, E.2012/87, K.2014/41, T.27.02.2014, <<https://www.lexpera.com.tr>>, Erişim Tarihi: 05.10.2022).

⁸⁸ Kurşat (n 52) 23-24; Karaman (n 11) 49.

⁸⁹ Çakır (n 10) 36, 37.

⁹⁰ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 4/2/2011/27836.

⁹¹ “Başkası adına ve hesabına temsil kamu hukukundan doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi bu konudaki yasal hükümlere; temsil hukuksal bir işlemde doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi o hukuksal işleme göre belirlenir” (TBK m. 41/1).

üzerine vergi dairesince, İdarece yapılmış veya yaptırılmış ise İdarece Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilir” (Yönetmelik m. 7/2b).

B. Yapı Malikleri Tarafından Yaptırılan Tespitin Masrafları

6306 sayılı Kanun m. 3/1 ve Yönetmelik m. 7/2’de kullanılan “masrafları kendilerine ait olmak üzere” ifadesinden de anlaşıldığı üzere, riskli yapı tespiti masrafları yapı malikleri veya kanuni temsilcileri tarafından karşılanır. Ancak kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmuş olan yapılarda veya birden fazla birlikte maliki bulunan yapılarda paydaşlardan sadece biri tarafından yapılan başvurularda tespit masraflarının diğerlerinden nasıl tahsil edileceğine dair Kanun ve Yönetmelik’te açıklama bulunmamaktadır. Bu hususla ilgili doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Bir görüşe göre⁹², tespit masrafları başvuruda bulunan malik tarafından karşılanmalıdır. Eğer diğer maliklerle veya müteahhitle mutabakata varılırsa yalnızca bu durumda tespit masrafları ortaklaşa veya müteahhit tarafından karşılanabilir. Diğer bir görüş⁹³ ise, tespit masraflarının başvuru yapan malik tarafından karşılanması gerektiğini ve bu masrafların, kat mülkiyeti kanunu çerçevesinde sarfedilen bir gider olmadığından diğer bağımsız bölüm sahiplerinden istenemeyeceğini ifade etmektedir. Başka bir görüşe göre⁹⁴, yapının birden fazla malikinin bulunduğu durumlarda tespiti yaptıran malikin, diğer maliklere karşı rücu hakkı bulunmaktadır. Kanaatimizce, son görüş daha isabetlidir. Zira riskli yapıların tespitiyle ilgili masraflar, binanın büyüklüğüne ve yapılacak tespitlerin yoğunluğuna göre ilgili kurumlarca belirlenen bedel üzerinden hesaplandığından⁹⁵ yapı malikleri, yüksek meblağda masrafları tekbaşına karşılamamak için büyük ihtimalle gönüllü olarak böyle bir başvuru yapmaktan kaçınacaktır. Doğal olarak bu durum kanunun amacına ulaşmasını yavaşlatacaktır. Ayrıca sırf tespit masraflarını tekbaşına karşılamamak için hiç bir malik riskli yapı tespiti başvurusu yapmazsa bile tespit, İdare veya Bakanlık tarafından yaptırıldığı durumlarda tespit masrafları, maliklerden hisseleri oranında tahsil edilecektir. Bu yüzden yapı maliklerinin de yaptığı masrafların hisseleri oranında rücu edilmesinin 6306 sayılı Kanun’da öngörülmesi kanaatimizce, daha isabetli olacaktır. Nitekim, Yargıtay bir kararında⁹⁶ yıkım masraflarının diğer maliklerden “sebepsiz zenginleşme” hükümlerine göre istenebileceğine yer vermiştir. Bu karar her ne kadar yıkım masraflarına ilişkin olsa da, kanaatimizce tespit masrafları için de kıyasen uygulanabilir.

⁹² İlgezdi (n 10) 55.

⁹³ Saltık (n 42) 59-60.

⁹⁴ Gürsel (n 18) 149; Karaman (n 11) 47.

⁹⁵ İlgezdi (n 10) 55.

⁹⁶ Yargıtay 20. HD., E.2016/11501, K. 2016/11020, T. 21.11.2016, <<https://www.lexpera.com.tr>>, Erişim Tarihi: 05.10.2022.

VI. RAPORA İTİRAZ ETME VE İPTAL DAVASI AÇMA

A. İtiraz

Riskli yapı tespiti raporuna itirazla ilgili hükümler hem kanunda hem de yönetmelikte yer almıştır. Buna göre, Yönetmelik'te on beş gün içinde yapı malikleri veya kanuni temsilcileri tarafından yapının bulunduğu yerdeki Müdürlüğe dilekçe verilerek tespite itiraz edilebileceği kabul edilse de (m. 7/6) kanunda sadece Bakanlık veya İdare tarafından yaptırılan riskli yapı tespitlerine itiraz edilebileceği belirtilmiştir (m. 3/1). Kanaatimizce, kanun koyucunun hatalı ifade kullanımını sonucunda, hükümden sadece “Bakanlık ve İdarece yapılan tespitlere” itiraz edilebileceği izlenimi ortaya çıkmıştır⁹⁷. Bu nedenle kanun hükümlerinin üst norm olmasına rağmen,⁹⁸ Yönetmelik bütün tespitlere itiraz edilebileceğini hüküm altına aldığından Yönetmelik'in dikkate alınması daha adaletli olacaktır⁹⁹. Zira riskli yapı tespiti tüm maliklere tanınmış bir haktır ve birlikte kullanılması zorunluluğu öngörülmemiştir. Bu yüzden tek başına riskli yapı tespiti için başvuruda bulunan malikten farklı görüşe sahip olan diğer maliklerin yapılan tespite itiraz hakkının tanınmaması hak arama özgürlüğünün engellenmesi anlamına gelecektir¹⁰⁰. Diğer yandan, Yönetmelik hükümlerince yeniden rapor tanzim edilmesi ve raporun gerçeğe aykırı düzenlendiğinin tespit edilmesi halleri istisna olmak üzere, bir yapı hakkında sadece bir riskli yapı raporu tanzim edilebileceği de göz önünde bulundurulduğunda diğer maliklerin başka bir rapor tanzim etmek gibi bir şansı olmadığından hakkını aramak isteyen malikin tek yolu rapora itiraz etmek olacaktır¹⁰¹.

Risk tespitine karşı yapılan itiraz birkaç sebepten kaynaklanabilir. Öncelikle bu itiraz, hakkında riskli yapı tespiti yapılmış binanın niteliğine ilişkin olabilir. Örneğin, eğer riskli yapı tespiti inşaat halinde olan veya başka bir sebeple statik bütünlüğü bozulmuş bina hakkında yapılmışsa yapılan itiraz üzerine işlem geri alınır ve riskli yapı tespiti ortadan kaldırılır. Başka bir itiraz sebebi ise tespiti yapan lisanslı kuruluşlarla ilgilidir. Şöyle ki, lisanslı kuruluşlar gerekli teknik araç, gereç veya personele sahip değilse veya bunları sonradan kaybetmişse bu kuruluşun yaptığı tespit, itiraz üzerine ilgili idarece ortadan kaldırılır¹⁰². İnceleme sırasında yanlış yöntemlerin kullanılması veya kullanılan yöntemlerin yanlış uygulanması da (örneğin, karot veya inşaatın alınan diğer numunelerin yanlış yerlerden ve katlardan alınmış olması) yapılan tespite iti-

⁹⁷ Karaman (n 11) 54; Küçük (n 18) 145; Akbey Erdidal (n 15) 80.

⁹⁸ Bilke (n 51) 146.

⁹⁹ Şimşek (n 8) 61; Özay ve Demirbaş (n 15) 27; Kaplan (n 11) 89.

¹⁰⁰ Üstün (n 1) 135.

¹⁰¹ ibid 135; Küçük (n 18) 145.

¹⁰² Öngören (n 20) 136.

raz edilmesine sebep olabilir. En sık rastlanan itiraz sebebi ise sağlam bir yapı hakkında riskli yapı tespiti yapıldığı iddiasıdır¹⁰³.

Yapı malikleri tarafından sunulan dilekçeler, öncelikle itirazın öngörülen süre içerisinde ve yapı maliki tarafından yapıp yapılmadığı açısından Müdürlükçe kontrol edilir. Eğer itiraz gerekli süre içerisinde veya yapı malikince yahut malik vefat ettiği takdirde mirasçılarınca yapılmamışsa işleme alınmaz. Doktrinde aynı ve şahsi hak sahiplerinin de (kiracılar, rehini, ipoteği olanlar vs.) tespite itiraz edebilmesi gerektiğine dair görüşler mevcuttur¹⁰⁴. Bu gibi görüşler Yönetmelik m. 7/5 hükmünün lafzından yola çıkarak aynı ve şahsi hak sahiplerinin de itiraz hakkı olduğu savunmaktadır. Şöyle ki, kanunda öncelikle yapı maliklerinin itiraz hakkından bahsedilmiş, daha sonra ise riskli yapı tespiti hakkında aynı ve şahsi hak sahiplerine bilgi verileceği belirtilmiştir (m. 3/2). Bunun aksine Yönetmelik'te ise tespite itiraz edilebileceği, aksi takdirde İdarece belirlenen sürede riskli yapının yıktırılması gerektiği belirtilerek aynı ve şahsi hak sahiplerine tebligat yapılacağı belirtilmektedir (m. 7/5). Söz konusu hükümden aynı ve şahsi hak sahiplerinin de tespite itiraz edebileceği yönünde bir anlam çıkmaktadır¹⁰⁵. Kanaatimizce, aynı ve şahsi hak sahiplerinin de itiraz hakkına sahip olduğuna dair izlenim yaratan Yönetmelik hükmü, kanun koyucunun hatalı ifade kullanımı sonucunda ortaya çıkmıştır. Zira her ne kadar aynı ve şahsi hak sahiplerine, haklarının zarar görmemesi adına riskli yapı tespiti hakkında bilgilendirme yapılsa da uygulamada bu kişilere riskli yapı tespitine itiraz hakkı tanınmamaktadır¹⁰⁶.

Yapılan tespite itiraz için öngörülen on beş günlük süre, Tapu Müdürlüğü tarafından yapı malikelerine yapılan tebligat tarihinden itibaren hesaplanmaya başlanır. Tapu Müdürlüğünce yollanan bu tebligatta rapordan söz edilse de rapor tebliğ edilmemektedir. Bu, hukuk mantığına aykırı bir durum ortaya çıkarmaktadır. Zira on beş gün gibi kısa bir sürede raporu tam anlamıyla değerlendirecek itiraz edilmesi mümkün değildir. Çünkü hak sahiplerine risk tespit raporunun içeriği değil, sadece sonucu tebliğ edilmektedir. İtiraz süresi kısa olduğundan malikler, süreyi kaçırmamak adına raporun içeriğini bilmeseler bile otomatik olarak itiraz başvurusunda bulunmaktadırlar¹⁰⁷. Bu nedenle mutlaka

¹⁰³ ibid 136.

¹⁰⁴ Özdemir ve Koç (n 44) 24.

¹⁰⁵ Özay ve Demirbaş (n15) 227; Ayrıca, riskli yapı tespitinin, yapı malikleri dışında aynı ve şahsi hak sahiplerini de etkilemesi nedeniyle onların da itiraz hakkına sahip olması gerektiğine dair bkz. Akbey Erdidal (n 15) 80-81; Şimşek (n 8) 135.

¹⁰⁶ Öngören (n 20) 136; Gürsel (n 18) 212; Celep (n 21) 134; Karaman (n 11) 53. Ayrıca kiracıların riskli yapı işlemine karşı itiraz hakkının olmaması hususuna dair bkz. Danıştay 14. Dairesi, E. 2015/7502, K. 2016/650, T.04.02.2016, <<https://www.lexpera.com.tr>>, Erişim Tarihi: 05.10.2022.

¹⁰⁷ Karaman (n 11) 51; Ellek (n 28) 381; Akbey Erdidal (n 15) 81; Kisbet (n 11) 62.



İlgili kuruma başvurulup, raporun bir örneği kolayca elde edilmeli, uzman kişilere incelenmeli ve itirazlar teknik heyete gerekçeli olarak yapılmalıdır. Bu yüzden 15 gün gibi kısa bir süre yerine, raporun elde edilip incelenebileceği daha makul bir sürenin öngörülmesi daha isabetli olacaktır¹⁰⁸. Yukarıda da belirtildiği üzere, tespitin Bakanlıkça resen yapıldığı durumlarda riskli yapıların listesi ilgili muhtarlıklara ilan edilir ve bu ilan ile riskli yapı tespiti işlemi ilgili maliklere şahsen tebliğ edilmiş sayılır. Bu noktadan hareketle, maliklere ve kanuni temsilcilere tanınan iki günlük itiraz süresinin, ilgili muhtarlıklara ilan tarihinden itibaren hesaplanacağı söylenebilir.

İtiraz dilekçeleri Müdürlük tarafından itirazı karara bağlayacak teknik heyete havale edilir. Eğer riskli yapının bulunduğu ilde itirazı değerlendirecek teknik heyet henüz teşkil edilmemişse itiraz dilekçeleri ve itiraz edilen tespite ilişkin raporlar, yapının bulunduğu yerdeki Müdürlük tarafından, o il için yetkilendirilmiş teknik heyetin bulunduğu ildeki Müdürlüğe gönderilir. Bu durumda itiraz, bu ildeki teknik heyet tarafından karara bağlanacaktır¹⁰⁹. İtirazı karara bağlayacak olan teknik heyetin teşkili, üyelere ilişkin talepler ve onların görevlendirilmesi, teknik heyetin çalışma usul ve esasları gibi hususlar Yönetmelik'in 9 ve 10 uncu maddeleri ile düzenlenmektedir.

Öncelikle itiraz dilekçesi teknik heyete ulaştıktan sonra heyet, dilekçede belirtilen itiraz sebepleri fark etmeksizin raporun teknik yönden Yönetmelik Ek-2'de yer alan Riskli Yapıların Tespit Edilmesine İlişkin Esaslar'a uygun olarak hazırlanıp hazırlanmadığını inceler¹¹⁰. Teknik bir eksiklik tespit edildiği takdirde rapor, gerekli düzeltmelerin yapılması için lisanslı kurum veya kuruluşa geri gönderilir ve eksikliklerin tamamının düzeltilmesinden sonra yapının riskli ya da risksiz olduğuna ilişkin nihai karar verilir. Teknik heyet, itirazı nihai karara bağlamak için en az beş üyenin katılımı ile toplanır¹¹¹. Karar, toplantıya katılan üyelerin oy çokluğuyla kabul edilir. Oyların eşit olması durumunda Başkanın taraf olduğu görüş çoğunlukta kabul edilir (Yönetmelik m. 9/4). Gündemdeki konu kendisi veya üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile ilgili bulunan veya konu ile herhangi bir şekilde çıkar ilişkisi bulunan üye, toplantıya katılamaz ve oy kullanamaz (Yönetmelik m. 9/6). Ayrıca gerek görülmesi halinde toplantıya, diğer kurum veya kuruluşlardan görüşlerini belirtmek üzere, oy hakkı olmayan uzmanlar davet edilebilir (Yönetmelik m. 9/5). Yapılan itiraz üzerine, teknik heyetin verebileceği iki tür karar vardır:

¹⁰⁸ Gürsel (n 18) 212; Öngören (n 20) 139.

¹⁰⁹ Kandaloğlu (n 92) 326; Yazıcı (n 52) 44.

¹¹⁰ Özsunay, Düşünceler (n 46) 20; Yazıcı (n 52) 44.

¹¹¹ Teknik heyet, üniversitelerden bildirilen dört üye ve ikisi inşaat mühendisi ve biri de jeoloji veya jeofizik mühendisi olmak üzere, Bakanlık teşkilatında görev yapan üç üyenin iştiraki ile yedi üyeden oluşur (Yönetmelik m. 9/4)

1. Raporla mevzuata aykırılık olmadığı kanaatine varıldığı takdirde, itirazın reddedilmesi ve raporun onaylanması

2. Raporla eksiklik veya yanlışlık tespit edilir ise itirazın kabul edilmesi ve raporun ilgili kurum veya kuruluşa geri gönderilmesi¹¹².

Teknik heyetin itirazı haklı bulması ve yapının riskli olmadığını tespit ettiği takdirde durum, derhal ilgili Tapu Müdürlüğüne bildirilir ve Tapu Müdürlüğüne beyanlar hanesine riskli yapı olarak kaydedilen beyan kaldırılır¹¹³. Riskli yapı tespiti raporuna karşı itiraz dilekçesi verilmemesi veya verilen itirazın teknik heyetçe reddedilmesi sonucu, riskli yapı tespitinin kesinleşmesi halinde Müdürlük tarafından gerekli tebligatlar yapılarak riskli yapının yıktırılması İdareden istenecektir¹¹⁴.

6306 sayılı Kanun m. 6/A kapsamında Bakanlıkça resen yapılan tespitlere itiraz edildiğinde teknik heyetin üç gün içerisinde itirazı karara bağlaması gerektiği belirtilse de, bunun dışındaki durumlar için ne Kanun ne de Yönetmelik'te itirazın hangi süre zarfında karara bağlanması gerektiği öngörülmemiştir. Bu durumda İdari Yargılama Usulü Kanunu¹¹⁵ (İYUK) m. 11'de yer alan genel düzenlemeye göre başvuru yapıldığı tarihten itibaren otuz gün içerisinde cevap verilmemişse istek reddedilmiş sayılır¹¹⁶.

B. Dava

6306 sayılı Kanun m. 6/9 uyarınca, raporun yapı maliklerine tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde dava açılarak riskli yapı tespit raporunun iptali istenebilir¹¹⁷. İdari işlem ve eylemlere karşı açılan davalarda görevli mahkeme, riskli yapının bulunduğu yerdeki İdare Mahkemeleridir¹¹⁸. 6306 sayılı Kanun m. 6/9'da belirtildiği üzere, riskli yapı tespit işlemleri de idari işlemler olduğundan riskli yapı tespiti ile ilgili uyuşmazlıkların idari yargıda görülmesi gerekmektedir¹¹⁹. Bu nedenle iptal davası idare mahkemelerinde açılmamışsa

¹¹² Öngören (n 20) 136; Özsunay, Düşünceler (n 46) 21; Yazıcı (n 52) 47.

¹¹³ Kiraz, A-dan Z-ye (n 41) 12.

¹¹⁴ Yazıcı (n 52) 47; Ellek (n 28) 382.

¹¹⁵ İdari Yargılama Usulü Kanunu, Kanun Numarası: 2577, Kabul Tarihi: 06.01.1982, RG 20.01.1982/17580.

¹¹⁶ Gürsel (n 18) 214; Akbey Erdidal (n 15) 82.

¹¹⁷ Davanın sadece yapı malikleri tarafından açılabileceğine dair bkz. Danıştay 6. Dairesi, E. 2019/19729, K. 2020/3549, T. 11.03.2020, <<https://www.lexpera.com.tr>>, Erişim Tarihi: 05.10.2022.

¹¹⁸ Özdemir ve Koç (n 44) 19, 29; Karaduman (n 46) 58.

¹¹⁹ Öngören (n 20) 140; Gürsel (n 18) 218, 219; Çaptuğ (n 18) 156; Ali Güvenç Kiraz, "6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Yasanın İdare Hukuku ve Özel Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi" (2020) 94(3) İstanbul Barosu Dergisi 154, 156; Çakır ve Ülker (n 1) 1074.



mahkeme “görevsizlik kararı” verecektir veya dava, idari yargı yerine adli yargıda açılmışsa İYUK m. 9 uyarınca, görevsizlik kararının kesinleşmesinden itibaren otuz gün içinde idari yargıda dava açılması gerekmektedir¹²⁰.

İptal davasının açılabilmesi için davanın açılması belirli sürelerle tabi olmalıdır. Dava açma süresinin kaçırılmış olması durumunda dava, işin esasına girilmeden reddedilecektir¹²¹. İdari işlemlere karşı dava açma süresinin, İYUK m. 7 uyarınca özel kanunlarda ayrı süre gösterilmeyen hallerde 60 gün olduğu hükme bağlanmıştır. 6306 sayılı Kanun’da ise dava açma süresi 30 gün olarak öngörülmüştür¹²². 6306 sayılı Kanun özel kanun niteliğini haiz olduğundan idari işlemlere karşı açılacak davaların 30 gün içinde açılması gerekmektedir¹²³. Bu madde, hak arama özgürlüğünü kısıtladığı gerekçesiyle iptal edilmesi üzere Anayasa Mahkemesi’ne götürülse de, Anayasa Mahkemesi kararında¹²⁴; söz konusu maddede olağan dava açma süresinden daha kısa bir süre öngörülmesinin sebebinin, can ve mal güvenliğini daha kısa süre içerisinde sağlamak olduğunu, kentsel dönüşüm uygulamalarının seri şekilde ilerleyebilmesi adına dava açma süresinin kısaltılabileceğini, 30 günlük sürenin makul olduğunu ve hak kaybı yaratmayacağını belirterek iptal istemini reddetmiştir¹²⁵.

6306 sayılı Kanun’da riskli yapı tespit raporuna karşı dava açılmadan önce, idari itiraz işleminin yapılmasının zorunlu olduğuna dair emredici bir hüküm bulunmamaktadır. Bu hususla ilgili Kanun’da “15 gün içerisinde itiraz edilebilir” hükmü mevcuttur. Yani düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, kanun koyucu ihtiyari itiraz öngörmüştür¹²⁶. Bu durumda riskli yapı tespit raporuna karşı idare nezdinde itiraz edilmeden de dava açılabileceği düşünülmektedir¹²⁷. Nitekim İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi E. 2016/123, T. 30.12.2016 ve K. 2016/100 sayılı kararında; riskli yapı raporuna itiraz etmeden dava açıldığı için davayı incelenmeden reddeden ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmış ve rapora itirazın mevzuatta seçimlik hak olarak öngörüldüğünü, dolayısıyla davacının riskli yapı raporuna karşı doğrudan dava açma hakkı olduğunu ifade etmiştir.

¹²⁰ Gürsel (n 18) 219.

¹²¹ Öngören (n 20) 140.

¹²² Karadabağ (n 15) 89.

¹²³ Nida Malbeleş, “Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin İdari Uyuşmazlıkların Yargısal Denetimi (Usul)”, Melikşah Yasin ve Cenk Şahin (eds), Kentsel Dönüşüm Hukuku (İstanbul Üniversitesi S.S.ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları 2015) 215; Sezer ve Bilgin (n 11) 390; Saltık (n 42) 75; Gürsel (n 18) 221.

¹²⁴ Anayasa Mahkemesi Genel Kurul, E.2012/87, K.2012/41, T.27.02.2014, <<https://www.lexpera.com.tr>>, Erişim Tarihi: 05.10.2022.

¹²⁵ Çaptuğ (n 18) 161.

¹²⁶ Çakır ve Ülker (n 1) 1074; Karaduman (n 46) 58.

¹²⁷ Saltık (n 42) 75; Ellek (n 28) 382; Akbey Erdidal (n 15) 62; Karadabağ (n 15) 86.

Hem itiraz hem de dava için öngörölmüş süre tebliğ tarihi ile başlamaktadır¹²⁸. Eğer itiraz için Müdürlüğe dilekçe ile başvuru yapılmışsa idari başvuru ile birlikte dava süresi duracaktır. Sürenin o ana kadar işleyen kısmı dava açma süresinin geçmiş kısmı olacaktır. İdareden gelecek sonuca göre dava açma süresi, kalan süre açısından yeniden hesaplanacaktır¹²⁹. Çünkü itirazın teknik heyet tarafından ne zaman karara bağlanmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla ilgili olarak Danıştay, İYUK m. 11'in genel düzenleme olduğunu ve riskli yapı tesit raporuna yapılan itiraza da uygulanması gerektiğini ifade etmiştir¹³⁰. Yani rapora itiraz edildiği andan itibaren 30 gün içerisinde talebe cevap gelmez ise talep reddedilmiş sayılacaktır. Ret kararının yapı malikine tebliğinden sonra veya 30 günlük süre sonunda itirazın zımnen reddedilmiş sayıldığı durumlarda dava açma süresi kaldığı yerden tekrar işleme başlayacaktır¹³¹.

İptal davası açıldıktan sonra idari işlem esas yönünden yargısal denetime tabi tutulmaktadır. Bu sırada yetki, amaç, konu, şekil ve sebep unsurları bakımından işlemi sakatlayan durum olup olmadığı incelenmektedir. Eğer riskli yapı tespiti işleminin unsurlarında işlemi sakatlayan herhangi bir durum meydana çıkmamışsa İdare Mahkemesi, açılan iptal davasının esastan reddine karar verecektir¹³². İYUK m. 45/1 uyarınca, iptal davasının esastan reddedilmesi halinde davacı, kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde yetkili idare mahkemesinin bulunduğu yargı çevresindeki Bölge İdare Mahkemesi'ne istinaf yoluna başvurabilir. Bölge İdare Mahkemesi'in kararına karşı ise taraflar, İYUK m. 46 uyarınca 30 gün içerisinde Danıştay'a temyiz başvurusunda bulunabilirler¹³³.

İptal davasının en önemli özelliği, davaya konu olan idari işlemin iptalini sağlamasıdır. Ancak mahkeme, kararı iptal etse dahi bu kararın yerine başka bir karar alamaz. Bir iptal davası kabul edildiği zaman, dava sonuçlanana kadar bireylerin geçici bir yargısal korumadan yararlanmasını sağlayan en önemli hukuksal araç yürütmenin durdurulması kararıdır¹³⁴¹³⁵. Zira İYUK m. 27'ye

¹²⁸ Malbeleş (n 122) 216.

¹²⁹ Öngören (n 20) 142.

¹³⁰ Bilke (n 51) 165.

¹³¹ Öngören (n 20) 142; Özdemir ve Koç (n 44) 27; İdari başvurunun dava süresini durdurması ve iptal davasının zaman aşımına uğraması hususlarına dair bkz. Danıştay 14. Dairesi, E.2016/626, K.2017/17, T.18.01.2017; Danıştay 14. Dairesi, E.2016/11006, K.2017/216, T.11.04.2017; İtiraza 60 gün içerisinde cevap verilmemesinin zımnen redd sayılmasına dair bkz. Danıştay 14.Dairesi E. 2016/11006, K.2017/2167, T.18.01.2017, <<https://www.lexpera.com.tr>>, Erişim Tarihi: 05.10.2022.

¹³² Gürsel (n 18) 232, 239.

¹³³ ibid 232.

¹³⁴ Çaptuğ (n 18) 197; Kiraz, 6306 sayılı (n 118) 157.

¹³⁵ Kanunun 6. maddesinin 2014 yılına kadar mevcut olan metninde açılan davalarda



göre, idari işleme karşı dava açılması, işlemin yürütmesini durdurmaz. Bunun için işlemin yürütülmesini engellemek isteyen taraf mahkemeden yürütmenin durdurulmasını talep etmelidir¹³⁶. Yani riskli yapı tespitine karşı iptal davasının açılmış olması, kararın uygulanmasını durdurmak için tek başına yeterli bir sebep değildir. Bu nedenle dava açılmış olsa dahi 60 günden az olmayarak, Müdürlük tarafından öngörülen sürenin bitmesinden sonra binanın yıkılması söz konusu olabilir. Ülkemizde davaların bu kadar kısa bir süre içerisinde karara bağlanmadığı göz önünde bulundurulduğunda açılan davanın bir anlam ifade edebilmesi için İdare Mahkemesi'nin, davada ileri sürülen delilleri esas alarak “Yürütmenin Durdurulması Kararı” vermesi gerekmektedir¹³⁷. İdare Mahkemesi sadece “Telafisi Güç ve İmkansız Zararların Doğması ve işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi” hallerinde riskli yapı kararının yürütmesinin durdurulmasına karar verebilir. Riskli yapı kararının uygulanmasının durdurulabilmesi için çok ciddi delillerin bulunması gerekmektedir. Riskli yapı tespiti, tamamen teknik bir konu olduğundan tespitin yönetmelik hükümlerine aykırı yapılmış olduğu takdirde, bu husus belgelenmelidir veya yeni bir riskli yapı tespit işlemi yaptırılarak İdare Mahkemesine belge ile başvuru yapılmalıdır. Herhangi bir belge ibraz edilmeden riskli yapı kararına itiraz edilmesi halinde, İdare Mahkemesi'nin yürütmenin durdurulması kararı vermesi mümkün olmayacaktır¹³⁸.

İşleminin iptaline ilişkin kararla birlikte işlem tesis edildiği tarihten itibaren ortadan kalkacaktır. Bu nedenle riskli yapı tespitinden önceki hukuki duruma geri dönmelidir. Bu geri dönüş tespiti yapan makamın iptal kararını uygulamasıyla mümkün olacaktır. İptal kararı riskli yapı statüsünü ortadan kaldırdığından tapu kütüğündeki riskli yapı ibaresinin silinmesi için ilgili tapu müdürlüğüne bildirim yapılabilir¹³⁹.

İdare, yargı kararlarına tartışmasız uymakla yükümlüdür. Kararın öngörülen süre içerisinde yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru niteliğindedir ve kararı yerine getirmeyen idare ve kamu görevlileri maddi ve manevi zarardan sorumludur. Fakat İdarenin mahkeme kararını yerine getirmesi her daim mümkün olmayabilir. Örneğin, eğer dava açıldıktan sonra yürütmenin durdurulması kararı verilmemişse ve bu yargı sürecinde yıkım işlemi gerçekleşmişse sonuç olarak İdare Mahkemesi iptal kararı verse dahi, kararın İdarece yerine getirilmesi fiilen

yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğine dair cümle yer almaktaydı. Söz konusu hüküm, Anayasa Mahkemesinin 27.02.2014 tarihli ve E.2012/87 ve K.2014/41 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

¹³⁶ Malbeleş (n 122) 219; İlgezdi (n 10) 177; Karadabağ (n 15) 94.

¹³⁷ Saltık (n 42) 74-75.

¹³⁸ ibid 73.

¹³⁹ Gürsel (n 18) 136; Kiraz, 6306 sayılı (n 118) 157.

mümkün değildir. Ancak fiilen imkânsızlık İdare tarafından kendi başına belirlenemez. Kararın uygulanıp uygulanamayacağına idari yargı karar verecektir¹⁴⁰.

SONUÇ

6306 sayılı Kanun m. 2’de riskli yapı kavramı, “riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapı” olarak tanımlanmıştır. Yönetmelik m. 7’de ise riskli yapı tespitinin; kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü, insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan yapılar ile hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar hakkında yapıldığı belirtilmiştir. İmar mevzuatı dikkate alındığında söz konusu hükmün, İK’de yer alan “bina” kavramına tekabül ettiği anlaşılmaktadır. Bu noktadan hareketle, riskli yapı tespiti işlemlerinin sadece riskli binaları kapsayacağı sonucuna varılabilir. Ayrıca, inşaat halinde olduğu için ikamet edilmeyen, metrukluk veya herhangi bir sebepten yapı bütünlüğü bozulmuş olan yapılar hakkında da riskli yapı tespiti yapılamaz.

Yapının “ekonomik ömrü” geniş kavram olsa da bu kavramın sınırlarını belirlemek için mevzuatta herhangi bir kıstas belirlenmemiştir. Bu nedenle, riskli yapıların kapsamının 6306 sayılı Kanun’un amacına aykırı bir şekilde genişlemesini önlemek adına yapının ekonomik ömrü değerlendirilirken yapının diğer bütün işlevlerini, aynı zamanda fiziksel ömrünü de tamalayıp tamamlamadığının dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Yapının ağır hasar görme veya yıkılma riski taşıyıp taşımadığı ise yapının ait olduğu sınıf, bulunduğu yerin fiziksel özellikleri, söz konusu bölgede gerçekleşebilecek afetler vs. dikkate alınarak ilmi ve teknik verilere dayanılarak belirlenir.

6306 sayılı Kanun m. 3/1 uyarınca riskli yapı tespiti yaptırma yetkisi, öncelikle kendi rızasıyla veya Bakanlığın isteyi üzerine yapı malikleri veya onların kanuni temsilcilerine verilmiştir. Yapının yalnızca bir malikinin bulunduğu durumlarda riskli yapı tespiti yaptıracak olan kişiyi belirlemek kolay olsa da, aynı işlemin birlikte mülkiyette olan veya kat mülkiyetine tabi yapılar hakkında yaptırılacağı durumlarla ilgili doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bu anlamda, riskli yapı tespiti başvurusu için paydaşların (veya ortakların) oy çokluğu veya oy birliğinin sağlanması gerektiğine dair görüşler mevcut olsa da, uygulamada tek bir malikin başvurusu yeterli bulunmaktadır. Maliklerin yanı sıra Bakanlık ve İdare’nin de riskli yapı tespiti yaptırma yetkisi vardır. Tespitin malikler tarafından yaptırılmadığı veya kasten geciktirildiği durumları önlemek adına Bakanlık ve İdare’ye böyle bir yetki tanınmıştır.

¹⁴⁰ ibid 137.



Tespitin kim tarafından yaptırılması farketmeksizin tespit masrafları yapı maliklerine aittir. Bakanlık veya İdarece yapılan veya yaptırılan riskli yapı tespit masrafları, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre, hisseleri oranında maliklerden tahsil edilir. Birden fazla maliki bulunan yapılarda, tespitin paydaşlardan sadece biri tarafından yaptırıldığı durumlarda masrafların diğer paydaşlardan nasıl tahsil edileceğine dair 6306 sayılı Kanun'da veya Yönetmelik'te herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce, bu durumlarda tespiti yaptıran malikin, diğer maliklere karşı rücu hakkı bulunmalıdır.

Tespit işlemleri tamamlandıktan sonra yapının riskli olduğu kesinleşmişse tespiti yapan kurum veya kuruluşun riskli yapı raporunu tanzim etmesi gerekmektedir. Söz konusu raporla ilgili ayni ve şahsi hak sahiplerine bilgi verilir ve yapı malikleri tarafından itiraz edilmeyeceği takdirde yapının dönüşüme tabi tutulacağına dair tebligat yapılır. Tebligat tarihinden itibaren 15 gün içerisinde rapora yapı malikleri tarafından itiraz edilebileceği 6306 sayılı Kanun ve Yönetmelik'te öngörülmüştür. Bu nedenle eğer itiraz, malikler veya malik vefat etmişse mirasçı tarafından ve tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde yapılmamışsa işleme alınmayacaktır. 6306 sayılı Kanun veya Yönetmelik'te itirazın hangi süre içerisinde değerlendirileceği belirtilmediğinden İYUK m. 11 uyarınca, otuz gün içinde karara bağlanmamış itirazlar zımnen reddedilmiş sayılacaktır.

İtirazın yanı sıra, rapora karşı yapı malikleri tarafından iptal davası açılabileceği de 6306 sayılı Kanun'da öngörülmüştür. İptal davası, raporun maliklere tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde İdare Mahkemelerinde açılabilir. Rapora karşı idari itiraz, ihtiyari nitelikte olduğundan davanın açılabilmesi için daha önce itiraz edilmiş olması şartı aranmamaktadır. Başka bir deyişle, rapora itiraz etmemiş veya itiraz süresini kaçırmış olan malikler, iptal davası açabilecektir. Hem itiraz hem de iptal davası için öngörülen süreler, raporun maliklere tebliğ edildiği andan itibaren işlemeye başlar. Eğer bu süre içerisinde rapora itiraz edilirse başvuruyla birlikte dava süresi de duracaktır. Şayet itiraz heyet tarafından reddedilirse veya otuz günlük sürenin dolması sebebiyle zımnen reddedilmiş sayılırsa dava süresi kaldığı yerden devam edecektir.

Mahkeme, talebi kabul ederek iptal kararı verirse yapılan işlem tesis edildiği tarihten itibaren ortadan kalkacaktır. İptal kararı, riskli yapı statüsünü ortadan kaldırdığı için tapu kütüğündeki riskli yapı ibaresinin kaldırılması için ilgili tapu müdürlüğüne bildirim yapılmalıdır. Talebin mahkeme tarafından reddedildiği durumlarda ise davacı, İYUK m. 45 uyarınca karara karşı Bölge İdare Mahkemesi'ne istinaf yoluna, Bölge İdare Mahkemesi'nin kararına karşı ise Danıştay'a temyiz yoluna başvurabilecektir.

KAYNAÇÇA

Akbey Erdidal D, Riskli Alan - Riskli Yapı Tespiti ve Hukuki Sonuçları (Seçkin 2020).

Arslan N, “Kentsel Dönüşüm Sürecinde Riskli Yapı Tespiti Üzerine Alınacak Kararlar ve Akdedilebilecek Sözleşmeler” (2021) 12(47) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 347-371.

Ayanoğlu T, Yapı Hukukunun Genel Esasları (Vedat Kitapçılık 2014).

Bekem İ, Gültekin AB ve Dikmen ÇB, “Yapı Ürünlerinin Hizmet Ömrü Açısından İrdelenmesi; Betonarme örneği”, 5. Uluslararası İleri Teknolojiler Sempozyumu (Karabük 2009).

Beyazkılıç Y, Kentsel Dönüşümün Özel Hukuk Alanında Getirdiği Sorunlar (Seçkin 2017).

Bilke E, Kentsel Dönüşüm Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanların Tespit ve Yargısal Denetimi (Adalet 2019).

Budak A, Uysal H ve Aydın AC, “Kırsal Yapıların Deprem Karşısındaki Davranışı”(2004) 35(3-4) Atatürk Üniversitesi Ziraat Fakültesi Dergisi, 209-219.

Celep AE, Yeniden İnşa veya İmar Sebebiyle Tahliye ve Kentsel Dönüşümde Kiracının Durumu (On İki Levha, 2018).

Çakır HB, “Kentsel Dönüşüm Kapsamında Riskli Yapıların Yıkılması ve Yeniden Değerlendirilmesi Sürecinde Meydana Gelen Uyuşmazlıklar” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi 2018).

Çakır HM ve Ülker B, “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapılarda Pay (Hisse) Satışı”, (2021) 27(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1066-1106.

Çaptuğ M, İdare Hukuku Açısından Kentsel Dönüşüm (Seçkin 2016).

Çınar HB, “Kentsel Dönüşümde Riskli Yapı Kavramı ve Riskli Yapının Unsurları” (2018) 9(6) İstanbul Barosu Dergisi, 196-200.

Çolak Nİ, “Kentsel Dönüşüm Mevzuatının Hukuksal Değerlendirilmesi”, <<http://www.ilkercolak.com.tr/kentsel-donusum-mevzuatinin-hukuksal-degerlendirmesi/>>, Erişim Tarihi: 02.03.2019.

Ellek AA, “Riskli Yapı Hakkında Karar Alma Usulü ve Usuli Eksikliklerin Kararın Geçerliliğine Etkisi” (2021) 7(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 375-393.



Göker Ş ve Karaşin A, “Depremde Hasar Gören Kırsal Yapılar İçin Bir Yapısal Hasar Değerlendirmesi” (2015) 6(1) Mühendislik Dergisi, 31-38.

Gürsel E, Kentsel Dönüşüm: 6306 Sayılı Kanun Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanlarda Riskli Yapı ve Hukuki Rejimi (Adalet 2018).

İlgezdi AR, Adım Adım Kentsel Dönüşüm (3. Baskı, Seçkin 2022).

İnal E, Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı (On İki Levha 2017).

Kandaloğlu N, Kentsel Dönüşüm, Erol Köktürk (ed), (2. Baskı, Seçkin 2016).

Kara İ, “Kentsel Dönüşüm ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri” (2016) 3(1), Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 149-174.

Karadabağ H, Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Kentsel Dönüşüm (Legal 2020).

Karaduman E, “Kentsel Dönüşüm Mevzuatı Çerçevesinde İnşaat Sözleşmesi” (Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2021).

Karaman K, “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Kapsamında Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Süreci ve Sürecin Özel Hukuk Alanına Etkileri” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi 2018).

Kaplan O, İdare Hukuku Yönünden Afet Riski Altındaki Alanların Kentsel Dönüşüm Süreci (On İki Levha 2017).

Kiraz AG, “6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Yasanın İdare Hukuku ve Özel Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi” (2020) 94(3) İstanbul Barosu Dergisi, 154-161.

Kiraz AG, A-dan Z-ye Kentsel Dönüşüm: Kentsel Dönüşüm İle İlgili Pratik Bilgiler ve Dilekçeler (8. Baskı, Beta 2019).

Kisbet İK, “Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı Tespiti” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Maltepe Üniversitesi, 2022).

Kurşat Z, “6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, Melikşah Yasin ve Cenk Şahin (eds), Kentsel Dönüşüm Hukuku (İstanbul Üniversitesi S.S.ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları 2015).

Küçük FC, “6306 Sayılı Kanun ve 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği Kapsamında Riskli Alan, Riskli Yapı ve Rezerv Yapı Alanlarının Değerlendirilmesi” (2018) 2(1) Konya Barosu Dergisi Konya Barosu Dergisi, 135-151.

Malbeleş N, “Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin İdari Uyuşmazlıkların Yargısal Denetimi (Usul)”, Melikşah Yasin ve Cenk Şahin (eds), Kentsel Dönüşüm Hukuku (İstanbul Üniversitesi S.S.ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları 2015).

Öngören G, Kentsel Dönüşüm Hukuku (Öngören Hukuk 2013)

Özay OL ve Demirbaş F, “6306 Sayılı Kanun Bakımından Kentsel Dönüşüm Süreci ve Tapu Sicil İşlemleri Bakımından Değerlendirilmesi” (2017) 8(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 217-248.

Özdemir HE ve Koç M, “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Uygulama Alanlarının Tespitine İlişkin İdari İşlemlere Karşı İtiraz ve İptal Davası Yolu” (2017) 4(2), İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19-42.

Özmen ES ve Şengül M, Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Aynı Haklar ve Şerhler (6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Hükümlerince) (On İki Levha 2018).

Özmen ES ve Aydın GS, “Birlikte Mülkiyette (Paylı Mülkiyet/Elbirliği Mülkiyeti) Yapılan Kazandırıcı İşlemler ve 6306 Sayılı Kanun’a Dayalı Uygulama” (2015) (1) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13-38.

Özsunay E, 6306 sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler (Vedat Kitapçılık 2015).

Özsunay E, “Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Trajedisi: 6306 sayılı Kanun’un Uygulanmasında Yargıya Götürülen Sorunlar”, Emrehan İnal ve Başak Baysal, İnşaat hukuku ve Uygulaması (On İki Levha 2017).

Saltık Ş, Tüm Yönleriyle Kentsel Dönüşüm (4. Baskı, Seçkin 2022).

Sezer Y ve Bilgin H, Açıklamalı-İçtihatlı İmar Kanunu Uygulama Rehberi (3. Baskı, Adalet 2021).

Sönmez M, Kentsel Dönüşüm Hukuku: Teorik ve Uygulamalı Bir Anlatım (2. Baskı, Seçkin 2020).

Şimşek S, Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Uygulamaları (4. Baskı, Seçkin 2016).

Tezcan M ve Canbolat B, “Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Arsa Payı Problemi” (2018) (138) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 107-134.

Üstün G, Kentsel Dönüşüm Hukuku (On İki Levha 2014).

Yağcı K, “Kat Mülkiyetine Tabi Binaların Kentsel Dönüşüm Çerçevesinde Yıkılıp Yeniden Yapıtılmasında Arancak Karar Nisabı”, Tufan Öguz ve Baki İlkay Engin (eds), Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Eşya Hukuku (On İki Levha 2017).

Yalçın Y, “Kentsel Dönüşüm Hukukunda Mülkiyet Hakkı Sınırlamaları” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2018).

Yazıcı G, Yargı Kararları Işığında Kentsel Dönüşüm, Riskli Yapılar ve Yargısal Denetim (Seçkin 2018).



Yıldız F, İmar bilgisi : Planlama - Uygulama - Mevzuat (12. Baskı, Nobel 2020).



FOUCAULT PERSPEKTİFİNDEN CEZALANDIRMA ANLAYIŞINDAKİ DEĞİŞİM

Change in the Understanding of Punishing with Respect to Foucault's Ideas

Funda KAYA BOZOK*
Zeliha KILIÇPARLAR**

Özet

Makalede Foucault özelinde cezalandırma anlayışındaki değişim incelenmektedir. Foucault'ya göre, cezalandırma pratiğindeki dönüşüm ile iktidarın dönüşümü arasında bir paralellik bulunmaktadır. Geleneksel iktidarın hâkim olduğu dönemde, cezalandırma suç işleyen kişinin bedeni üzerinde şiddetli bir azap çekirme şeklinde görülmekteydi. Bu dönemde cezanın amacı kralın, iktidarını yeniden tesis etmektir. İktidarın dönüşümü ile birlikte suç işleyen kişinin bedeni öze ulaşmak adına kapatılan ve disipline edilen bir beden olarak görülmeye başlanmıştır. Artık cezalandırma ile amaçlanan, suç işleyen kişileri üretken ve itaatkâr hale getirmek adına bedeni disipline etmektir. Tarihteki iktidar anlayışlarına göre ceza ve infaz rejimindeki bu değişimler, Foucault'nun çalışmalarından yola çıkılarak ele alınmıştır.

Çalışmada suçlulara uygulanan aleni ve görkemli cezalandırma ayinlerinin yerini gözden uzakta ve sadece cezadan ibaret olmayan yeni tekniklere bırakılışı açıklanacaktır. Ayrıca azap çektirmekten, reform hareketlerinin gerçekleşmesiyle meydana gelen cezaların yumuşamasına, disiplinli iktidara ve onun en belirgin görüldüğü sistem olan panoptikona değinilmiştir. Son olarak hapisane sistemine dönüşümün nasıl gerçekleştiği ve iktidarın bu cezalandırma sistemlerinde nasıl görüldüğü ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Foucault, Cezalandırma, Hapsetme, Disiplin, İktidar.

Abstract

In this article, the change in the perspective of punishing is analyzed in terms of Foucault's ideas. According to Foucault, there is an analogousness between the change in the implication of punishing and the transformation of government. In the era of traditional government, punishment was regarded as a violent suffering upon the criminal's body. The aim of punishment in this era was to reestablish the king's authority. With the transformation of the government, the body of the criminal was started to be seen as a body that should be isolated and disciplined. After that, the aim

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 31.03.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 21.12.2022*

* Araş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Sosyal Bilimler Bölümü, kayafunda120@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-7095-7030>

** Araş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Sosyal Bilimler Bölümü, zelihakilicparlar@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-1250-8325>

of punishment became to discipline the body with the intention of making the criminal obedient and productive. These changes in the regime of punishment and execution according to the types of government in history are explained here with the help of Foucault's works.

The replacement of public and grand punishments applied to criminals with secluded and new technics which are more than just punishment is going to be explained in this work. Furthermore; the change from tormenting criminals to the softening of punishments after reform movements, disciplinarian governments and the panopticon prison system which shows the traits of discipline most apparently are being mentioned here, as well. Finally, how the transition to prison system took place and how the government power shows itself in this punishing systems are examined.

Key Words: Foucault, Punishing, Imprisonment, Discipline, Government.

GİRİŞ

Cezalandırma sistemleri tarihsel süreç içerisinde uygulandığı dönemin iktidar anlayışına, toplumsal ve ekonomik dönüşümüne paralel olarak değişkenlik göstermiştir. Mutlakiyetçi bir yönetim anlayışını benimseyen egemen iktidarın hâkim olduğu dönemlerde cezalandırma pratiğinin temelinde bedene yönelik ağır ve fiziksel işkenceler yer almaktaydı¹. Bu dönemde cezaların infazı halka açık bir şekilde gerçekleştirilmekteydi. Nitekim cezanın infazının toplumun geri kalanı bakımından da bir uyarı, ikaz fonksiyonu görmesi amaçlanmıştır. Toplumda adeta, suçlunun bedeni üzerinde iktidarın sınırsız iradesi konusunda bir farkındalık oluşturmaya çalışılmaktadır. Diğer bir deyişle bu cezalandırma sisteminde bir iktidar ekonomisi gizlidir².

Bedene yönelik işkenceye dayanan cezalandırma anlayışı 18. yüzyıldan itibaren değişmeye başlamıştır. Ceza adaleti bakımından yeni bir çağ olan bu dönemde, cezalandırmada insanlık anlayışı yeşermeye başlamıştır³. Bu dönemde, suç işlemiş olsa dahi her insanda bulunan insanlık onuruna saygı duyulması gerektiği anlayışı benimsenmiştir. Bu anlayışın bir gereği olarak işkenceden arındırılmış bir cezalandırma pratiği oluşturulmuştur. Artık insan, iktidarın cezalandırma gücünün sınırı haline gelmiştir⁴.

Cezalandırma pratiğindeki asıl dönüşüm devlet aygıtının gövdesiyle birleşen kapalı ve hiyerarşik bir mimari yapıya geçilmesiyle başlamıştır. Cezalandırma şekilleri arasında asıl kurumu oluşturan hapishane, ceza adaleti tarihi içerisinde “insanlığa adım atılması” bakımından önemli bir kırılma noktasını

¹ Êmile Durkheim, “Ceza Evriminin İki Kanunu” (2018) Sayı 24, Küresel Bakış Dergisi (Çev. Hâkim Burak Pol) 94.

² Ferda Keskin, “Foucault’da Şiddet ve İktidar” (2005) S. 96 (Kış- Bahar), Cogito Dergisi, 117, 118.

³ Durkheim, (n 3) 94.

⁴ Keskin, “Foucault’da Şiddet ve İktidar”, (n 4) 119.

oluşturmaktadır⁵. Bu dönemde insanlığa saygının toplumsal yapıya yerleşmesi ve kapitalizmin iş gücü ihtiyacı gibi nedenler de cezalandırma pratiğinde değişimleri beraberinde getirmiştir. Artık, ceza ve infazın amaçları ile infaz yöntemlerinde bir değişim söz konusudur. Mahkûmların, toplumdan tecrit edilme, yalnızlaştırılma ve çalıştırma gibi yöntemlerle dönüştürülmesi ve ıslah edilmesi amaçlanmaktadır⁶.

Hapishane kurumu disiplinci iktidara özgü bir mekanizmadır. Disiplinci iktidar, egemen iktidardan işleyiş şekilleri ve amaçları itibariyle oldukça farklıdır. Bu iktidar anlayışında, şiddete dayalı bir cezalandırma anlayışından ziyade sürekli ve varlığını her daim hissettiren bir mekanizma kurulmuştur. Disiplinci iktidar, üretkenlik - itaat eksenini etrafında bireyden daha fazla yararlanmak için onu dönüştürmeyi amaçlamaktadır. Bu amaçlarını kendini açığa çıkarmadan sürekli ve hesaplı bir ekonomi tarzına uygun bir şekilde gerçekleştirmektedir. Disiplinci iktidar, cezalandırmanın temeline bedeni disipline etmeyi yerleştirmiştir⁷.

Son olarak, 18. yüzyılın sonlarında “iktidarın görünür ve varlığının kanıtlanamaz olduğu ilkesi” üzerine oluşturulan Panoptikon sistemini incelemek gerekmektedir⁸. Disiplinci iktidarın kalabalıkları belli kurumlara yerleştirip, onlara istediği biçimi vermek için ihtiyaç duyduğu güçlü, titiz, daimi ve ekonomik aygıtlara en tatmin edici karşılık veren sistem Panoptikondur. Bu sistem disiplinci iktidarı ve kullandığı vasıtaları net bir şekilde yansıtmaktadır. Panoptikon mantığını ise, en çok hapishanelerde görmek mümkündür. Çünkü belli özelliklere sahip bir mimari yapı içerisine yerleştirme, tecrit, gözlem, güvenlik ve şeffaflık temasından oluşan panoptikonu, hapishane kurumu daha net yansıtmaktadır⁹.

1. Bir Ceza Pratiği Olarak Azap Çektirme

Modern devletin bir kurumu olan hapishane sistemi oluşturulmadan önce cezalandırma, suçlu damgası yiyen kişinin halka açık mekânlarda çeşitli işkencelerle idam edilmesi şeklinde görülmekteydi. O dönemde suç teşkil eden fiillerin niteliğine bakılmaksızın ön koşulu işkence olmak kaydıyla çoğunun cezası ölümdü¹⁰. Bu ölüm cezalarına çok sayıda acımasız bedensel cezalar eşlik

⁵ Michel Foucault, Hapishanenin Doğuşu (6. Baskı, İmge Kitabevi, 2015) Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 336.

⁶ Michel Foucault, “Hakikat ve Hukuksal Biçimler”, (2015), Büyük Kapatılma Michel Foucault Seçme Yazılar (Çev. Işık Ergüden) (4. Baskı) Ayrıntı Yayınları, 249.

⁷ Foucault, “Hapishanenin Doğuşu”, (n 7) 210.

⁸ Foucault, “Hapishanenin Doğuşu”, (n 7) 297.

⁹ Foucault, “Hapishanenin Doğuşu”, (n 7) 361,362.

¹⁰ Abdurrahman Saygılı, “Mikro-İktidarın Bir Fiziği: Hapishane” (2004) C. 53, S. 2, AÜHFHD 177, 178-179.



etmekteydi¹¹. Egemen iktidarın hâkim olduğu bu dönemde bedene uygulanan şiddetli işkenceler cezalandırma pratiğinin merkezinde yer almaktadır. İşkence kimi zaman suçluya işlediği suçu itiraf ettirmek, kimi zaman suça iştirak edenleri ortaya çıkarmak, kimi zaman suçluyu aşağılanma damgasından kurtarmak ve böylece gerek suçlunun gerekse toplumun diğer kesiminin kötülüklerden arınması anlamına gelmekteydi¹². Bu tür cezalar baskıcı ceza hukukunun bu dönemde hâkim olduğunu göstermektedir. Nitekim baskıcı ceza hukukunda “iktidar temelde bir tasarruf aracı olarak işler: iktidar bir el koyma hakkıdır, uyruğundakilerin varlığına, ürettiklerine, emeklerine ve hatta kanlarına; yani nesnelere, zamana, bedenlere ve nihai olarak yaşamın kendisine el koyar”¹³.

Foucault’nun, *Hapishanenin Doğuşu* adlı kitabı bu dönemin cezalandırma pratiğini ve bunun süreç içerisinde nasıl bir değişime uğradığını göstermesi bakımından önem taşımaktadır. Bu eser, Fransa Kralı XV. Louis’in üzerine bıçakla yürüyen ve yaralanmasına neden olan Robert Damiens’in kralı öldürmeye kalkışmak, aslında kral halkın tamamının babası olduğu için kendi babasını öldürmeye kalkışmak¹⁴ suçlamasıyla 1757’de ölüm cezasına çarptırılması ve bu cezanın infazı ile ilgili ayrıntıları betimleyerek başlamaktadır¹⁵. Damiens’in cezasının infazında şaşırtıcı olan nokta Foucault’un ayrıntılara bu kadar geniş yer vermesi değildir, betimlenen cezalandırma şeklinin infazın bizzat kendisinin olmasıdır¹⁶.

Mahkemenin kararına göre, Damiens’in bıçağı tutan eli sülfürle yakılacak; bedeninin çeşitli yerlerinden kızgın maşalarla et kopartılacak; etin koparıldığı yerlere eritilmiş kurşun, kızgın yağ, yanar halde reçine ile eritilmiş balmumu ve sülfür dökülecek; daha sonra vücudu atlarla çekilerek parçalanacak, parçalar yakılıp kül haline getirilecek ve son olarak küller rüzgârda savrulacaktır. Burada betimlenen infaz, tanımsız ve rastgele seçilmiş bir şiddet sahnesi de-

¹¹ Durkheim, (n 3) 87.

¹² Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (7. Baskı, İmge Yayınları, 2018) Çev. Sami Selçuk, 85.

¹³ Keskin, “Foucault’da Şiddet ve İktidar”, (n 4) 117, 119.

¹⁴ Gary Gutting, Foucault, (1. Baskı, Dost Kitapevi Yayınları, 2010) Çev. Hakan Gür, 117.

¹⁵ Burada Roth’un eserinde yer verdiği örneği belirtmek yerinde olacaktır: “*Mesela Thames Nehri kıyısındaki Wapping’in adı “İdam Rıhtımı”na çıkmış, zira burada korkunç infazlar tatbik edilmişti. Sonra Kaptan William Kidd’i idam etmekle yetin(e)meyen İngiliz yetkililer cesedine dahi –burada zikretmekten imtina ettiğimiz- “insanlık dışı” muameleler yapacaklardı. Afrika’nın Batı kıyısındaki Cape Coast Kalesi, Virginia’daki Williamsburg ile James Nehri arasındaki “Darağacı Yolu” gibi yerler “İdam Rıhtımı”nın başka coğrafyalardaki muadilleriydi.*” Mitchel Roth, Göze Göz - Suç ve Cezanın Küresel Tarihi, (1. Baskı, Can Yayınları, 2017) Çev. Barışhan Erdoğan, 297-300.

¹⁶ Keskin, “Foucault’da Şiddet ve İktidar”, (n 4) 117.

ğil, monarşik hukuka göre bir cezalandırma örneğidir¹⁷. Ayrıntılı bir şekilde tasarlanmış bir cezalandırma usulü söz konusudur. Örneğin, vurulan kamçı sayısı, kızgın demirin basılacağı yer, odun yığını veya tekerlek üzerindeki can çekişme uzunluğu, uygulanacak sakatlamamanın tipi gibi ayrıntılar hesaplanmış ve önceden belirlenmiştir¹⁸. Azap çektirmenin aşırılıklar içinde gerçekleşmesi doğru ise de, ona ilişkin asıl gerçek ve vurgulanması gereken nokta içinde bir iktidar ekonomisini barındırmasıdır¹⁹.

Foucault'a göre, 19. yüzyıla kadar ciddi suçlara karşı uygulanan her ceza bir işkence, şiddete dayalı fiziksel bir cezalandırma şeklinde görülmüştür. İşkence bu dönemde çok yönlü olarak kullanılmaktadır. Öncelikle yasal bir sorgulama yöntemi olarak cezalandırmaya neden olan olayın aslının ortaya çıkarılmasını sağlamak için buna başvurulur. Diğer yandan cezanın infazı aşamasında uygulanan işkence ile suçun aslının, infazı izleyenlerce suçlunun bedeninde tanınması amaçlanmıştır²⁰. Nitekim Foucault, bu azap çektirme törenlerinde halkın orada olmasını ve bu cezalandırma yöntemini izlemesinin onlar bakımından da bir uyarıcı işleve sahip olduğunu düşünmektedir. Foucault'a göre;

Bu dehşet sahnesinde halkın rolü ikirciklidir. Seyirci olarak çağrılmıştır: gösterilere, suçun herkesin önünde itiraf edilmesine davetlidir;...insanların bilmeleri yetmez, gözleriyle görmeleri de gerekir. Çünkü korkmaları gerekir; ama aynı zamanda cezalandırmanın kefilleri olarak tanık olmaları ve belli bir noktaya kadar bu işe katılmaları gerekir. Tanık olmak, onların sahip oldukları ve üstlendikleri bir haktır; gizli tutulan bir azap çektirme, ayrıcalıklı kişiye uygulanan işkencedir ve böylesine durumların çoğunda işkencenin tüm katılığıyla uygulanmadığından kuşku duyulmaktadır²¹.

Cezalandırmanın tüm insanlığa bir uyarı şeklinde olması gerektiği anlayışı Roma'nın ilk yazılı kanunnamesi olarak kabul edilen "On İki Levha Kanunlar"ı dönemine kadar gitmektedir. Nitekim bu dönemde Roma'nın ölüm arena-sı olarak bilinen 'Colosseum'da yaklaşık iki yüzyıl boyunca iktidarın yaşam ve ölümü üzerindeki egemenliğini gösterdiği bir mekân işlevi görmüştür²².

Halka açık olarak yapılan işkencenin yasal işlevi yanında bir de siyasi işlevi vardır. Başka bir ifadeyle işkencenin aşırılıklarında bir iktidar ekonomisi gizli-

¹⁷ İbid 118.

¹⁸ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 74.

¹⁹ Saygılı, "Mikro-İktidarın Bir Fiziği: Hapishane", (n 12) 180.

²⁰ Keskin, "Foucault'da Şiddet ve İktidar", (n 4) 118.

²¹ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 105.

²² Roth (n 17) 30, 80, 82.

dir. Azap çektirme uygulaması, cezalandırma örneğinin insanların her birinde derin izler bırakmasından çok bir iktidar siyasetine dayanmaktadır. Bu siyasetin temeli, hükümdarın suçlunun bedeni üzerindeki sınırsız iradesi konusunda tüm toplumda bir farkındalık uyandırma anlayışına dayanır. Azap çektirme, adaleti yerine getirmekten ziyade iktidarı yeniden işler kılmaktadır. Azap çektirme töreni, yasaya iktidarını veren güç ilişkisini gün yüzüne çıkartmaktadır²³.

Klasik çağ olarak adlandırılan 17. yüzyılın ortasından 18. yüzyılın sonuna kadar uzanan dönemin, ki bu dönem yaklaşık olarak monarşi kurumuyla örtüşmektedir, hukuk anlayışına göre, yasa ihlali muhtemel olarak yol açabileceği zararın ötesinde hatta çiğnediği kuralın ötesinde yasayı geçerli kılanın yani hükümdarın hakkına zarar vermektedir. Suç, asıl kurbanının dışında hükümdara da saldırmaktadır. Nitekim yasanın hükümdarın iradesi olduğu göz önüne alındığında hükümdara karşı kişisel bir saldırıdan bahsetmek gerekir. Bunun yanında, yasanın gücü hükümdarın gücü olarak kabul edildiği için hükümdara yönelik fiziksel bir saldırı da söz konusudur²⁴. Bu durumda suçlunun toplumun bir üyesi olmaktan çıkarılması ve hatta öldürülmesi meşru bir temele dayanmaktadır. Bu meşru temelin açıklanması bakımından Rousseau'nun görüşleri önemlidir. Rousseau'ya göre;

Kötülük yapan her insan, toplumun haklarını çiğnerken işlediği ağır suçlarla yurduna başkaldırmış ve hainlik etmiş olur; yasalarını çiğnemekle yurdun üyesi olmaktan çıkar, hatta ona savaş açmış sayılır. O zaman devletin korunmasıyla onunki birbiriyle bağdaşamaz; ikisinden birinin yok olması gerekir ve suçlu öldürülürse, artık bir yurttaş olarak değil, bir düşman olarak öldürülür. Yargılama ve karar onun toplum sözleşmesini çiğnediğini ve dolayısıyla devletin üyesi olmaktan çıktığını gösterir²⁵.

Hükümdarın iradesi yasa niteliği taşıdığından bir suç işlenerek yasanın ihlal edilmesi aynı zamanda hükümdara karşı gelmek niteliğindedir. Dolayısıyla hükümdarın müdahalesi iki hasım arasında hakemlik yapmaya ya da herkesin hakkına saygı duyulmasını sağlamaya yönelik eylemden ziyade, ona karşı saldırıda bulunan kişiye doğrudan verilen bir karşılıktır. Bu sebeple ceza, aynı zamanda içinde hükümdarın fiziki ve siyasi gücünün de mevcut olmasından dolayı hem kişisel hem de kurumsal bir intikam aracıdır²⁶.

²³ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 94-95.

²⁴ İbid 91-92.

²⁵ Jean Jacques Rousseau, Toplum Sözleşmesi, (9. Baskı İş Bankası Kültür Yayınları 2012) Çev. Vedat Günyol, 32.

²⁶ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 91-92.

2. Cezalandırma Sisteminde Dönüşüm: İslahat Hareketleri

Halka açık infazlara ve işkencelere karşı tepkiler, 18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ciddi bir şekilde artmıştır. Bu dönemde ceza, yavaş yavaş bir sahne olmaktan çıkmıştır. Cezanın seyirlik unsur olarak içerebileceği her şey artık olumsuz bir gösterge haline gelmiştir²⁷. Hükümdarın, iktidarını göstermek zorunda olan bu ceza törenlerinde roller tersine dönmüş, iktidar sahipleri alaya alınmış ve suçluların kahraman haline büründüğü tam bir karnavala dönüşmüştür²⁸. Halkın azap çektilmesindeki yönlendirici tavırları, suçlu lehine bir acıma duygusu haline bürünmüştür. Azap çektilme törenlerinde suçlu olan kişiden beklenen suçunun kötülüğünü kabul ederek, verilen cezayı kendisinin de onaylaması²⁹ iken bu törenler mahkûmun taşkınlığına sebebiyet verecek hal almıştır. Nitekim öleceğini bilen kişi bunun verdiği öfke ve cesaretle kendisinden beklenenin dışında davranmakta ve izleyen halktan destek alabilmekteydi³⁰. Şiddetin aniden tersine dönebildiği bu infaz törenlerinde, hükümdarın iktidar gücünün artmasından daha çok, suçlu ile halk arasındaki dayanışmanın artması ihtimali söz konusu olabilmektedir³¹. Dolayısıyla iktidarın gücünü ve işlerliğini artırmak için araç olarak başvurduğu bu sistem hedeflenen gerçekleştirmekten uzak bir hal almıştır.

Ceza hukuku ıslahatı, feodal mutlakiyetçi toplumlarda dönemin koşullarının oluşturduğu yasadışılık faaliyetine karşı başlatılan savaştan doğmuştur. Eski sistemde her toplumsal tabakanın hoş görülen bir yasadışılık payı bulunmaktaydı. Toplumsal hayatın devamlılığı için ciddi bir gereklilik olan bu yasadışılıklar, kendi içinde tutarlı bir sisteme sahipti. Öte yandan bu yasadışılıklar bazı paradoksları içinde barındırıyordu. Bu yasadışılıklar soygun, cinayet, kötü muamele gören çocukların evden uzaklaşması gibi geniş bir yelpazeye yayılan suçlulukla birleşmekteydi. Başlangıçta bu alt kesimlerin yasadışılığı ile diğer toplum tabakaları arasında bir sıkıntı yaşanmazken, 18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren gerek zenginlik artışı gerekse büyük nüfus artışıyla birlikte yasadışılıkların hedefinin haklardan mallara kayması, çatışmaları da beraberinde getirmiştir. Önceleri halkın yasadışılıklarına kendi çıkarları için (örneğin, vergi vermemek) ihtiyaç duyan burjuvazi, kendi mülkiyet hakları söz konusu olduğunda bu yasadışılıklardan bunları yasa ihlali statüsüne sokmak suretiyle kurtulmak istemişlerdir. Netice itibarıyla ceza ıslahatı, “hükümdarın üst iktidarına karşı olan mücadele ile fethedilen ve hoş görülen yasadışılıkların alt iktidarına karşı olan mücadele arasındaki birleşme noktasından doğmuştur³².”

²⁷ İbid 40.

²⁸ İbid 109.

²⁹ İbid 116.

³⁰ Saygılı, “Mikro-İktidarın Bir Fiziği: Hapishane”, (n 12) 180.

³¹ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 112.

³² İbid 137.

Avrupa’da 18. yüzyıl ortasına gelinmesiyle birlikte cezalandırmanın haklı ve adil olmasına yönelik bir başkaldırı ve daha insani cezalandırma yönünde bir reform başlamıştır³³. Bu reform bir yandan yeni türden bir cezalandırıcı iktidarı öne çıkarırken, öte yandan gücün nasıl sınırlandırılacağı problemine verilmiş, içerden bir yanıtıdır³⁴. Böylece azap çektirici bir cezalandırıcı iktidar yerini daha güçlü kılınmış yeni bir cezalandırıcı iktidara bırakmaktadır. Çünkü suç işleyen yani yasayı ihlal eden kişi basitçe kralın düşmanı değil toplumun ortak düşmanıdır. Başka bir ifadeyle yasayı ihlal eden suçlu toplumsal sözleşmenin gereklerine aykırı davranmak suretiyle aslında topluma zarar vermektedir, kısacası toplum düşmanıdır³⁵. Bu durumda “toplumun savunulmasının kralın adaletinden daha merhametli olması için hiçbir neden yoktur³⁶.”

Islahat hareketi olarak isimlendirilen ve en azından mahkûmda var olan insanlığa saygı duyulmasının bir gereği olarak fiziksel işkenceden arındırılmış cezalandırma, aynı zamanda iktidarın cezalandırma alanına getirilmiş yasal bir sınırdır. Başka bir ifadeyle insan iktidarın sınırı haline gelmiştir³⁷. Cezaların yumuşamasında bu genel dönüşüm, esas itibariyle “mahkûmların insanlığına karşı duyulan saygıdan çok, daha becerikli ve daha incelmış bir adalete, toplumsal bünyeyi daha sıkı bir şekilde kuşatan cezalandırmaya doğru bir eğilim”dir³⁸. Foucault’un bir cins makul ceza estetiği³⁹ olarak nitelendirdiği bu değişimi Durkheim şu şekilde ifade etmiştir:

Bu süreci niteliksel bir değişim olarak yorumlayacaktı. O’na göre, yeni sistemin güdüsü “artık değeri suçlununkiyle kıyaslanmayacak bir varlığa karşı yapılan eylemlerin verdiği sevk, ani bir taşkınlık veya şaşkınlıktan kaynaklanmayıp, yerine iki eşit arasında gerçekleşmiş bir suçtan ileri gelen daha sakin ve daha temkinli tepkiye dayanmaktadır⁴⁰.”

Foucault’a göre ceza adaleti için yeni bir çağ olan 18. yüzyıldan itibaren cezaların şiddetinin azalması esas itibariyle işlenen suçların şiddetinin azalmasından da kaynaklanmaktadır. Elbette bunun bedeli iktidarın topluma çok daha güçlü ve derin müdahalesidir. 18. yüzyıldan itibaren şiddet içerikli suçlarda büyük oranda azalma olmuştur⁴¹.

³³ Durkheim (n 3) 94.

³⁴ Özkan Ağtaş, Ceza ve Adalet, (1. Baskı, İletişim Yayınları, 2017) 209.

³⁵ Ağtaş (n 36) 210.

³⁶ İbid 208.

³⁷ Keskin, “Foucault’da Şiddet ve İktidar”, (n 4) 119.

³⁸ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 131.

³⁹ İbid 169.

⁴⁰ Durkheim (n 3) 108.

⁴¹ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7), 38-39

Üretim ve servetin artması, mülkiyet ilişkilerinin hukuken ve ahlaken yeniden değerlendirilmesi ile birlikte bu dönemde mülkiyete karşı suçlar, şiddet içerikli suçların yerini almaya başlamıştır. Yani öldürme, yaralama gibi suçlar yerini hırsızlık, dolandırıcılık gibi suçlara bırakmıştır. Foucault'un ifadesiyle, suçlar değişmiş, suçların iç örgütlenmesi de değişmiştir⁴².

İslahatçılar, geleneksel cezalandırma sisteminde gaddarlıktan veya zayıflıktan ziyade kötü bir iktidar ekonomisini eleştirmektedir. İslahatçılara göre, mahkûmların cahil ve fakir olmalarının da yardımıyla hukukun gereklerini yerine getirmekten kaçınan ve keyfi nitelikteki kararları dahi herhangi bir denetim olmaksızın infaz ettirebilen alt düzeydeki yargılama faaliyetlerinde aşırı yetki bulunmaktadır. Bunun yanında sanığın savunmasız olmasına karşın, adeta sınırsız bir takip olanağına sahip olan iddia makamı ile mahkemeleri askıya alabilen, kararları değiştirebilen, yargıçları görevden alıp, sürgüne gönderebilen kralın da aşırı yetkisi vardır. Adaletin işlemez hale gelmesi, bir zayıflamadan çok, yetkinin iyi düzenlenmemiş dağılımından ve belli noktalarda yoğunlaşmasından kaynaklanmaktadır. Yetkinin işlemede bu zorluk merkezi bir aşırılığa işaret etmektedir. Bu da cezalandırma yetkisini hükümdarın şahsi iktidarıyla özdeş duruma getiren Foucault'un üst iktidar olarak adlandırdığı şeydir. İslahatçıların asıl eleştirdiği nokta zaten bu üst iktidardır⁴³.

Bu yüzyıl ceza ıslahatı, cezalandırma iktidarının yeni bir ekonomisini ve yeni bir teknolojisini oluşturmak için yaratılmıştır. Bu yeni ekonomide cezalandırma sanatını, belli kurallara bağlamak, iyileştirmek ve evrenselleştirmek için yeni düzenlemeler getirilerek, uygulamada birlik sağlanmıştır. Cezalandırma sisteminin, iktidarın keyfiliklerinden uzaklaştırılarak, siyasi maliyeti, görevlerinin gereğini yerine getirme ve karar verme faaliyetinin maddi çıkar amacından uzaklaştırılarak da ekonomik maliyeti azaltılmaya çalışılmaktadır. "Ceza hukuku ıslahatı, cezalandırma iktidarını onu daha düzenli, daha etkili, daha sabit ve etkileri itibariyle daha ayrıntılı hale getiren tarzlara göre yeniden düzenlenmesi konusundaki bir strateji olarak okunmalıdır⁴⁴." Başka bir ifadeyle daha fazla cezalandırmaktan ziyade daha iyi cezalandırmak amaçlanmıştır. Bu, cezalandırmanın yeni ekonomi politikasıdır. Ceza reformunun öncülerinden olan ve idama ve işkenceye şiddetle karşı çıkan Beccaria'nın asıl istediği daha iyi ve etkili bir cezadır⁴⁵. Nitekim Beccaria'ya göre idam iyi bir ceza değildir, çünkü bütün gücünü bir çırpıda kullanıp tüketmektedir. Buna karşın ömür boyu hapis cezası daha faydalıdır çünkü acıyı bir süreç halinde yaşattığından gerek suç işleyen gerekse de toplumun diğer kesimi için daha korkutucudur⁴⁶.

⁴² Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 128.

⁴³ İbid 133-134.

⁴⁴ İbid 135.

⁴⁵ Roth (n 17) 174.

⁴⁶ Beccaria (n 14) 140.



İslahatçılara göre, cezalandırma sanatı doğal bir mekânın içine yerleştirilerek büyük bir tasarım teknolojisine dayandırılmalıdır. Bir suça uygun olan cezayı bulmak, haksız bir fiil gerçekleştirme fikrini cazip olmaktan kesin bir şekilde çıkartan bir dezavantajı aramak demektir. İslahatçılara göre ideal olan ceza, cezanın verilmesine neden olan suça göre daha belirli, açık ve şeffaf olmalıdır. Ceza bu niteliklere sahip olduğu takdirde, onu izleyen ve suç işlemeyi düşünen kişi için hatırlatıcı olacaktır. Bu durum ayrıca suç ile ceza arasında bir bağlantı kurulmasını ve ikisi arasındaki orantının görülmesini sağlayacaktır. Böylece uygulanan ceza, işlenen suçun doğal bir sonucu gibi yansıtılacak ve keyfi iktidar gizlenmiş olacaktır⁴⁷.

Geleneksel sistemde mahkûmların bedeni, kralın üzerine iktidarını damgaladığı ve iktidarının neticelerini dövme gibi işlediği bir nesne olarak görül-
mekteyken, islahatçılar mahkûmun bedenini bir tür gelir getiren mülk, toplu-
mun hizmetinde olan bir köle yani kamu malı olarak görmektedir. İslahatçılar
mahkûmların, ölüm cezası dışındaki her türlü ceza bakımından suçları ile oran-
tılı olacak şekilde kamusal alanlarda çalıştırılmasını savunmaktadır. Böylece
herkesin görebileceği şekilde yapılan hizmet veya çalışma, kişilerin zihninde
suç ve ceza işareti oluşturarak, suç işleme fikrinden caydırma işlevi görecektir⁴⁸. “Tıpkı eski damgalar-intikamların azap çektirmeleri örgütledikleri gibi,
bu işaretler-engeller de yeni ceza donanımını oluşturmaktadır⁴⁹.”

İslahatçılar, “kavşaklarda, bahçelerde, yeniden yapılan yolların veya inşa
edilen köprülerin kenarlarında, herkese açık atölyelerde, ziyaret edilecek ma-
denlerin diplerinde binlerce küçük ceza tiyatrosu ” nun sahnelendiği bir kent
düşünmektedir. Artık dehşet verici azap çektirme törenleri geride bırakılmış,
günler ve aylar boyunca ikna edici sahneleriyle devam eden ceza tiyatroları ön
plana çıkmıştır⁵⁰.

Görülmektedir ki cezalandırma sistemi, azap çektirilen kişinin bedeninin
darağacında sergilendiği ve iktidarın ayinsel olarak dışa vurulmasından, ceza
tasarımının toplumsal bünyeye sürekli olarak verildiği bir ceza tiyatrosuna
dönüşmüştür. Ancak dönüşüm esas itibariyle cezalandırma sisteminin devlet
aygıtının gövdesiyle bütünleşen kapalı, karmaşık ve hiyerarşik bir mimariye
geçilmesiyle yaşanmıştır.

3. Cezalandırma İktidarının Tekdüze Çehresi: Hapishane Sistemi

Cezalandırma 18. yüzyılın sonu itibariyle, monarşik hukukta olduğu gibi
izleyenleri dehşete düşüren bir iktidar gösterisi veya azap çektirme töreni ol-
maktan çıkmış, yavaş yavaş gizlilik gerektiren ve ilkeleri, teknikleri ve işlev-

⁴⁷ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 168.

⁴⁸ İbid 174.

⁴⁹ İbid 168.

⁵⁰ İbid 179.

leri ile özerk bir yapıya bürünmüştür. Bu dönemde infaza eklenen şiddetin caydırıcılık özelliği terk edilmiş, bedeni kapatma yöntemine geçilerek modern adalet sistemi kurulmaya çalışılmıştır⁵¹. Bu yeni cezalandırma sisteminin esasını hapishane oluşturmaktadır. Şüphesiz hapishane sistemi ilk kez bu dönemde ortaya çıkmamıştır⁵². Esas itibarıyla kapatma pratiğinin temelleri 17. yüzyılda atılmıştır. Bu döneme kadar pratik anlamda bir hapishane kurumundan bahsedilmemektedir. Orta çağda da hapishane ve hücreler vardır. Ancak hapsetme bu dönemde bugünkü ceza anlayışından çok daha farklı bir anlam taşımakta olup bir suçun asıl cezası olma işlevinden uzaktır. Bu dönemde hapsetme politik anlamda muhalif olan kişilerin etkisiz hale getirilmesini sağlamak amacıyla bir şantaj aracı, para cezalarını güvence altına almak için tamamlayıcı bir ceza ve son olarak serserilerin, dilencilerin, fahişelerin ve büyücülerin topluma karşı gösterdiği tehlikeyi bertaraf etmek için bir araç olarak kullanılmaktadır⁵³.

Hapsetme, kapitalizmin el emeği ve işsizlik gibi sorunlarla karşılaşması ve Fransa, Almanya, İngiltere gibi 17. yüzyıl toplumlarında çıkan büyük isyanlar sonucunda etkin bir şekilde uygulanmaya başlanmıştır. Eskiden isyanları bastırmak için insanları katleden ve mülkleri ortadan kaldıran bir ordu gönderilirdi. Bu durum gerek mülk sahipleri gerek halkı ciddi şekilde etkileyecek ekonomik bir felakete sebebiyet vermekteydi. Bunun sonucu olarak nüfusun bir bölümünü tehlikeli bularak eleme imkânı tanıyan ve feci ekonomik sonuçlara yol açmayan hapis, bir cezalandırma tekniği olarak bulunmuştur⁵⁴. Bu cezalandırma pratiği 18. yüzyılın sonunda kapatılan kişiler arasında ayırım yapılmaya başlanmasıyla önemli bir değişim yaşamıştır. Böylece akıl hastaları tımarhaneye, gençler ıslah evlerine, suçlular hapishaneye kapatılmıştır⁵⁵. Yani hapishane kullanılma amacı ve şekli bakımından yeni bir işlev edinmiştir⁵⁶.

Hapsetmeyi günümüz ceza sisteminin temeli ve hatta tüm yapısı haline getiren, tesadüfler veya yasa koyucunun çabası değildir; bunun böyle olması fikirlerin ve geleneklerin yumuşaması ile gerçekleşmiştir⁵⁷. Hapishane sistemi ile cezanın müdahale amacı cezalandırmaya sebep olan olayın aslını ortaya çıkarmak ve iktidara yapılan saldırıları seyircilerin gözü önünde, fiziksel işkence ile

⁵¹ Cevriye Demir Güneş, "Ruh Bedenin Hapishanesidir: Michel Foucault" (2015) Y:19, S:64, EKEV Akademi Dergisi 59, 61.

⁵² Keskin, "Foucault'da Şiddet ve İktidar", (n 4) 119.

⁵³ Mustafa Ruhan Erdem, "Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler" (2001), İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu, Ankara: Goethe İnstitut Ankara Başkent Üniversitesi Yayınları, 192, 192-193.

⁵⁴ Michel Foucault, "Büyük Kapatılma", (2015) , Büyük Kapatılma Michel Foucault Seçme Yazılar (Çev. Işık Ergüden) (4. Baskı) Ayrıntı Yayınları, 103, 105.

⁵⁵ Foucault, "Büyük Kapatılma", (n 56) 106.

⁵⁶ Keskin, "Foucault'da Şiddet ve İktidar", (n 4) 119.

⁵⁷ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 336.

tamir etmek değildir. Cezanın müdahale alanı artık bireyin davranış biçimleri, amaçlanan ise davranış biçimlerinin ıslah edilmesidir⁵⁸. 19. yüzyıla kadar geçen sürede bireylerin bedeni esas olarak eziyet ve cezaların işlendiği bir yüzey olarak görülmekteydi. 19. yüzyıldan itibaren beden tamamen farklı bir anlam kazanmıştır. Bundan böyle beden eziyet edilmesi gereken bir şey değil, ıslah edilmesi, beceri kazanması, bazı nitelikler edinmesi gereken ve çalışan bir şeydir⁵⁹.

Foucault'ya göre, hapishanenin doğuşu ceza yoğunluğunda azalmanın meydana geldiğini belirtmekten ziyade cezai amaçlarda ve yöntemlerde bir değişikliğin olduğunu gösterir. 19. yüzyıl itibariyle verilen ceza ile cezalandırılması amaçlanan hukuk düzenine aykırı fiil değil, fiilin arkasındaki faildir. Modern cezalandırma sistemi artık mahkûmun bedenine değil, **ruhuna** odaklanır⁶⁰. Yani yasa artık suçlunun ne yaptığından ziyade bunu yapmaya onları neyin ittiği ile ilgilenir⁶¹. İçsel bir dönüşüm talep eden modern cezalandırma, ruha yönelerek bedeni ötekileştirmemektedir. Foucault'ya göre, ruh bedeninin karşıtından çok uzantısıdır, bedene uygulanan belli bir iktidar teknolojisinin başlangıç noktasıdır⁶². Dolayısıyla ruhun modern anlamda bu denetimi aslında bedeni daha ayrıntılı ve geniş çerçevede denetlemenin yoludur. Çünkü psikolojik tutum ve davranışları değiştirmenin amacı bedensel davranışı denetlemektir⁶³.

Foucault hapishanenin sakıncalarına rağmen niçin cezalandırma sisteminin temeli haline dönüştüğünü sorgulamıştır. Foucault, bunun sadece hapsedmenin yerine neyin konulacağını bilinmemesinden kaynaklanmadığını ifade etmektedir. Hapsedme, özgürlüğün herkese aynı şekilde ait olduğu, evrensel ve sabit bir duyguyla bağlı bulunduğu toplumlarda en iyi cezadır. Nitekim özgürlüğün yitirilmesi herkese aynı bedele mal olacağı için hapsedme para cezasından daha eşitlikçi bir cezadır⁶⁴. Bununla birlikte hapishane bireyleri dönüştürme işlevi de görmektedir. Hapishane kapatırken, terbiye ederken, itaatkâr hale getirirken toplumda aslında var olan tüm mekanizmayı tekrar işler hale getirmektedir. Dolayısıyla hapishane sadece tevkif edip cezalandırmaz aynı zamanda terbiye eder ve iyileştirir⁶⁵. Esas itibariyle sıkı bir kışla, hoşgörüsüz bir okul, iç karartıcı bir atölyeden farkı olmayan hapishane, bu özellikleri ile en uygun ve doğrudan uygulanan cezadır⁶⁶.

⁵⁸ Keskin, "Foucault'da Şiddet ve İktidar", (n 4) 119.

⁵⁹ Foucault, "Hakikat ve Hukuksal Biçimler", (n 8) 163, 249.

⁶⁰ Thomas Lemke, Politik Aklın Eleştirisi: Foucault'nun Modern Yönetimsellik Çözümlemesi, (1. Baskı Phoenix Yayınları 2016) Çev. Özge Karlık, 119.

⁶¹ Gutting (n 9) 119.

⁶² Lemke (n 62) 119.

⁶³ Gutting (n 9) 119 - 120.

⁶⁴ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 337, Lemke (n 62) 106.

⁶⁵ Lemke (n 62) 107.

⁶⁶ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 337.

Eksiksiz ve katı kurumlar olarak nitelendirilen hapisane, kendinden bekleneni tamamen gerçekleştirmediği kişi üzerindeki etkisi kesintiye uğramayan bir disiplin olduğu gibi, mahkûmlar üzerinde tam bir hâkimiyet sağlayan, kendi iç baskı ve cezalandırma mekanizmaları olan müstebit bir disiplindir⁶⁷.

Ceza niteliğindeki hapsedme 19. yüzyılın başlangıcından itibaren hem özgürlükten yoksun bırakmayı hem de bireylerin teknik olarak dönüştürülmelelerini bazı yöntemlerle sağlamıştır. Bu yöntemlerden ilki soyutlamadır. Mahkûm, dış dünyada yasa ihlalini teşvik eden her şeyden ve bu ihlali kolaylaştıran suç ortaklarından soyutlanarak cezanın bireyselleştirici yönü ile ıslah edilmektedir. Soyutlama mutlak anlamda tabii olmanın ilk koşuludur. Yalnızlık, başka hiçbir etkinin dengeleyemeyeceği bir iktidarın, mahkûm üzerinde yoğun bir şekilde hissedilmesine olanak sağlayan bir vasıttır. Başka bir ifade ile mahkûm ve onun üzerinde uygulanan iktidar baş başa kalmaktadır⁶⁸.

Hapishanede meydana getirilen dönüşümün bir başka yöntemi çalıştırmadır. Cezai çalıştırma; şiddete meyilli, karmaşık, düşünmeden hareket eden mahkûma, rolünün gereklerini yaptıran bir makine işlevi görmektedir. Mahkûmlar, cezai çalıştırma ile meşgul edilerek düzen ve itaat alışkanlıkları kazanmakta, tembel biri iken dikkatli ve işler hale gelmektedir. Hapishane çalışması mahkûmları, artı değer üretmek amacıyla ekonomik sürece entegre etmemekte, doğrudan ekonomik bireyler imal etmektedir. Mahkûmların çalıştırılmasıyla amaçlanan meta üretimi değil, uysal ve yararlı öznelere üretimidir⁶⁹. Cezai çalıştırma yol açacağı işsizlik nedeniyle özgür işçiler tarafından eleştirilmiştir. Çalışmanın gerek dar kapsamı gerek düşük getirisinden ötürü ekonominin üzerinde genel bir yansıma meydana getirmesinin söz konusu olamayacağı gerekçeyle bu eleştirilere karşı çıkmıştır. Nitekim çalıştırma, bir üretim faaliyeti değil, mahkûmlara faydalı olan bir kurumdur⁷⁰.

Hapishane, cezanın çeşitlenmesini sağlayan bir vasıta olarak da dönüşümün gerçekleşmesini amaçlamıştır. Cezanın ağırlığının, buna muhatap kılınan

⁶⁷ İbid 342.

⁶⁸ Foucault, soyutlamanın devreye sokulduğu hapisane modellerine Auburn ve Philadelphia'da olan iki hapsedme sistemi örnek göstermektedir. Auburn modelinde mahkûmlar gündüzleri mutlak sessizlik kuralı altında toplu halde çalışabilmekte, geceleri ise tek kişilik hücrelere konulmaktadır. Bir toplum provası olan bu modelde, mahkûmlar iletişim olmadan bir araya toplanmakta ve sürekli bir denetimle güvence altına alınan yasa oyunu aracılığıyla yeniden toplumsal bir birey haline getirilmektedir. Philadelphia modelinde ise, mahkûmlar ceza süreleri boyunca tek bir hücrede ve yalnız kalırlar. Suçlunun yeniden nitelenmesi ortak bir yasanın uygulanmasından değil de, bireyin kendi vicdaniyle olan ilişkisinden ve onu içinden aydınlatabilecek şeyden beklenmektedir. Pennsylvania hapishanesindeki yegâne ıslah işlemleri vicdan ve bunun çarptığı dilsiz mimaridir. (Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 345- 348.)

⁶⁹ Lemke (n 62) 108.

⁷⁰ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 348.



fiilin cezai büyüklüğü ile doğru orantılı olması gerekmemektedir. Verilen ceza ebediyen geçerli olacak şekilde belirlenmemelidir. Mahkûmun, mahkûmiyet sürecinde geçirdiği dönüşüme uyarlanmalıdır. “Bir ölçü zaman değil, amaca bağlı zaman olmalıdır⁷¹.” Hapishane sadece cezayı uygulamakla kalmaz ayrıca suçlunun dönüşümüne bağlı olarak erken tahliye, yarı zamanlı serbestlik ve benzeri yollarla cezayı tekrar düzenleyip, değiştirebilen hukuk sisteminin **alt hukuk** biçimidir⁷². Cezanın belirlenmesine temel olan, cezayı tayin eden mahkeme kararı değil, hapishane görevlilerinin yargısı olacaktır. Hapishane görevlileri, her mahkûmun gidişatı, derindeki tutkuları, tedrici gelişimi hakkında bilgi alarak mahkûm hakkında bir yargıya varmaktadır. Hapishane mahkûm hakkında klinik bir bilginin biçimlenme yeridir. Cezalandırmanın kendinden beklenen faydayı yerine getirebilmesi için mahkûmu birey olarak tanımak, hayatını bir bütün olarak değerlendirerek bir sonuca varmak gerekmektedir. Foucault, bu durumu “**hayat hikâyesinin bilinmesi ve düzeltilen hayat tekniği**” olarak ifade etmiştir⁷³.

Her ne kadar hapishane bu döneme kadar en iyi cezalandırma tekniği olarak nitelense de 1840- 1845 yıllarında hapishaneye ve yöntemlerine ilişkin eleştirel seslerin yükseldiği görülmektedir. Bu eleştirilerin başında hapishanelerin suç işleme oranını düşürmediği gelmektedir. Hapishanelerin, sayılarının artması ve bir dönüştürme işlevi olarak görülmesine rağmen suç ve suçlu sayısı sabit dahi kalmamakta, artmaktadır. Nitekim kişilerin salıverildikten sonra suç işleme ihtimali artmaktadır. Hapishanenin gelecekteki suç ortaklarının oluşması için uygun bir ortam olması, kişilerin tekrar suç işleme olasılığını güçlendirmektedir. Bununla birlikte hapishaneler gerek sunduğu hayat tarzıyla gerekse yaptığı zorlamalarla suçlu imal etmenin gerisinde duramaz. Bu, gerek serbest bırakılan kişilerin dışarda kendilerini bekleyen hayatın kaçınılmaz bir sonucu olarak doğrudan gerçekleşebileceği gibi hapis cezasının mahkûmun ailesini sefalete sürüklemesiyle dolaylı yoldan da gerçekleşebilir⁷⁴.

Foucault’nun **hapishanesiz bir toplum hayal edebilir miyiz** sorusuna verdiği cevapta hapishanenin her ne kadar belirtilen eleştirel noktaları olsa da kolayca vazgeçilebilir bir kurum olmadığını göstermektedir. Foucault bu soruya;

Siz benden hapishanenin olmadığı ütopyik bir toplum tarifi istiyorsunuz. Sorun, kuralların uygulanmasının grupların kendileri tarafından denetlendiği bir toplum hayal edilemeyeceğimizi bilmektir. Bu bütün bir siyasi iktidar sorunudur; hiyerarşi, otorite, devlet ve devlet aygıtları sorunudur. Ancak bu

⁷¹ İbid 354.

⁷² Lemke (n 62) 107.

⁷³ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 365.

⁷⁴ İbid 384.

devasa sorun çözüldüğünde sonuçta şu denebilir. Evet, bu şekilde cezalandırmak uygundur veya cezalandırmak gereksizdir ya da bu kural dışı davranışa toplum şu cevabı vermelidir⁷⁵.

Hapishane disiplinci bir iktidara özgü mekanizmalardan geldiği için disiplinci iktidarın ayrıca ele alınması hapishanelerin ortaya çıkışını ve iktidarın bu cezalandırma sistemindeki görünüm şeklini daha net ortaya koymak açısından önem arz etmektedir.

4. Disiplinci İktidar

Batı toplumlarında 18. yüzyılın sonu ile 19. yüzyılın başı arasında mevcut iktidar anlayışında değişiklik yaşanmıştır. Foucault'un siyasi modernitenin eşiği olarak gördüğü bu dönemde insan bedeni bir kapitalizmin ihtiyaç duyduğu emek gücünün kaynağı olması nedeniyle gerek ekonomik gerekse siyasi açıdan müdahale edilen bir nesne haline almıştır. Bu dönemde emek gücünü sahalarda üretken hale getirebilmek için, eski aşırı pahalı ve etkisiz tekniklerin yerine, daha az maliyetle bu işlevi görecek yeni bir teknik geliştirilmiştir⁷⁶. Foucault'ya göre geliştirilen bu yeni teknik, kapitalist sistemin gereği olan disiplin ve uysallığın insanlar tarafından benimsenip özümsemesine ve gönüllü olarak uygulamasına dayanır⁷⁷. Böylece 18. yüzyılın sonunda Avrupa'da, arka planında demografik yapının değişmesi, feodal sistemin çöküşü ve kapitalist üretim tekniklerinin büyümesi gibi tarihsel dönüşümleri bulunan⁷⁸ yeni bir iktidar şekli ortaya çıkmıştır. Foucault, bu yeni iktidar biçimine disiplinci iktidar adını vermiştir.

Disiplinci iktidar, terbiye etme görevine sahip olan ve insanlardan daha fazla şey almak için uğraşan bir iktidardır. Kendine tabi olan kişileri tek örnek ve kitle halinde ıslah etmektense; onları ayırmakta ve farklılaştırmaktadır. Bu ayırma süreci mümkün olan en küçük tekillığe kadar devam etmektedir⁷⁹. Disiplin, birey imal etmektedir; bireyleri kendisine ait bir nesne olarak görmenin yanı sıra yaptığı faaliyetlerin aracı olarak da gören iktidara ait bir tekniktir⁸⁰. Burada kendi üst gücüne dayanan, dışa dönük, muzaffer bir iktidardan bahsedilmemekte; tam tersi alçakgönüllü, hesaplı ve sürekli bir ekonomi tarzına uygun davranan bir iktidar kastedilmektedir⁸¹.

⁷⁵ Foucault, "Hakikat ve Hukuksal Biçimler", (n 8) 128.

⁷⁶ Ferda Keskin, "Sunuş: Büyük Kapatılma", Büyük Kapatılma, Michel Foucault. Seçme Yazılar 3, (4. Baskı Ayrıntı Yayınları 2015), Çev. Işık Ergüden, 11, 14.

⁷⁷ Keskin, "Sunuş: Büyük Kapatılma", (n 78) 14.

⁷⁸ Gülbanu Altunok, "Şiddetini Eleştirisi Olarak İktidar: Arendt ve Foucault" (2007) S. 43, Doğu Batı Düşünce Dergisi, 51, 67.

⁷⁹ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 255.

⁸⁰ Ali Akay, Michel Foucault'da İktidar ve Direnme Odakları, (3. Baskı Doğu Batı Yayınları 2016) 116

⁸¹ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 256.



Foucault iktidarın beden üzerindeki bu yeni stratejisinin temel hedefini üretkenlik - itaat ekseninde yoğunlaştırır. Yararlı beden, üretken bir bedendir ve bu ancak itaat ettirilen bir bedenle sağlanabilir. İşte disiplin tam olarak bu noktada önem kazanır⁸². Foucault disiplinleri, “bedenin işlemlerini titiz bir denetim altına almayı mümkün kılan, bedensel güçlerin aralıksız itaatini sağlayan ve bu güçlere bir uysallık - yararlılık ilişkisi dayatan yöntemler” olarak tanımlamaktadır⁸³. Kurumlarla veya aygıtlarla ilişkili olmayan disiplin, sadece hukuki veya ekonomik sebeplere dayandırılmayacağı gibi baskıcı veya ideolojik etkilerle de şekillendirilemez⁸⁴. “O, bir iktidar tipi, iktidarı icra etmenin bir tarzı olup, koskoca bir aletler, teknikler, usuller, uygulama düzeyleri, hedefler bütünüdür; o bir iktidar ‘fiziği’ veya ‘anatomi’si’dir, o bir teknolojidir⁸⁵.”

Disiplinler elbette 18. yüzyılda ortaya çıkmamıştır. Disiplinlere uzun zamandan beri, manastırlarda, silahlı kuvvetlerde, atölyelerde rastlamak mümkündür. Ancak Foucault’un esas itibarıyla anlamak istediği nokta disiplinlerin, nasıl belirli bir biçimde egemenliğin genel formülleri haline geldiğidir⁸⁶. Foucault’ya göre, “disiplinlerin tarihsel anı, yalnızca becerilerinin gelişmesini veya bağımlılığın ağırlaştırılmasını değil de, aynı zamanda onu aynı mekanizma içinde daha fazla yararlı hale getirdiği ölçüde daha fazla itaatkâr kılan bir ilişkiyi oluşturmayı hedefleyen bir insan sanatı bedeninin doğduğu andır⁸⁷.”

Foucault’ya göre disiplinci iktidar gerek işleyiş yöntemleri gerekse amaçları bakımından egemen iktidardan tamamen farklıdır. İnsan bedenine bir makine olarak yaklaşan disiplinci iktidar; bedeni disipline etmek, yetenekleri geliştirmek, böylece daha faydalı ve itaatkâr kılmak için olumsuz ve sınırlayıcı olan eski iktidar biçimlerinin tersine; olumlu, üretken ve yaşamı desteklemeye yönelik hareket etmektedir⁸⁸. Dolayısıyla bu iktidar tarzı amaçlarını gerçekleştirmek için işkence veya fiziksel zorlama yolunu kullanmaktan ziyade bireylere belli öznellik şekilleri dayatarak işlemektedir⁸⁹. Egemen iktidarın dayandığı nokta fiziksel şiddet olduğu için her yerde bulunmamakta ve daimi bir cezalandırma sistemi uygulayamamaktadır. Disiplinci iktidar şiddete dayalı

⁸² Şenol Varer, Michel Foucault’da İktidarın Mikro Fiziği, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2010) 36.

⁸³ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 210.

⁸⁴ Lemke (n 62) 109.

⁸⁵ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 316.

⁸⁶ Judith Revel, Foucault Sözlüğü, (1. Baskı Say Yayınevi 2012) Çev. Veli Urhan, 59.

⁸⁷ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 210.

⁸⁸ Keskin, “Foucault’da Şiddet ve İktidar”, (n 4) 121.

⁸⁹ Keskin, “Sunuş: Büyük Kapatılma”, (n 78) 14.

cezalandırma şekllinden uzaklaşarak sürekli ve varlığını her yerde hissettiren bir mekanizma kurmuştur. Egemen iktidar, kendine yönelen tehditleri ortadan kaldırmayı amaç edinmişken, disiplinci iktidar tehditleri önceden tespit ederek bunları dönüştürmeyi ve ıslah ederek sisteme dâhil etmeyi amaçlamaktadır⁹⁰. İktidar ekonomisine hâkim olan eski **el koyma-şiddet** ilkesi yerine; disiplinler **yumuşaklık-üretim-kâr** ilkesini getirmiştir⁹¹.

Disiplinci iktidar, aslında bir normalleştirme iktidarındır. İdeal bir davranış modeli üzerinden normlar belirlenir ve kişiler bu normlara uyumlu hale getirilmeye çalışılır⁹². Başka bir ifadeyle bir norm ortaya konulmakta ve bedenler bu norm çerçevesinde ıslah edilmekte, geliştirilmekte ve yönetilmektedir⁹³. Foucault'ya göre, disiplinci iktidar bireyleştirir ve normlar ise, bireyleşenleri görünür kılar, bireyleştirmeyi sürdürür ve onları birbiriyle rekabet eder hale getirir. Bu anlamda birey hukuk sistemlerindeki gelişmelerin ürünü olmaktan çok, normalize edilmiş bir kimse olarak ele alınır⁹⁴.

Disiplinci iktidarın başarısı, hiç kuşkusuz gözlem, normalleştirici yaptırım, sınava tabi tutma gibi vasıtalarından yararlanmaya bağlıdır. Belli bir hiyerarşi zinciri içerisinde, devamlı ve işlevsel gözetim, şüphesiz 18. yüzyılın büyük teknik icadı değildir. Ancak önemini yeni iktidar mekanizmaları ile kazanmıştır. Disiplinci iktidar gözlem sayesinde bütünleşmiş, ekonomiye ve icra edildiği düzeneğin amaçlarına içten bağlanmış bir sistem haline gelmektedir⁹⁵. Bütün disiplinci mekanizmaların temelinde bir küçük ceza sistemi bulunmaktadır. Kurulan bu alt ceza sistemi ile yasalarca düzenlenmeyen hususları da kapsamakta; nispi kayıtsızlıklarından dolayı ceza sistemlerinin göz ardı ettiği eylemler belirlenmekte ve engellenmektedir⁹⁶. Disiplinci iktidar, geleneksel iktidarın aksine kendini açığa çıkarmamakta, faaliyetlerini kendini gizleyerek icra etmektedir⁹⁷. Disiplinci iktidar gücünü, egemen olduğu mekândaki nesnelere düzene sokmak suretiyle hissettirir. Bireylerin tabi tutulduğu sınav ise bu nesneleştirme törenidir⁹⁸.

⁹⁰ Altunok (n 80) 67.

⁹¹ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 321.

⁹² İlknur Şentürk ve Selahattin Turan, "Foucault'un İktidar Analizi Bağlamında Eğitim Yönetimine İlişkin Bir Değerlendirme" (2012) C.18, S. 2, Kuram ve Uygulamada Eğitim Yönetimi, 243, 252.

⁹³ Varer (n 84) 40.

⁹⁴ Akay (n 82) 117.

⁹⁵ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 264.

⁹⁶ İbid 266.

⁹⁷ Gutting (n 9) 126.

⁹⁸ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 278.

5. Disiplinci İktidarın Görünüm Biçimi: Panoptikon

Panoptikon, disiplinci bir toplumu ve böyle bir toplumu yaratabilecek olan araçların oluşum süreçlerini yaşadıkları bir dönemde, yani pek çok filozofun ve hukukçunun mükemmel toplum hayalleri kurdukları 18. yüzyılın sonlarında ortaya çıkar⁹⁹. 18. yüzyılın sonlarında, hapisanenin de içinde bulunduğu birçok kurum için mimari bir model olarak J. Bentham tarafından oluşturulan Panoptikon, toplumun siyasal teknolojisi ile hapisane kurumunun kesişmesinde önemli bir imge sunmaktadır¹⁰⁰.

Foucault, *Hakikat ve Hukuksal Biçimler* başlıklı konferansında, Panoptikonu şöyle ifade eder:

Halka biçimli bir binadır, ortasında bir avlu ve avlunun ortasında bir kule vardır. Halka hem içeriye hem dışarıya bakan hücrelere bölünmüştür. Bu küçük hücrelerin her birinde, kurumun hedefine uygun olarak, yazı yazmayı öğrenen bir çocuk, çalışan bir işçi, ıslah edilen bir mahkûm, delilliği yaşayan bir deli vardır. Merkezi kulede bir gözetmen vardır. Her hücre hem içeriye hem dışarıya baktığından gözetmenin bakışı tüm hücreyi kat edebilir; hiçbir karanlık nokta yoktur ve sonuç olarak, bireyin yaptığı her şey bir gözetmenin bakışına açıktır; bu gözetmen kendisinin her şeyi görebileceği, buna karşılık kimsenin kendisini göremeyeceği şekilde panjurlar, yarı açık bölme pencereleri arasından gözlemde bulunur. Bentham'a göre, bu küçük ve harikulade mimari kurnazlığı bir dizi kurum kullanabilir. Panoptikon, aslında, bir toplum ve bir iktidar türünün ütopyasıdır; bunlar aslında fiilen gerçekleşmemiş olan ütopyadır¹⁰¹.

Diğer yandan Bauman, Panoptikonu “Özgürlük ile tutsaklık, özerk ile güdümlü eylem arasındaki karşıtlığa dair bir kavrayış” olarak ifade etmiştir¹⁰². Bauman'a göre evrensel bir kontrol mekanizması olan panoptikon, mahkûmları oraya kapatanların amacı ile tanımlanır. Panoptikonda bulunan mahkûmlar orada gerçekleştirilen sistemin nesnelere haline gelmiştir. Örneğin, gözetim, çalıştırma, bilgilendirme. Panoptikon için mahkûmların ne düşündükleri değil esas itibarıyla ne yaptıkları önemlidir. Panoptikonun özü mahkûmun görmeden görülmesi düzeneği ile gözetmenin merkezi konumunun birleşmesine dayanır. Böylece nesneleşen mahkûmun iradesinden bahsedilmez. Artık gözetmen, mahkûmların eylemlerini etkileyen, değiştiren ve davranışlarını yönlendiren

⁹⁹ James Bernauer, Foucault'nun Özgürlük Sertiveni, (1. Baskı Ayrıntı Yayınları 2005) Çev. İsmail Türkmen, 230.

¹⁰⁰ Bernauer (n 101) 230.

¹⁰¹ Foucault, “Hakikat ve Hukuksal Biçimler”, (n 8) 224.

¹⁰² Zygmunt Bauman, Özgürlük, (4. Baskı Ayrıntı Yayınları 2016) Çeviren: Kübra EREN, 20.

bir irade olarak mahkûmun iradesi yerine geçer. Panoptikon mimarisinin özel tasarımı sayesinde daha ekonomik ve kusursuz bir iktidarın ortaya çıkması sağlanmaktadır. Nitekim çok sayıda kaynağa ve personele ihtiyaç duymadan disiplini sağlamak mümkündür. Dolayısıyla panoptikon yapısı ile çok sayıda insanın idare edilebilmesi için daha az insana ihtiyaç duyulmaktadır¹⁰³.

Panoptikon sadece mimari bir yapı olarak algılanmamalıdır. Panoptikon mimari yapısının ötesinde bir yönetim şeklidir. “Zihinlerin üzerinde zihinle iktidar uygulama şeklidir¹⁰⁴.” Panoptikon, mahkûmda iktidarın kendiliğinden işleyişini sağlayan bilinçli ve daimi bir görünebilirlik hali oluşturmuştur. Bu mimari aygıt, mahkûmu, iktidarın bizzat yüklenicisi olma konumuna taşımaktadır. Böylece iktidarı icra edenden bağımsız bir iktidar ilişkisi oluşmaktadır¹⁰⁵. Panoptikon, disiplinci iktidarın kalabalıkları belli kurumlara yerleştirip, onlara istediği biçimi vermek için ihtiyaç duyduğu güçlü, titiz, daimi ve ekonomik aygıtlara en tatmin edici şekilde karşılık veren sistemdir¹⁰⁶. Bu nedenle Foucault; Howard ve Bentham'ın yarattığı bu modeli disiplinci iktidarın aynası olarak görmüştür.

Bentham bu mimariyi, **iktidarın görünür ama varlığı kanıtlanamaz** ilkesi üzerine temellendirmiştir. Mahkûmun gözetlendiği merkez kulesinin silüetini sürekli olarak görmesi iktidarın görünebilir olması; kendisine bakıldığını hiçbir şekilde bilmemesine rağmen bunun her an olabileceğinden kuşku duymaması ise varlığının kanıtlanamaz olmasıdır¹⁰⁷. Bu durum her şeye muktedir olan iktidarın **her yerdelik** hissi yaratmak istemesinin bir göstergesidir¹⁰⁸. Denetim prensibi, gözetleme gerçeği değil, olasılığı oluşturur. Denetleyen belirli bir hücreye aslında ender olarak bakmaktadır¹⁰⁹. Gözetlenenler kendilerinin ne zaman gözetlendiklerini bilmediği için, davranışlarını normallik çerçevesi içinde sınırlamaktadırlar. İşte tam da bu açıdan Foucault'ya göre Panoptikon, disiplinin mahkûmlar tarafından içselleştirilmesidir¹¹⁰. Daimi bir gözetim, iktidarın özümsemesini sağlar. Böylece harici bir iktidara gerek kalmadan, iktidar özneler üreterek devamlılığını sağlamaktadır. Sonuç olarak ekonomik bir iktidar mekanizması kurulmuş olur¹¹¹.

¹⁰³ Bauman (n 104) 25-26.

¹⁰⁴ Saygılı, “Mikro-İktidarın Bir Fiziği: Hapishane”, (n 12) 224.

¹⁰⁵ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 297.

¹⁰⁶ Varer (n 84) 41.

¹⁰⁷ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 297.

¹⁰⁸ Selma Arslantaş Toktaş, Mutlu Binark, Ergin Şafak Dikmen, Işık Barış Fidaner, Elif Küzeci ve Alkım Özağyen, Türkiye’de Dijital Gözetim T.C. Kimlik Numarasından E-Kimlik Kartlarına Yurttaşın Sayısal Bedenlenmesi, (Alternatif Bilişim Derneği Yayınevi 2012) 29.

¹⁰⁹ Gutting (n 9) 123.

¹¹⁰ Keskin, “Sunuş: Büyük Kapatılma”, (n 78) 18.

¹¹¹ Sever Işık, “Foucault’da İktidar, Özgürlük ve Direniş”, (2012) Y. 16, S. 51, Ekev Akademi Dergisi, 103, 107.

Panoptikon, çeşitli cezaları mahkûmlar üzerinde, onların işledikleri suç ve karakteristik özelliklerine göre deneyerek en etkili olanı araştırması bakımından bir laboratuvar olma işlevi görmektedir. Bu açıdan “panoptikon, insanlar üzerinde deney yapabilmek ve onlarda sağlanabilecek dönüşümleri çok güvenilir bir şekilde çözümlmek konusunda ayrıcalıklı bir yerdir¹¹².” Bununla birlikte Panoptikon bir tür iktidar laboratuvarı olarak da işlev görmektedir. İktidar, gözlem aygıtları sayesinde tutukluların davranışları üzerinde daha etkin olmakta ve daha fazla nüfuz edebilmektedir¹¹³.

Panoptikon, sadece hapishanelerde değil, aynı zamanda hastanelerde, okullarda, fabrikalarda ve benzeri mekânlarda hastaların iyileştirilmesi, öğrencilerin eğitilmesi, işçilerin denetlenmesi amacıyla da kullanılabilen evrensel ve çok yönlü bir aygıttır¹¹⁴. Bu özelliğinin yanında iktidarın otomatikleştirilmiş ve bireysellikten uzaklaşmış biçimini temsil etmesi, panoptikonu, politik alan içinde bir çeşit “Kolomb yumurtasına” dönüştürür¹¹⁵. Ancak yine de panoptikon yapısını en çok hapishanelerde görmek mümkündür. Nitekim Foucault da bu konuda hapishaneleri işaret etmiştir:

Panoptikon teması - aynı anda hem gözetim hem de gözlem altında tutma; hem güvenlik hem de bilgi; hem bireyselleştirme hem de toplumsallaştırma; hem soyutlama hem de şeffaflık- ayrıcalıklı gerçekleşme yerini hapishanede bulmuştur. Panoptikon usullerinin en azından dağınık halde, iktidar uygulamalarının somut biçimi olarak çok geniş bir yoğunluğa sahip oldukları doğrusya da, Bentham'ın ütopyası blok olarak, ancak cezaevi kurumlarında maddi bir biçime kavuşabilmiştir. Panoptikon 1830-1840'lı yıllarda birçok hapishane tasarısının mimari programı haline gelmiştir¹¹⁶.

Foucault'ya göre, J. Bentham'ın tasarladığı Panoptikon hiçbir zaman tam anlamıyla hayal edildiği şekilde inşa edilememiştir¹¹⁷. Buna karşın hapishane gibi kurumlar kapitalizmin gereksinim duyduğu disiplini, uyguladığı teknikler ve prosedürler ile geliştirmiş ve Batı toplumunu etkisi altına almıştır. Dolayısıyla Bentham'ın düşü başka yöntemlerle aslında gerçekleşmiştir. Görüldüğü üzere, Panoptikon metaforu ve hapishane sistemi arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Düşsel bir yapı olarak nitelenen panoptikon, içinde taşıdığı hedefler bakımından mevcut hapishane kurumlarından farklılık içermez¹¹⁸.

¹¹² Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 300-301.

¹¹³ İbid 301.

¹¹⁴ Lemke (n 62) 110, Gutting (n 9) 120.

¹¹⁵ Lemke (n 62) 111, Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 304, Varer (n 84) 41.

¹¹⁶ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 7) 361.

¹¹⁷ Keskin, “Sunuş: Büyük Kapatılma”, (n 78) 19.

¹¹⁸ Saygılı, “Mikro-İktidarın Bir Fiziği: Hapishane”, (n 12) 190.

SONUÇ

Modern devletin bir kurumu olan hapisane ortaya çıkmadan önce, suç işleyen kişiler halka açık mekânlarda insanı dehşete düşürecek şekilde ve her ayrıntısı incelikle düşünülmüş bedene yönelik işkence yöntemleri ile öldürülmekteydi. Azap çektirme törenleri suç işleyen kişinin cezalandırılmasının ötesinde, aslında iktidarın kendini dışa vurması ve yeniden işler hale getirilmesini amaçlamaktaydı. İşlenen suç esas itibariyle, yasayı geçerli kılan hükümdara yapılmış kişisel ve fiziksel bir saldırıydı. Nitekim yasa, hükümdarın iradesi ve gücünü yansıtmaktaydı.

18. yüzyıl itibariyle azap çektirme törenlerine yönelik tepkiler artmış ve bu cezalandırma pratiği kendisinden beklenen amacı gerçekleştiremez bir hal almıştır. Bu dönemde ortaya çıkan reform hareketleri ile insanlığa saygı duyulması gerektiği düşüncesi yerleşmeye başlamıştır. İdeal olan cezanın, kişilerin zihninde suç hakkında soru işareti uyandırması ve dezavantajlarını göstermek suretiyle suç işleme fikrini cazip olmaktan çıkarmasıdır. Reformun amacı daha az cezalandırmaktan ziyade daha iyi cezalandırmak, cezayı veren ve uygulayan iktidarı toplumsal gövdeye daha derinlemesine yerleştirmektir.

Cezalandırma pratiklerinde asıl dönüşüm, 17. yüzyılda temelleri atılan ve 18. yüzyılın sonuna doğru da etkin bir şekilde uygulanan hapisane sistemi ile olmuştur. Bu dönem insanlığa adım atılması bakımından önem arz etmektedir. Artık cezanın müdahale alanı bireyin bedeni değil davranış biçimi, amacı ise bu davranış biçimlerinin ıslah edilmesidir. Hapishanenin temelde suçluluk oranını düşürmediği noktasında çeşitli eleştiriler dile getirilse de, hapisane cezalandırma sisteminin temeli haline gelmiştir. Bu durum özgürlüğün herkese aynı şekilde ait olduğu toplumlarda kaybedilmesinin de aynı bedele mal olmasından kaynaklanmaktadır. Bunun yanında hapisane sadece kişiyi kapalı bir mekânda tutmamakta aynı zamanda onu terbiye ve ıslah ederek dönüştürme işlevi de görmektedir.

Hapisane sistemi, egemen iktidardan farklı olarak şiddete dayalı cezalandırma sisteminden uzak, bireyden daha fazla yararlanmak için onu terbiye eden disiplinli iktidara özgü mekanizmalardan meydana gelmektedir. Disiplinli iktidar, dışa dönük bir iktidar olmayıp, faaliyetlerini kendini gizleyerek icra etmektedir. Gücünü, egemen olduğu mekânlardaki nesnelere disipline sokmak suretiyle yansıtmaktadır. Disiplinli iktidar gözlem, ayırıştırma, düzene sokma, çalıştırma gibi vasıtalarla yararlanmaktadır. Mimari yapısı ön plana çıkarılarak betimlenen Panoptikon, disiplinli iktidarı ve kullandığı vasıtaları net bir şekilde yansıtmaları bakımından önemlidir. Temeli, iktidarın görünemeyeceği ve varlığının kanıtlanamayacağı üzerine inşa edilen panoptikon, mahkûmu bizzat iktidarın yüklenicisi konumuna taşımaktadır. Bu mimari yapının özelliği gereği mahkûmlar kendilerinin ne zaman gözetlendiğini bilmemekte ancak bunun her an olacağından şüphe duymaktadır. Bu nedenle de davranışlarını nor-

mallik çerçevesi içerisinde sınırlamaktadırlar. İşte bu açıdan Foucault'a göre panoptikon, disiplinin mahkûmlar tarafından içselleştirilmesidir. Böylece harici bir iktidara, yani baskıya gerek kalmadan içselleştirilen iktidar ile öznel oluşturulmaktadır.

Son olarak belirtilmelidir ki, kapitalizm ve kapatma pratiği arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Kapitalizm, bireyi üretim sistemi içerisinde faydalanılacak bir iş gücü haline getirme amacı taşımaktadır. Bunu gerçekleştirme bazı enstrümanlardan yararlanmayı gerekli kılar. Bu noktada hapisane sistemi kendini göstermektedir. Özellikle disipline sokulmuş emek gücünün fabrikaları olan panoptik tarzı hapishanelerde bulunan kişiler salıverildikleri takdirde yaşamlarını idame ettirebilmek için ucuz iş gücü olarak sermaye sürecine katılmaktadır. Görüldüğü üzere hapisane, kapitalizmin ihtiyaç duyduğu iş gücünü üretmek bakımından da önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- Ağtaş Ö, Ceza ve Adalet (İletişim Yayınları 2017)
- Akay A, Michel Foucault'da İktidar ve Direnme Odakları (3. Baskı Doğu Batı Yayınları. 2016)
- Altunok G, "Şiddetin Eleştirisi Olarak İktidar: Arendt ve Foucault" (2007) S. 43 Doğu Batı Düşünce Dergisi 51-75
- Arslantaş Toktaş S, Binark M, Dikmen E, Fidaner I, Küzeci E ve Özağyen, A, Türkiye'de Dijital Gözetim T.C. Kimlik Numarasından E-Kimlik Kartlarına Yurttaşın Sayısal Bedenlenmesi, (2012 Alternatif Bilişim Derneği Yayınevi)
- Bauman Z, Özgürlük (Ayrıntı Yayınları 2016) (Çeviren: Kübra EREN).
- Beccaria C, Suçlar ve Cezalar Hakkında (7. Baskı İmge Yayınları.2018) (Çev. Sami Selçuk)
- Bernauer J.W. Foucault'nun Özgürlük Serüveni (Ayrıntı Yayınları 2005) (Çev. İsmail Türkmen)
- Demir Güneş C, "Ruh Bedenin Hapishanesidir: Michel Foucault", (2015), Y:19, S:64, EKEV Akademi Dergisi, 59-72
- Durkheim E, "Ceza Evriminin İki Kanunu, (2018) Sayı 24 Küresel Bakış Dergisi, (Çev. Hâkim Burak POL) 85- 109
- Erdem M.R, "Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler", İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu, (Goethe İnstitut Ankara Başkent Üniversitesi Yayınları 2001) 192-213
- Foucault M, Hapishanenin Doğuşu, (6. Baskı İmge Kitabevi 2015) (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay)

Foucault M, "Büyük Kapatılma", Büyük Kapatılma, Michel Foucault Seçme Yazılar 3 (4. Baskı Ayrıntı Yayınları 2015) (Çev. Işık Ergüden) 103- 116

Foucault M, "Hakikat ve Hukuksal Biçimler", Büyük Kapatılma, Michel Foucault, Seçme Yazılar 3 (4. Baskı Ayrıntı Yayınları 2015c) (Çev. Işık Ergüden) 163-279

Foucault M, "Hapishane ve Hapishane İsyancıları". Büyük Kapatılma, Michel Foucault Seçme Yazılar 3. (4. Baskı Ayrıntı Yayınları 2015) (Çev. Işık Ergüden) 120-129

Gutting G, Foucault, (Dost Kitapevi Yayınları 2010) (Çev. Hakan Gür)

Işık S, "Foucault'da İktidar, Özgürlük ve Direniş" (2012) Y. 16, S. 51, Ekev Akademi Dergisi, 103-114

Keskin F, "Foucault'da Şiddet ve İktidar" (2005) S. 96 (Kış- Bahar) Cogito Dergisi 117-122

Keskin F, "Sunuş: Büyük Kapatılma", Büyük Kapatılma, Michel Foucault. Seçme Yazılar 3 (4. Baskı Ayrıntı Yayınları 2015) (Çev. Işık Ergüden) 11-19

Lemke T, Politik Aklın Eleştirisi: Foucault'nun Modern Yönetimsellik Çözümlemesi, (Phoenix Yayınları 2016) (Çev. Özge Karlık)

Revel J, Foucault Sözlüğü (Say Yayınevi 2012) (Çev. Veli Urhan)

Roth M. P, Göze Göz- Suç ve Cezanın Küresel Tarihi, (Can Yayınları 2017) (Çev. Barışhan Erdoğan)

Rousseau J. J, Toplum Sözleşmesi, (9. Baskı İş Bankası Kültür Yayınları 2012) Çev. Vedat Günyol

Saygılı A, "Mikro-İktidarın Bir Fiziği: Hapishane" (2004) C. 53, S. 2 AÜHFD 177-196

Şentürk İ ve Turan S, "Foucault'un İktidar Analizi Bağlamında Eğitim Yönetimine İlişkin Bir Değerlendirme. (2012) C.18, S. 2 Kuram ve Uygulamada Eğitim Yönetimi, 243-272.

Varer Ş, Michel Foucault'da İktidarın Mikro Fiziği, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2010)



TRAFİK İDARİ PARA CEZALARININ YARGISAL DENETİMİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

An Assessment on Judicial Review of Traffic Administrative Fines

Hakan ARSLANER*

Özet

İdari para cezası yaptırımları kamu düzeninin sağlanmasını amaçlayan en önemli uygulamalardan biridir. Bireyler için hem kendisinin hem de başkasının uğrayacağı maddi, manevi kayıplar veyahut sağlık sorunları için ise, trafik cezalarının ayrı bir önemi vardır. Toplumun geneli için kullanım alanı olan trafikte herkesin önceden belirlenmiş kurallara riayet etmesi, sistemin sorunsuz işleyebilmesine katkı sağlar. Toplumun genel sağlık sorunları ve düzeni ile ilgili politika üretme zorunluluğu olan yönetimin, hem gerekli tedbirleri alması hem de alınan tedbirlere ve getirilen kurallara uyulmaması durumunda, bireysel ve toplumsal caydırıcılığın temini açısından da trafik kuralları ile ilgili cezai müeyyideler öngörmesi doğaldır. İdari bir yaptırım olan trafik para cezalarının hem gerekçesinin hem de tesis etme sürecinin hukuka uygun olması hukuk devleti için elbette önemlidir. Her ne kadar trafik cezalarının sebebi, trafik kurallarına uymamak ve hem kendi hem de başkalarının hayatını riske atmak olsa da, adli niteliğe bürünen suçlar bir yana, kesilen cezalar bireysel ekonomiyi etkileyecektir. Kamu bütçesinde de idari para cezaları içinde önemli bir yeri olan trafik cezalarının hem hukuka uygun düzenlenmesi hem de uyuşmazlık konusu olduğu durumlarda yargılama aşamasında hakkaniyetli davranılması, vatandaş için hak edilen bir ceza, idare için ise hukuka uygun bir kamu geliri olacaktır. Biz bu çalışmamızda, trafik para cezalarının uygulanma aşamasında karşılaşılan sorunlara ve bu cezalara itiraz olması hâlinde yargı mercilerinin hukuka ve hakkaniyete uygun karar verebilmesi için göz önünde bulundurması gereken temel ilkelere değinmeye çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: İdari yaptırımlar, idari para cezaları, trafik idari para cezaları, ispat hukuku

Abstract

Administrative fine sanctions are one of the most important practices aimed at ensuring public order. For individuals, traffic fines have a special importance for material and moral losses or health problems that they and others will suffer. Everyone's observance of the predetermined rules in traffic, which is the area of use for the society in general,

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 08.04.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 21.12.2022*

* Doç. Dr., Adnan Menderes Üniversitesi, Aydın İktisat Fakültesi, harslaner@adu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-2588-5434>



contributes to the smooth functioning of the system. It is natural for the administration, which is obliged to produce policies regarding the general health problems and order of the society, to envisage penal sanctions regarding traffic rules in order to ensure individual and social deterrence, in case the necessary measures are taken and the measures taken and the rules introduced are not followed. It is of course important for the rule of law that both the justification and the establishment process of traffic fines, which are an administrative sanction, are in compliance with the law. Although the reason for traffic fines is not to obey the traffic rules and to risk both one's own and others' lives, the fines that are imposed will affect the individual economy, let alone the crimes of a judicial nature. Both the legal regulation of traffic fines, which have an important place among administrative fines in the public budget, and the fair treatment in cases where there is a dispute, will be a well-deserved punishment for the citizen and a lawful public income for the administration. In this study, we will try to address the problems encountered during the implementation of traffic fines and the basic principles that the judicial authorities should consider in order to make a decision in accordance with the law and fairness in case of objection to these fines.

Key Words: Administrative Sanctions, Administrative fine, traffic administrative fine, law of evidence

GİRİŞ

Kamusal düzenin sağlanmasına yönelik ve ayrıca toplumsal ya da bireysel nitelikli suçlar nedeniyle oluşacak ihlaller sebebiyle cezai düzenlemeler olması, insanlık tarihi kadar eskidir. İnsanların bir arada yaşamaya başlamasından bu yana devlet kültürünün de yerleşmesi ile, hem idari ve kamusal düzeni bozucu hem de cürüm niteliğinde olan eylemlerin kimi yaptırımlara tâbi tutulması beklenen bir sonuçtur. Ceza Kanunu'nda ve diğer kanunlarda suç olarak tanımlanan fiillere adli nitelikli cezalar uygulanırken idarenin kamu düzenini, toplum sağlığını, trafik düzenini ya da cari işleyişini bozan kişilere adli cezalar ile birlikte ya da sadece idari yaptırımlar uygulanacaktır.

Adli nitelikteki suçlara karşı verilen cezalar bir yana, idarenin kamu gücü ve yetkisini kullanarak tek taraflı vermiş olduğu cezalar; bireysel ve toplumsal caydırıcılık, rehabilite etme, hem bireyler arasında hem de teorik olarak adaleti sağlama gibi birçok özelliğe sahiptir. Toplumsal refahın temin edilmesi amacının da olduğu unutulmamalıdır. Yalnız en başta hukuk devleti ilkesi gereği idare, yönetirken, tâbi olduğu hukuk kurallarına tam olarak riayet etmeli, kanun koyucu hem anayasada hem de uluslararası sözleşmelerde belirtilmiş kurallara uygun hukuki düzenlemeler yapmalıdır.

Kamusal kullanım yönü ağır olan trafiğin süjeleri olan araçlar, ulaşım firmaları, araç sürücüleri, yolcular ve yayalar için, özellikle bireysel can güvenliği, genel olarak da toplumun huzur ve refahının temini ve bu konuda genel hizmetlerin yürütülmesi bakımından yapılması ve yapılmaması gereken birtakım kurallar ve bu kurallara uyulmaması durumunda uygulanacak yaptırımlar kabul edilmiştir. İdare tarafından uygulanacak bu yaptırımlar, kurallar ve ce-

zaların düzenlendiği hukuk metinlerinin genel sınıflandırmada, kamu hukuku içerisinde yer almasından mütevellit, birer idari işlem niteliğindedir. Bu idari işlemlerin dayanağı olan hukuksal düzenlemelerin yazılımında, yapılan idari işlemlerin tesisinde, tüm unsurları ile hukuka uygunluğunda, yaptırımlara itiraz ve yargılama sürecinde zaman zaman maddî ve hukuksal sorunlar yaşana-bilmektedir.

Biz bu çalışmamızda, trafik idari para cezaları ve bu cezalar ile bitişik diğer yaptırımların hukuksal boyutunu, yaptırımlara itiraz edilmesi hâlinde görevli yargı merciini, yargılamada dikkat edilmesi gereken temel yargılama ilkelerini ve karar verildikten sonra talep sonucu aleyhine olan tarafın istemesi durumunda hakkında verilen kararın başka bir yargı merci tarafından denetlenip denetlenememesinin ortaya çıkarabileceği sorunları ele almaya çalışacağız.

1. GÖREVLİ MAHKEME VE KESİNLİK SINIRI ALTINDAKİ TRAFİK İDARİ PARA CEZALARINDA HAK ARAMA SORUNU

Kamunun kullanımına açık karayollarında trafik düzeninin sağlanmasına yönelik tedbirler, Karayolları Trafik Kanunu (KTK)¹ kapsamında alınmaktadır. Hem sürücü ve yolcuların hem de yayaların güvenli bir şekilde seyahat etmelerini sağlamaya yönelik alınan tedbirlerin başında trafik idari para cezaları gelmektedir². Ayrıca para cezalarının yanında diğer idari tedbirler de alınabilir. Kanunda cezalandırılan fiiller daha ağır neticeleri önleyici nitelikte tedbirler olup, doktrinde “Önleyici Suçlar” olarak ifade edilmektedir³. İdari düzenin sağlanmasına yönelik olarak tesis edilen bu yaptırımların birer idari işlem olduğunu söylemek mümkündür⁴. Zaten trafik idari para cezalarının, adından da

¹ Karayolları Trafik Kanunu, Kanun Numarası: 2918, Kabul Tarihi: 13.10.1983, RG 18.10.1983/18195.

² İsmail İşler, “Türkiye’de Kamu Geliri Olarak Para Cezalarının Mali Boyutunun Değerlendirilmesi” (2018) (5) 13, Gümrük ve Ticaret Dergisi 48, 56, “Para cezalarının yaklaşık yüzde ellisini vergi cezaları oluştururken yüzde otuzunu trafik cezaları oluşturmaktadır. Caydırıcılık özelliği taşıyan ve sosyal düzeni korumayı amaçlayan bir yaptırım türü olan para cezalarının, sosyal amacı ile birlikte, mali amaca da hizmet ettiğini söylemek mümkündür. Her ne kadar mali amaca hizmet ettiğini söylesek de sosyal amaç saiki para cezalarının birincil önceliğidir. Ancak ceza gelirlerinin, merkezi yönetim bütçe hedeflerinde yer almasının, para cezalarının toplanma amacı olan sosyal amaç ile çelişkili bir durum oluşturduğu da söylenebilir.”.

³ Duygun Yarsuvat, “Trafik Suçları, Cezaları ve Yargılamasında Yeni Sorunlar” (1984) (50) 1-4 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 153, 157.

⁴ Sibel Can, “İdari Para Cezası” (2017) 7 (29) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 407, 411, “İdari yaptırımdan söz edebilmek için kanunen yetkilendirilmiş bir idarenin, idari bir işlem vasıtasıyla, idari düzeni ihlal eden kişiye uyguladığı bir yaptırım olmalıdır. Zira idarenin görevleri arasında bulunan, idari düzeni korumak önemli bir konuma sahiptir. İdari ihlal, vatandaşın toplumun bir üyesi, idarenin bir tarafı olması dolayısıyla, yapması gereken bir vecibeyi ihlal etmiş olmasıdır. Kamu düzenini korumayı amaçlayan idarenin yaptığı idari



anlaşılacağı üzere, idari nitelikli bir yaptırım olduğu kuşku götürmemektedir⁵.

Hükmi ve hakiki şahısların trafik idari para cezalarına ve diğer KTK' dan kaynaklı idari yaptırımlara karşı itiraz yoluna gidebilmesinin önünün açık olması en başta hukuk devletinin bir gereğidir. Kabahatler Kanunu (KK)⁶ nun kabul edilmesi ile birlikte, daha önce KTK' nin uygulanmasından kaynaklı uyuşmazlıklar idare mahkemelerince çözümlenmekte iken; trafik idari para cezalarında görevli mahkeme sulh ceza hâkimlikleri, diğer idari tedbirlerde ise görevli mahkeme idare mahkemeleri olmuştur. Dolayısıyla tek bir fiilden kaynaklı hem trafik idari para cezası hem de başka bir idari tedbir uygulandığında muhatap, para cezası için sulh ceza hâkimliğine, diğer idari tedbir için ise idare mahkemesine başvuracaktır⁷. Bu durum en başta yargı birliğini zedeleyen niteliktedir.

Bu durumun yarattığı olumsuzlukların giderilebilmesi adına 6495 sayılı Kanunla trafik para cezası yanında, diğer idari tedbirlere de başvurulması durumunda bile, her ikisi için de sulh ceza mahkemeleri yetkili kılınmıştır⁸. İdari yargı kadar, adli yargının da görevlendirilmesi, yaptırımlar konusunun bir özelliği olarak kabul edilmektedir⁹. İdari yargı ile adli yargının görev alanları zamanla değişmektedir. Özellikle, bu değişim yönetsel yargı lehine, adli yargı aleyhine olmaktadır¹⁰. Birbiri ile bağışık trafik idari yaptırımlarının uyuşmazlık çözüm yerinin tek bir çatı altında toplanması ile birden fazla uygulanan

işlemlerin fonksiyonlarını icra edebilmeleri, diğer bir deyişle caydırıcı özelliği olması gerekir. Yaptırımla desteklenmeyen idari işlemler, çoğu zaman uygulanmama riskiyle karşılaşır. Dolayısıyla idari işlemlerin idari yaptırımla güçlendirilmesi gerekmektedir. Yaptırımı idari bir makam uygulayacağından araya bir yargı kararı girmeyecektir. Çünkü yaptırıma karar verecek ve onu uygulayacak olan idaredir ve bunu da yine bir idari işlemlerle gerçekleştirecektir.”

⁵ Trafik idari para cezaları ile diğer idari para cezalarının uygulanması nitelik itibarıyla farklılık göstermektedir. Murat Ekinci, “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar” (2017) (2) 3 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 20, 43, “Örneğin trafik düzenini ihlal eden ya da aracını yanlış yere park eden bir sürücüyü uygulanacak idari yaptırım açısından soruşturma açılması ve savunma alınması kuralının öngörülmesi, bu yaptırım ile ulaşılmak istenen sonuçları ortadan kaldıracak ve ayrıca cezalandırma derecesi düşük olan bir netice için çok daha fazla masrafa girilmesine ve dolayısıyla usul ekonomisine aykırılığa sebebiyet verecektir.”

⁶ Kabahatler Kanunu, Kanun Numarası: 5326, Kabul Tarihi: 30.03.2005, RG 31.03.2005/25772 (Mükerrer).

⁷ Trafik İdari Para Cezası Yönetmeliği Madde 16/2, “İdari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görülür.”

⁸ Nihat Kayar, İdari Yargı (3rd edn, Ekin Yayınevi 2015) 176.

⁹ İlhan Özyay, İdari Yaptırımlar (1st edn İstanbul Üniversitesi Yayınları 1985) 138.

¹⁰ A. Şeref Gözübüyük, Yönetsel Yargı (33rd edn., Turhan Kitabevi 2013) 85.

idari yaptırımların uyuşmazlıklarının farklı mahkemelerde görülmesinin meydana getireceği olumsuz durumların da önüne geçilmiş; ayrıca zaman, emek ve maliyet birliği ile tarafların da lehine bir durum ortaya çıkmıştır. Yönetimin bazı işlem ve eylemlerinden doğan davalara bakma görevi yasa ile açıkça adli yargıya verilmiştir. Bu gibi durumlarda, dava konusu işlemin niteliğine bakılmaksızın, dava adli yargıda görülür¹¹. Nihai tahlilde, organik olarak, trafik idari para cezalarına ve bununla birlikte diğer idari tedbirlere itiraz yolunun sulh ceza hâkimlikleri olduğunu söylemek mümkün ise de pratikte bu konu hâlen de tartışılır haldedir. Aşağıda, fazla da uzatmadan, daha önce trafik idari para cezaları ve idari tedbirlerin hukuki niteliği üzerinde bir değerlendirme yaptıktan sonra biz de bu tartışmaya girmek istiyoruz.

Öncelikle belirtmek gerekir ki trafik zabıtalrı tarafından uygulanan trafik idari para cezaları ve diğer idari tedbirler idari işlem niteliğindedir. Bu şekilde uygulanan idari yaptırımların da bir tutanağa bağlanması yani hukuksal olarak idari işlemin bir sebebinin yazılı bir şekilde ortaya konulması genel olarak kabul edilen bir uygulamadır. Örneğin bütçede birinci sırada yer alan idari para cezalarından olan vergi cezalarının mutlaka bir tutanağa ya da rapora dayalı olarak kesilmesi zorunludur. Ayrıca kural ihlalini tespit eden ile bundan dolayı para cezası yaptırımı uygulayan yetkililer de yine genel olarak aynı yetkili değildir. Trafik İdari Para Cezası Karar Tutanaklarının Düzenlenmesinde, Tahsilinde ve Takibinde Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (Trafik İdari Para Cezası Yönetmeliği)¹²'e göre trafik zabıtalrı tarafından düzenlenen tutanak, aynı zamanda ceza ihbarnamesi olarak kabul edilmektedir. Trafik cezalarında kural ihlalini içeren tutanak ilgililere tebliğ edilmektedir¹³. Dolayısıyla trafik idari para cezalarında, bir idari işlemin tebliğ edilmesinde hem tebliğ şekline riayet edilmeli hem de o idari işlemin içeriğinde olması gereken hususlar tutanakta belirtilmiş olmalıdır¹⁴. Trafik idari yaptırımlarının, ayrıca bir ceza ihbarnamesine gerek kalmadan sadece tutanak düzenlenerek bu tutanağın tebliğ edilmesi ile hukuki sonuç doğurmasının uygulamada etkinliğin sağlanması ve hızlı sonuçlandırılması açısından avantajlarının olduğu söylenebilir. Ancak trafik zabıtalrının dışında diğer kolluk kuvvetlerinin, KK

¹¹ ibid 85.

¹² RG Tarihi: 06.04.2011/27897.

¹³ Trafik İdari Para Cezası Yönetmeliği Madde 10/2, "Trafik idari para cezası karar tutanakları için kural ihlalinin tespit edildiği tarihteki araç sahibinin/kiralayanın adres bilgileri; gerçek kişi araçları için Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü Adres Kayıt Sisteminden alınarak tebliğ edilir."

¹⁴ KK Madde 25, "İdarî yaptırım kararına ilişkin tutanakta; a) Hakkında idarî yaptırım kararı verilen kişinin kimlik ve adresi, b) İdarî yaptırım kararı verilmesini gerektiren kabahat fiili, c) Bu fiilin işlendiğini ispata yarayacak bütün deliller, d) Karar tarihi ve kararı veren kamu görevlilerinin kimliği belirtilir.



ve diğer kanunlarda belirtilmiş para cezalarını uygularken genel olarak sadece tutanak düzenlenmekte ve bu tutanaklara dayalı olarak da ceza düzenlemesi mülki idare amirlerince yapılmaktadır. Temel görevinin kamu düzeninin sağlanması ve kural ihlallerinin bir yaptırıma tâbi tutularak caydırıcılık özelliğinin ön plana çıkartılması açısından trafik idari para cezaları ile diğer idari para cezaları arasında bir fark yoktur. Ancak her iki yaptırıma yönelik itiraz süreci, genel olarak aynıdır.

Trafik idari para cezalarının itiraz yeri pozitif hukukta sulh ceza hâkimlikleridir. KK'nın idari yaptırım kararlarına karşı sulh ceza mahkemesine başvurulacağına ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanabilecektir¹⁵. Başka bir ifade ile, diğer kanunlarda bu türden kararlara karşı yargı yolu olarak idari yargı yeri gösterilmiş ise dava, idari yargı yerinde açılacaktır¹⁶. Ancak KTK'da yargı yoluna ilişkin bir düzenlemeye verilmemiş olmasından dolayı trafik idari para cezalarına karşı itirazın KTK hükümlerine göre yapılması icap eder. Benzer düzenleme Trafik İdari Para Cezası Yönetmeliği'nin 16. Maddesinde de belirtilmiştir. Bununla birlikte, Aynı Yönetmelik maddesinin 2. Fıkrasında ise, "İdarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülür." denilerek yönetmeliğin uygulandığı 2011 yılından 6495 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 2013 yılına kadar bir trafik kuralı ihlali nedeniyle hem trafik idari para cezasının hem de başka bir idari yaptırımın uygulandığı durumlarda para cezası için sulh ceza hâkimliğine, diğer idari yaptırım için ise idare mahkemelerine itiraz edilmekte idi. Bu durumda, haklı ve geçerli bir neden bulunmamasına karşın, aynı ya da benzer türden idare kuruluşları tarafından verilen ve de aynı türden olan idari yaptırım kararlarına karşı yargısal başvuru süreleri farklı olabileceği gibi, bu yaptırım kararlarının yargısal denetimi de farklı yargı kolları tarafından ve farklı yargısal usuller izlenerek gerçekleştirilecektir¹⁷. Bu durum birçok sorunu da beraberinde getirdiğinden, 6495 sayılı Kanun ile uygulamaya son verilmiştir¹⁸. Nitekim Uyuşmazlık Mahke-

¹⁵ KK'nın yürürlüğe girdiği tarihin hemen akabinde Anayasa Mahkemesi'ne İtiraz Yoluyla Başvuran Sulh Ceza Mahkemelerinin sayısı bir hayli fazladır. KK'nın birçok maddesinin (3, 23, 24, 27, 28, 29 gibi) Anayasanın yine birçok maddesine 2, 10, 123, 125, 153, gibi) aykırı olduğu savıyla yapılan başvurularda itiraz konusu özellikle, idari para cezalarına itiraz olması hâlinde uyuşmazlığı çözecek görevli yargı yeri ve kararlara karşı itiraz yolu üzerinedir.

¹⁶ Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukukuna Giriş (2nd edn., Ekin Yayınları, 2020) 60.

¹⁷ Metin Günday, İdare Hukuku (10th edn. İmaj Yayınevi 2011) 243.

¹⁸ 6495 sayılı Kanun ile değişik Kabahatler Kanunu'nun trafik cezaları ile ilgili görevli mahkemelerin tespiti konusunda Uyuşmazlık Mahkemesine çok sayıda başvuru yapıldığı

mesinin, 6495 sayılı Kanun kabul edilmeden önceki “İdarenin organları eliyle idari usullere göre uygulanması ve idare hukukunun bir müeyyidesi olması nedeniyle, idari işlem niteliğini taşıyan ve bu yönüyle adli cezalardan ayrılan idari cezaların yargısal denetiminde, kural olarak, idari yargı yerleri görevli bulunmaktadır. Ancak, yasa koyucu tarafından, idari cezalara karşı ilgilerin sadece yapılan tespitin gerçeğe aykırılığı ile maddi ağır yanlışlıklar bulunduğunu ileri sürerek yapacakları itirazlarda, ülke genelinde yaygın teşkilata sahip olması ve sade bir usulle incelenerek kesin kararlarla süratle sonuçlandırılması gibi pratik düşüncelerle, adli yargı yerinin görevli kılınması olanaklı olup; bu halde, yetkili mahkemenin adli yargı yeri olduğunun ilgili yasada açıkça belirtilmesi gerekir¹⁹.” şeklindeki kararı da bu düzenleme ile mevzuatta yerini almış bulunmaktadır.

Organik gerçekliği bir tarafa bırakırsak, trafik idari para cezası idari bir işlemdir ve özel hukuk – kamu hukuku ayırımının Anayasal düzlemde olduğu bir ülkede idarenin, kendine atfedilmiş kamu gücü ve ayrıcalığı ile idare hukukuna dayalı olarak tesis etmiş olduğu işlemlerden kaynaklı uyuşmazlıklar idari yargılamada, bunun dışındaki iş ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar ise adli yani hukuk yargılamasında çözümlenmektedir. Anayasanın 125. Maddesinde, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” ifadesine yer verilmiştir. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, idarenin iş ve eylemlerinin yargı yolunun mutlaka idari yargı yolu olduğu sonucu buradan çıkarılamaz, ancak aynı Anayasanın idari ve adli yargı rejimi ayırımına gittiği düşünüldüğünde, idari işlemlere karşı idari yargı rejiminin görevli olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, Anayasanın ceza ya da özel hukuk hükümlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için de bir yargı rejimi tanımlaması yapmamıştır. Anayasadaki yargılamaya ilişkin düzenlenen temel kurallarda amaç idarenin iş ve eylemlerinin yargıya götürülebilmesidir. Hangi iş ve eylemlerinin idari yargıda, hangilerinin adli yargıda görüleceği, kanunlarla düzenlenecektir²⁰.

söylenebilir. Mahkemenin kararlarına ise bir birliğin sağlandığını söylemek mümkündür. Örneğin; Uyuşmazlık Mahkemesi, E 2015/685 K 2015/692, 26.10.2015; “2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 48/9. maddesi uyarınca alkol cihazına üfleme kabul etmediğinden bahisle davacı hakkında düzenlenen sürücü belgesi geri alma tutanağına karşı yapılan itirazın, aynı Kanun’ un 112. maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği hakkında”; Uyuşmazlık Mahkemesi, E 2017/90 K 2017/134, 20.02.2017 “2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 48/9. maddesi uyarınca verilen idari para cezası ile sürücü belgesi geri alma tutanağına karşı yapılan itirazın, aynı Kanun’ un 112. maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği hakkında”, (www.sinerjimevzuat.com.tr, 18.01.2022).

¹⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi, E 1998/13 K 1998/16, 06.07.1998, (www.sinerjimevzuat.com.tr, 11.02.2022).

²⁰ Kanun koyucu, bu yetkisine istinaden birçok kanunda idari işlem ya da eylem niteliğinde olan uyuşmazlıkların çözüm yerini adli mahkemelere bırakmıştır. 8049 sayılı Medeni



Kanun koyucu da bu durumdan yararlanarak kimi idari uyuşmazlıkları adli yargı düzeninin görevine dâhil edebilir. Bunu yaparken gözetmesi gereken iki ölçüt vardır. Biri, böyle bir transferi haklı kılacak nedenlerin olması diğeri ise kamu yararının bulunmasıdır²¹. Böyle bir yetkinin Anayasa tarafından kanun koyucuya verilmesi ise beraberinde birçok sorunu getirmektedir. Öncelikle bahsedilen ölçütlerin birine ya da her ikisine de riayet edilmeden düzenleme yapıldığı söylenebilir. Bununla birlikte, uygulamada sıklıkla görevli mahkeme tartışması yaşanabilir. İdare tarafından yapılan ve hukuki sonuç doğuran bir irade açıklamasının idare mahkemelerinde görülmesi gerektiğine yönelik temel ilke geçerliliğini yitirmiş olacaktır. Yine, bir fiil dolayısıyla birden fazla idari işlemin tesis edilmesi durumunda, kanun koyucunun idari işlemlerden birisinin yargı yolu olarak idare mahkemelerini, diğerini ise adli mahkemeleri göstermesi durumunda vatandaş iki farklı mahkemeye dava açacak; daha fazla emek, para ve zaman harcayacak, mahkemeler farklı usullere göre uyuşmazlıkları çözebilecek ve nihayetinde farklı kararlar bile ortaya çıkabilecektir. Bir mahkemenin, diğer mahkeme kararını bekletici mesele yapması durumunda ise karar süreci uzayacaktır. Bu anlamda, kanun koyucunun idari bir işlem ya da eylem niteliğinde olan bir uyuşmazlığın çözüm yerini adli mahkemelere bıraktığında, beraberinde getireceği sorunları da göz önünde bulundurmalıdır. Fakat Anayasa Mahkemesi, özel bir kanun hükmü ile bir davanın adli yargının görevine dâhil edilmesi halinde, dava konusunun bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği, yani dava konusunun bir bölümünün adli yargının, diğer bölümünün idari yargının görev alanında olamayacağı görüşündedir²².

Anayasa Mahkemesinin bu konuda vermiş olduğu çeşitli tarihlerde kararları vardır ve bu kararlar arasında çelişkilerin olduğunu da söylemek mümkündür. Örneğin bir kararında²³, “Tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa’da adli ve idari yargı ayırımına gidilmiş ve idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve

Kanun’ da tapu sicillerinin tutulmasına ilişkin, vesayet kurumunun sorumluluğuna ilişkin; 6183 sayılı AATUHK’ nın tasarrufun iptali davaları ve istihkak iddialarına ilişkin; 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nda kayıtların düzeltilmesine ilişkin; 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nda görevlilerin kusuruna ilişkin; 6831 sayılı Orman Kanunu ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu hükümlerine göre alınan kadastro kararlarına ilişkin; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’na göre alınan idari yaptırım kararlarına ilişkin; 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre kamulaştırılacak gayrimenkulün bedel tespiti için; 3194 sayılı İmar Kanunu hükümlerine göre kesilecek para cezalarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümü adli mahkemelere bırakılmıştır. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür.

²¹ Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku (1st edn., Ekin Yayınları 2016) 74.

²² Baki Kuru, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 3. Maddesinin Anayasa Mahkemesi Tarafından İptal Edilmiş Olması Vesilesiyle İdari Yargının Görevine Giren Bazı Davaların Özel Bir Kanun Hükmüyle Adli Yargının Görevine Dâhil Edilmesi”, (2015) (16) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’ e Armağan) 217, 228.

²³ Anayasa Mahkemesi, E 1996/72 K 1997/51, 15.05.1997 (www.sinerjimevzuat.com.tr, 14.02.2022).

vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, kural olarak idare hukuku alanına giren konularda idari yargı, özel hukuk alanına giren konularda adli yargı görevli olacaktır. Bu durumda idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. İdari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü, yukarıda da bahsedildiği üzere, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir” diyerek yasa koyucunun bu konudaki yetkisini Anayasa Mahkemesi, “haklı neden” ve “kamu yararı” konuları bakımından kısıtlamıştır. Başka bir kararı²⁴nda ise, “Yasama organı, anayasal bir gerek olarak idare hukuku alanına giren bir idarî eylem ya da işleme karşı adlî yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir. Aksi halde, Anayasa’nın “Kanunî hâkim güvencesi” başlığı altındaki 37. maddesinin birinci fıkrasında “Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir mercii önüne çıkarılamaz” biçiminde ifade edilmiş buyurucu kurala aykırılık oluşur. Bunun içindir ki, Anayasa’nın 156. maddesinin ikinci fıkrası, idarî uyuşmazlıkları çözümlemeyi Danıştay’ın görevleri kapsamına almıştır”²⁵ diyerek yasa koyucunun idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığı adli yargının görev alanına kanuni bir düzenleme ile dâhil etmesini mümkün görmemektedir. Benzer bir diğer kararı²⁵nda da, “Adlî ve idarî yargı ayrımı benimsenince onun gereklerine de uymak zorunluluğundan kaçınılamaz. Anayasa’nın “Yargı Yolu” başlıklı 125. maddesinin birinci fıkrasındaki “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” hükmüyle başlayıp yukarıda ele alınan maddelerin hükümleriyle tamamlanan yargısal düzenlemeler adlî-idarî yargı ayrılığının kurumlaştığının kanıtlarıdır. Adlî ve idarî yargı yolu ayrımı, uyuşmazlıklara uygulanan kurallardan değil, anlaşmazlığın kaynaklandığı esaslardaki ayrılıktan ileri gelmektedir. Bu nedenle adli yargı alanındaki bir uyuşmazlığın idarî yargı hâkimine, idarî yargı alanındaki bir uyuşmazlığın da adli yargı hâkimine gördürülmesi sonucunu doğuracak, savcılar da aynı biçimde görevlendirmeye elverişli bir düzenleme Anayasa’nın öngördüğü yargı ayrılığı ilkesiyle çelişecektir. Bu tür düzenleme, Anayasa’nın 140. maddesiyle bağdaşmaz”; ve yine²⁶ “Anayasa kuralları gereğince, yasama organı, idare hukuku alanına giren bir idarî eylem ya da işleme karşı adlî yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir”²⁶ diyerek daha önce bu düşünceye sahip olduğunu çeşitli kararları ile hüküm altına almıştır.

²⁴ Anayasa Mahkemesi, E 1988/5 K 1988/55, 22.12.1988 (www.sinerjimevzuat.com.tr, 15.02.2022).

²⁵ Anayasa Mahkemesi, E 1988/32 K 1989/10, 28.02.1989 (www.sinerjimevzuat.com.tr, 14.01.2022)

²⁶ Anayasa Mahkemesi, E.1994/71 K 1995/23, 28.06.1995 (www.sinerjimevzuat.com.tr, 14.01.2022)



Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesince eski kararlarında Anayasada belirtilmiş bulunan yargı rejimlerine aykırı kanuni düzenlemelerin yapılmaması gerektiğine, idari iş, işlem ve eylemlere yönelik davaların idari yargıda; diğerlerinin ise adli yargıda çözümlenmesi gerektiğine, kanun koyucunun bu konuda bir yetkisinin Anayasal düzlemde bulunmadığına vurgu yapılırken; daha yeni kararlarda ise “kamu yararı” ve “haklı neden” ölçütleri kapsamında kanun koyucunun idari yargının görev alanına giren konularda uyuşmazlıkların adli mercilerce çözülebileceğine dair yasal düzenlemeler yapabileceği yönünde kararlar alınmıştır. Son yıllarda vermiş olduğu kararların daha yerinde olduğu söylenebilir. Ayrıca trafik idari para cezaları ve bu ceza ile bitişik diğer idari yaptırımlar açısından itiraz yolu ile ilgili 6495 sayılı Kanun ile değişik KK’da yapılan düzenlemelerin de usul hukuku açısından mevcut ihtiyaca cevap verdiğini de söyleyebiliriz. Ancak yargı kararlarından da görüleceği üzere bu durumun kabulü pek de kolay olmamıştır.

Yukarıda ifade edilmeye çalışılan durumun aksini düşünmek çeşitli hukuksal sorunlara sebebiyet verecektir. Örneğin trafik para cezalarının yanında aynı zamanda ceza puanı da verilebilir. KTK’nın 118. maddesinin ilk dört fıkrasında, “Bu Kanunun suç saydığı bir fiilden dolayı haklarında ceza uygulanan sürücülere, aldıkları her ceza, için esasları yönetmelikte belirlenen ceza puanları verilir. Trafik suçunun işlendiği tarihten geriye doğru bir yıl içinde toplam 100 ceza puanını dolduran sürücülerin sürücü belgeleri 2 ay süre ile geri alınır ve eğitime tabi tutulurlar. Aynı yıl içinde ikinci defa 100 puanı dolduran sürücülerin sürücü belgeleri 4 ay süre ile geri alınarak psiko-teknik değerlendirmeye ve psikiyatri uzmanının muayenesine tabi tutulurlar. Muayene sonucunda sürücülük yapmasına engel hali bulunmayanların belgeleri, süresi sonunda iade edilir. Bir yıl içinde üç defa 100 ceza puanını dolduran sürücülerin sürücü belgeleri süresiz olarak iptal edilir.” şeklinde hükümlere yer verilmiştir. Yani sadece idari para cezası değil, eylemin niteliğine göre de ceza puanı verilmektedir. Dolayısıyla yukarıda sayılan sınırlarda olan bir vatandaş için, trafik para cezasının yanında ceza puanı uygulaması da yapılarak 2 ay, 4 ay ya da sınırsız olarak ehliyetine el konulabilmektedir. Bu da ciddi ihlallere sebebiyet verecektir. Para cezasının, parasal sınırı aşmaması hâlinde ilk derece merciinde görülen ve itirazı kabul edilmeyen vatandaşın trafik para cezasının kesinleşmesi ile birlikte ceza puanı da kesinleşecektir. Örneğin, hız sınırının aşılması durumunda 10 ve 15 puanlık; emniyet kemerinin kullanılmadığı iddiasında bulunulması durumunda ise, ki çalışmamızda temel olarak incelemeye çalıştığımız yargı kararı bu konu üzerindedir, 15 puanlık bir ceza puanı öngörülmektedir. Sulh ceza hâkimliklerinin hem usulden hem de esastan idari ve cezai yargılama ilkelerini göz önünde bulundurmadan ve kesin olarak verecekleri bir karar, vatandaş için sadece maddi bir kayba sebebiyet vermeyecek kendisine tanınmış olan bir takım hakların kullanılamaması durumuna da sebebiyet verecektir.

Bu durumda akla gelen soru: Trafik para cezalarının yanında ceza puanı uygulamasına da yer verildiğinde, ceza puanı uygulaması için idare mahkemelerinde dava açılıp açılmayacağı yönündedir. Çünkü trafik para cezası ile birlikte trafik ceza puanının da uygulandığı bir durumda, somut bir olayda yukarıda bahsedilen ceza puan limiti dolmuş ise kişinin ehliyetine idarece, iptalde ise sulh ceza hâkimliğinin kararıyla alıkonulacaktır. Ya da o anki somut olayda olmasa da ileride aynı kişi için başka bir trafik ceza puanı verildiğinde, ceza puanı limiti konusunda önce kesilen ceza bir birikim oluşturacaktır. Ceza puanı dışındaki trafikten men, sürücü belgelerinin geri alınması gibi diğer idari tedbirler için idare mahkemelerine dava açılması, Anayasa’da ve kendi özel kanunlarında yargı yolu kapatılmış durumlar dışında, elbette ki mümkündür. Ancak vatandaşa sadece trafik para cezası ve ceza puanı verilmesi durumunda, sulh ceza hâkimliklerinde para cezasının itirazı için, idare mahkemelerinde ise ceza puanının iptali için dava açılabilir mi? Uygulamada sulh ceza hâkimliklerine yapılan itiraz başvurularında para cezasının ve ceza puanının (çoğu zaman ceza puanının iptali itiraz dilekçelerinde belirtilmez ancak hâkimler re’sen ceza puanını da dikkate almak zorundadırlar)²⁷ iptali istenmektedir. İtiraz haklı görüldüğünde, idare hem para cezasını terkin etmekte ya da reddiyatını yapmakta hem de ceza puanını silmektedir. İtiraz reddedilir ise her iki ceza da, kanun yolu kapalı ise, kesinleşmektedir.

Vatandaş ceza puanının iptali için bir de idare mahkemesine dava açar ise; idare mahkemesi, ilk incelemesinde görev yönünden davanın reddi yolunda karar verebilir mi? Kendini görevli sayar ise; tek bir fiilden doğmuş suç/ka-bahate yönelik birden fazla ceza söz konusu olduğundan ve vatandaş da hem itiraz hem de dava açma hakkını kullandığından mahkemeler için bir “bekletici sorun” müessesesi işletilebilir mi? Çünkü aynı sebepten doğan birden fazla ceza verilmesi hâlinde mahkemeler somut olayın var olup olmadığının tespiti için tek bir kaynaktan hareket edeceklerdir. Burada aynı fiil neticesinde uygulanan birden fazla yaptırımda, yargılama yine aynı yargı rejimine tâbi olmayan mahkemelerin yetkisinde olur ise, kararlarda yeknesaklık ve hukuki güvenlik için bir yargı merciin bu durumu bekletici sorun yapması lazım gelebilir mi? Aşağıda bu sorulara cevap bulmaya çalışacağız.

²⁷ Trafik idari para cezası ile ceza puanı içeren idari bir işleme karşı sulh ceza hâkimliklerine yapılan itirazlarda, şikâyet konusunun genelde sadece para cezasına yönelik olduğu söylenebilir. Yani itiraz dilekçelerinin konusu idari para cezalarıdır. İtirazın kabul edilmesi hâlinde, hâkimliklerin dilekçedeki taleple bağlı kalmaları durumunda idareye, sadece para cezasının geri alınması yönünde verilen karar tebliğ edildiğinde, idare, hâkimliğin kararına bağlı kalarak, ceza puanını silmeyebilir ve bu durumun düzeltilmesi zaman ve emek sarfiyatına sebebiyet verebilir. Uygulamada karşılaşılan ihtimali düşük olsa da ceza puanı da içeren trafik idari para cezalarına karşı sulh ceza hâkimliklerine dilekçe verilirken, itirazın hem uygulanan para cezasını hem de ceza puanını içerip içermediği göz önünde bulundurulabilir.



Öncelikle, trafik idari para cezalarına karşı itiraz mercii, Trafik İdari Para Cezası Karar Tutanaklarının Düzenlenmesinde, Tahsilinde ve Takibinde Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik²⁸' in 16. Maddesine göre, sulh ceza mahkemeleridir. Trafik idari para cezası karar tutanağının, tebliği tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde itiraz edilmesi mümkündür. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari para cezası kesinleşir. Ayrıca yetkili sulh ceza mahkemesi, tutanağı düzenleyen idarenin bulunduğu yerdeki hâkimliktir. Görüldüğü üzere, Mezkûr Yönetmeliğin lafzı “trafik idari para cezaları hakkındadır”. Ceza puanları ile ilgili bir vurgulama yapılmamaktadır. Ceza karar tutanaklarında sadece para cezaları yoktur ayrıca ceza puanlarına da yer verilmektedir. Yönetmelikte “tutanakta belirtilen cezalara karşı” demek yerine “trafik idari para cezalarına karşı” ifadesinin tesadüfen kullanılmadığını düşünmekteyiz. Bu itibarla düzenlenen ceza puanlarına yönelik idare mahkemesinde dava açılmasının mümkün olacağı düşünülebilir. Anılan Yönetmeliğin 16. Maddesinin 2. fıkrasında ise, “İdarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı mercisinde görülür.” hükmüne yer verilmiştir. Ancak öncelikle buradaki ifadelerin anlaşılabilirliğini bu kadar zor hâle getirmenin ne manası olduğunu anlayamadığımızı belirtmek isteriz. Ayrıca KK'nın 27. Maddesinde de idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine yönelik idari yaptırım kararlarına karşı sulh ceza hâkimliklerine, süresi içinde, başvurulabileceği belirtilmiştir. Sulh ceza hâkimliklerine karşı hangi uyuşmazlık konuları için sulh ceza hâkimliklerine başvurulabileceğinin bu şekilde tahdidi olarak düzenlenmesi, trafik para cezaları ile birlikte düzenlenen ceza puanı için itiraz mercilerinin sulh ceza hâkimlikleri olmayacağı, idari yargı yerleri olduğu kanısı da uyandırabilmektedir.

Trafik idari yaptırımları karşısında hakkını aramaya çalışan kişi ve kurumlar için yargılamada usule yönelik önemli bir görev tespitini yapabilmek bu kadar zor olmamalıdır. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında yer alan düzenlemeden yola çıkarak bu fıkra da belirtilmiş olan idari yaptırım kararını, trafik idari para cezası olarak yorumlayabiliriz. Yine ilk fıkradaki para cezaları ile ceza puanları ayırımının bu fıkra da yapılmadığını, buradaki “idarî yaptırım kararı” kavramının hem trafik idari para cezasını hem de trafik ceza puanını içerdiğini de söyleyebiliriz. Buradaki söylem bizim değil, idarenin bakış açısına göredir. Çünkü idareye göre, idarî yargının görev alanına giren kararlar, para cezası ve ceza puanı dışında kalan; araçların trafikten men edilmesi, kimi kurumların çalışma izinlerinin askıya alınması ya da iptal edilmesi şeklinde

²⁸ Resmi Gazete: 04.02.2011/27836.

olan kararlardır²⁹.

Özellikle de sürücü belgelerinin geri alınması hususu, KK' nın "Saklı Tutulan Hükümler" başlıklı 19. Maddesinde, "Diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için; a) Bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, b) İşyerinin kapatılması, c) Ruhsat veya ehliyetin geri alınması, d) Kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmıyca kadar saklıdır." şeklinde düzenlenmiştir. Ancak daha önce de bahsedildiği gibi KTK' nın ilgili 112. Maddesi, 6495 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramış ve sürücü belgelerinin geri alınmasına ve iptaline sulh ceza mahkemelerinin karar vereceği belirtilmiştir. Bizim üzerinde durmaya çalıştığımız ve gözden kaçırılan idari yaptırım ise, yukarıda da değinmeye çalıştığımız ve ilgililer için ileride mağduriyetlere sebebiyet verme ihtimali yüksek olan trafik ceza puanlarıdır ve ilgili hiçbir Kanun ya da düzenleyici bir işlemde bu hususa yer verilmemektedir. Kanun koyucu ve idare tarafından trafik ceza puanı uygulamasının diğer yaptırımların yanında önemsiz kaldığı düşünülmüş olabilir.

Ancak bize göre ve "de facto", ceza puanları sürücü belgesinin geri alınmasına sebebiyet veren idari yaptırımlardır. En son bu yaptırımın uygulandığı tarihten geriye doğru 1 yıl içinde 100 puanı dolduran vatandaşların sürücü belgeleri 2 ay geri alınıp eğitime tâbi tutulmaları, aynı yıl içinde ikinci defa 100 puanı dolduran sürücülerin sürücü belgeleri 4 ay süre ile geri alınarak psiko-teknik değerlendirmeye ve psikiyatri uzmanının muayenesine tabi tutulmalarına sebebiyet veren ceza puanlarının hukuki denetiminin başka bir yargı yerinde, sürücü belgelerinin geri alınması nihai işleminin hukuki denetiminin ise başka bir yargı yerinde yapılması yargı birliği açısından tartışılır durumdadır.

Netice itibariyle, trafik ceza tutanaklarında belirtilen trafik idari para cezası ve trafik ceza puanına karşı itiraz mercii, hukukî düzenleme gereği olarak, uy-

²⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi, E 2017/90 K 2017/134, 20.02.2017 "İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen trafik para cezası ve sürücü belgesi geri alma tutanağının 5326 sayılı Kanun' un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 12.7.2013 tarih ve 6495 sayılı Kanun' un 20. maddesiyle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu' nun 112. maddesinde yapılan değişiklik ile maddenin yeniden düzenlendiği ve bu karara karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği gibi idari para cezasına karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu' nun 5560 sayılı Kanun' la değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezası ve sürücü belgesi geri alma tutanağına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.", (www.sinerjimevzuat.com.tr, 07.01.2022)



gulamada da sulh ceza hâkimlikleridir³⁰. Ancak idari nitelikteki bir uyuşmazlığın adli yargının görev alanına verilmesi pek tabiidir ki, uyuşmazlığın idari niteliğini ortadan kaldırmaz³¹. Yargılamada sulh ceza hâkimliklerinin hangi temel ilkeleri göz önünde bulundurması gerektiği konusu, bir sonraki başlıkta değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Trafik idari para cezaları ve ceza puanı yaptırımlarına karşı yapılacak itirazlarda sulh ceza hâkimliklerinin görevli olduğu yönündeki tespitimizi; teorik, hukuki ve fonksiyonel değerlendirme ile, yaptıktan sonra sulh ceza hâkimliklerinin kararlarının bir diğer yargı organına itiraz ya da istinaf şekli ile denetlenmesi gerekliliği üzerinde durmaya çalışacağız.

Günümüzde hem idari hem de adli yargılamada ilk derece mahkemelerinin kararları, parasal bir sınır gözetilerek kesinleşmektedir. Zamanla değişiklik gösteren bu sınırın altındaki parasal uyuşmazlıklar için yerel mahkemelerin/hâkimliklerin vermiş oldukları kararlar kesindir. Ancak bazı para cezaları miktar itibarıyla düşük görünse de kimi somut olaylarda özellikle muteriz için önemli rakamlar olabilmektedir. Bu nedenle parasal uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık miktarının öneminden çok, yapılan idari işlemin hukuksal zemininin sağlam olup olmadığı yani idari işlemin hukuki unsurlarının tam olup olmadığının tespit edilmesi önemlidir. Sırf üst mahkemelerin iş yükünü hafifletmek güdüsüyle; miktar itibarıyla düşük olan uyuşmazlıklarda hukuka uygunluğun yine miktar itibarıyla daha yüksek olan uyuşmazlıklara nazaran önemsiz olduğunu düşünmek, bu nedenle herhangi bir denetime bağlı tutmadan kesinleşmesini sağlamak, kabul edilebilir bir gerekçe olmamalıdır.

İdari yaptırımlar sonucunda uygulanan idari para cezaları en nihayetinde bir idari işlem olduğu için hukuk devleti ve idarenin yargısal denetimi, kanunilik ilkesinin tesisi, bireyleri güçsüz durumda bulunduğu idareye karşı korumak ve idarenin keyfi davranmasını engellemek, hukukun üstünlüğü ile adil yargılama ilkelerini tesis etmek bakımından³² idari para cezalarına itiraz başvurusu

³⁰ Yargıtay 7 CD, E 2021/29290 K 2021/17345, 15.12.2021, (www.sinerjimevzuat.com.tr, 11.02.2022)

³¹ Uyuşmazlık Mahkemesi, E 1998/10 K 1998/12, 08.05.1998, (www.sinerjimevzuat.com.tr, 18.02.2022)

³² Turgut Candan, İdari Yargılama Usulü Kanunu (1st edn. Maliye ve Hukuk Yayınları 2005) 202, “Yönetimin işlem ve eylemlerinin kişisel değerlendirmelere bırakılmaması için, bunların yargı yoluyla somut ve etkili bir denetime bağlı tutulmaları zorunludur. Bu doğrultuda, önce gelen araçlardan biri, iptal davasıdır. Yönetimin yasalara aykırı işlemlerinin somut yaptırımı sayılan iptal davaları, yetkili organ ya da kişilerin değerlendirmeleriyle doğacak sakıncaları önler. İdari yargıda etkin denetim aracı olarak iptal davaları önde geldiğine, yönetimi de idari yargının özellikleri gözetilerek düzenlendiğine göre, her türlü idari işlem için uygulanabilecek, koşulları ve kapsamı belirsiz, hangi tür işleme karşı açık olduğu gösterilmeden, başvuru süresini kısaltan, savunma hakkını sınırlayan, kanun yoluna başvuru hakkını kaldıran bu yöntem, kanunlara “itiraz edilebilir” kaydı konulmak suretiyle,

üzerine sulh ceza mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı, istinaf ve temiz kanun yollarında olduğu gibi kararların bir kez daha gözden geçirilmesi için KK' nın 29. Maddesi uyarınca itiraz yolunun açık olması gerekmektedir³³. Bu fikir temelde dört gerekçeye dayandırılabilir.

İlki parasal sınırın neye göre ve nasıl tespit edildiğidir. KK' nın 28. Madde-
sinin son fıkrasında düzenlenen üç bin TL'lik sınır tamamıyla farazi bir görüşe
dayalı belirlenmiştir. Bu rakama kadar ki para cezaları için ilk derece merciin
kararı kesin iken bu rakamı az bir miktar aşan cezalar için kanun yolunun açık
olması ve bu cezanın denetime layık görülmesi fikri, hukuksal bir zeminde
en başta hak arama hürriyeti kapsamında açıklanamamaktadır. İkincisi, kişi-
nin haksızlığa uğradığını, hak etmediği bir ceza ile karşılaştığını düşünmesi
hâlinde, ceza miktarı ne olursa olsun haksızlığın giderilmediği bir durumda
vicdani rahatsızlık devam edecektir ve hukuk devletine olan inancı körelebi-
lecektir. Üçüncüsü, verecek oldukları kararların nihai olduğu ve kararlarının
itiraz sürecinin olmadığını bilen hâkimler, karar verirken usulde ya da esasta
yargılamanın bazen en temel ilkelerini bile göz ardı edebileceklerdir³⁴. Her yar-
gılamada böyle bir durumun ortaya çıkabileceğini söylemek elbette ki doğru
olmaz ancak kararlarının en azından istinaf/itiraz sürecine götürülebileceğini
bilen hâkimlerin yargılama sırasında daha dikkatli olduğu gerçeğini de kabul
etmek gerekir. Dördüncüsü ise, genelde kamu düzenine aykırı hareket eden
bir kişi ya da kuruma sadece idari para cezası verilmemekte, para cezasının
yanında başka idari tedbirlere de başvurulmaktadır. Örneğin, ruhsat iptali, gö-
revden geçici men, işyeri kapatma gibi yaptırımlar, para cezaları ile birlikte
uygulanabilir. Üst mahkemeye gitme sınırını geçmeyen para cezalarının yan-
nında bir de idari tedbirlere başvurulması hâlinde vatandaş ya da kurumlar
başka ihlaller de yaşayabileceklerdir. Bu gibi tedbirlerden kaynaklı uyuşmaz-
lıkların idare mahkemelerinde görülmesi, idari trafik para cezalarının ise sulh
ceza hâkimliklerinde görülmesi farklı kararların çıkmasına sebebiyet verebilir.
Her ne kadar bekletici sorun müessesesi, ilgili mahkemelerce uygulanabilse
de hâkimler için bu, zorunlu bir durum değildir. 6495 sayılı Kanun, bu soru-
na bir çözüm getirmiş olmakla birlikte bizim burada bahsetmeye çalıştığımız,
idari yargılamada çözümlenmesi gereken idari tedbirlerden kaynaklanan uyuş-

iptal davasına konu olabilecek işlemlerin de bu kapsama alınabilmesi sonucunu doğurarak, idarenin yargısal denetiminin etkinliğini ortadan kaldıracığından ve kişilere tanınan yargı güvencesinin anlamsızlaşmasına neden olacağından, hukuk devleti kavramı ile bağdaşmaz.”.

³³ Muhammet Taha Büyüktavşan, “Kesinlik Sınırı Altındaki İdari Para Cezalarına Karşı İtiraz Yoluna Başvurulmamasının Cezai Konularda İki Dereceli Yargılanma Hakkı Bakımından İncelenmesi” (2018) 6 (12) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 279, 304.

³⁴ İstinaf ya da itiraz yolu kapalı olan uyuşmazlık konuları hakkında kesin olarak karar veren sulh ceza hâkimliklerinin kararlarına karşı Adalet Bakanlığı tarafından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı kanalı ile “kanun yararına bozma” başvurularının sayısı yadsınamayacak kadar fazladır.



mazlıklardır. Yani idari tedbirle ilgili dava idare mahkemelerinde görülür iken, aynı zamanda ve aynı kabahat için düzenlenen para cezasına yapılan itiraza karşı, sulh ceza hâkimliklerince ilgili aleyhine kesinleşmiş bir karar verilmiş olabilir. Daha sonra idare mahkemesinin ise ilgili lehine bir karar vermiş olması hâlinde kişi, tek bir suç/kabahatten mütevellit davalardan birini kazanacak diğerini ise kesin olarak kaybedecektir. Bu noktada, sulh ceza hâkimliklerinin kararlarının bir itiraz mekanizması ile denetlenmesinin de önemi ortaya çıkmaktadır. Burada bir istinaf incelemesi olmasa da en azından yerel yargılama makamlarının yargılama sırasında idari yargılama ve ceza yargılamasında göz önünde bulundurması gereken temel ilkelere riayet edip etmedikleri, önemli usul hataları yapıp yapmadıkları, kararlarının hukuka uygun olup olmadıkları yönünden denetlenebilir.

Daha önce de üzerinde durduğumuz gibi, trafik idari para cezaları ve ceza puanı tesisi, vatandaşlar için ciddi ihlallere sebebiyet vermektedir. İdari işlem niteliğinde olan bu uygulama, kamu gücü yetki ve ayrıcalığı kullanılarak tek tarafı hukuki bir sonuç yaratmaktadır. Bir tarafta trafik kurallarının ihlal edildiğini iddia eden trafik zabıtası³⁵, diğer tarafta ise herhangi bir trafik ihlali olmadığını ve bu nedenle uygulanan idari yaptırımların hukuka aykırı olduğunu iddia eden ceza muhatabı vardır. İddia, sulh ceza hâkimliklerinde görülür iken tarafların; vatandaşın üstün ve ayrıcalıklı konumda olan ve idari anlamda hukuksal korumaya, ayrıca her türlü idari bilgi, teçhizat ve donanımına sahip olan, yapmış olduğu işleminin, ilk aşamada, hukuka uygun olduğu kabul edilen idare ile bu imkânlardan yoksun ceza muhatabı olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle hâkimlikler, vermiş oldukları kararların neticesinde, vicdanen rahat olmalı, tarafların da adalete olan saygınlığını kırmamalıdır. Ceza muhatabları, yargılama sonunda, üstün güç ve yetkilere sahip olan idarenin karşısında yargı makamlarının kendilerini koruyabildikleri, haklarına sahip çıktıkları ve hukuka aykırı, hakkaniyetle bağdaşmayan idari işlemlerin iptal edilebildiği inancını korumaları, adalet çarkının sağlıklı işleyebilmesi için önemlidir. Dolayısıyla herhangi bir sebepten idare ya da ceza muhatabı, ilk derece yargı makamının kararını yanlış veya eksik bulduğu durumda, az önce zikredilen saygınlığın ve inancın zedelenmemesi adına hiyerarşi bakımından bir üst yargı makamına itiraz/istinaf yoluna başvurabilme imkânı sağlanmalıdır³⁶.

³⁵ Fahri Trafik Müfettişliği Görev ve Çalışma Yönetmeliği kapsamında görev yapan fahri trafik müfettişlerinin telkini ile düzenlenen trafik idari para cezaları bu çalışmanın kapsamında değildir.

³⁶ Trafik idari para cezaları ve ceza puanı yaptırımları için sulh ceza hâkimliklerine itiraz sürecinde dava harcı, dosya harcı ya da tebligat masrafları adı altında herhangi bir ödeme alınmamaktadır. Bu hâkimliklerin kararlarına karşı itiraz ya da istinaf yolunun açılması hâlinde ise, gereksiz başvuruların önüne geçilmesi amacıyla, ikinci derece yargı yoluna başvurulur iken belli bir ödemenin yapılmasının istenmesi, bir çözüm yolu olarak söylenebilir.

2. TEMEL YARGILAMA İLKELERİ VE İSPAT HUKUKU

Trafik idari para cezaları; işlemleri tesis eden makamın hukuksal yapısından, uygulamaya konu idari kararın düzenlendiği hukuk kuralından, tek taraflı olma özelliğinden, cezanın ödenmemesi hâlinde cebri tahsile yönelik başvuru hukuk kurallarından ve nihayetinde adından da anlaşılacağı üzere bir idari işlemdir. İdari işlemlerin yargı denetimine açık olması; idarenin iş, işlem ve eylemlerinin gelişi güzel kararlar alınarak uygulanmasını engeller. İdarenin; idari işlemlerin kuruluş ve sonra uygulanma aşamalarında en temelde hukuk kurallarına uygun ve hakkaniyetli olarak tesis edilmesi gerekmektedir³⁷. Cezaların yalnız kanunlarda yer alması değil, fakat bu cezaların dürüst ve eşit bir biçimde uygulanması gerekir³⁸. İşin en başında bu ilkelere riayet edilmesi, idarenin iş ve eylemlerinin yargı yoluna açık olması kuralının da idare lehine uygulanmaması sonucunu doğuracaktır ki, idare hukukunun ve yargı sisteminin temel amaçlarından birisi de budur. Tüm bu beklentilere rağmen idarenin birçok iş ve işlemlerinden dolayı yargılama davaları taraf olarak yer aldığı da söylemek mümkündür.

Trafik idari para cezalarının ve bu cezalara bağlı olarak kesilen cezalarının idari bir işlem olduğu konusunda şüphe yoktur ve bu işlemlere karşı itiraz mercii, bir önceki başlıkta da ayrıntılı olarak çalışıldığı üzere, sulh ceza hâkimlikleridir. Ancak itirazın, bir ceza yargılama sisteminde görevli bir mercii tarafından ele alınması, işlemin idari niteliğini değiştirmemektir. Bu itibarla, hem idari yargıya hem de ceza yargılamasına has bir takım temel ilkelerin yargılamada göz önünde bulundurulması icap etmektedir.

Bir başka ifade ile, sulh ceza hâkimliklerinin yargılama yapmadığı, sadece itiraz mercii olarak kabul edildiği yahut uyuşmazlık çözümünde uyuşmazlık konusunun idarenin işleminden kaynaklandığı, bu nedenle idari yargı rejimine has ilkelerin geçerli olacağı veyahut uyuşmazlık konusu her ne kadar idari işlemden kaynaklanmış olsa da sulh ceza hâkimliklerinin yapısı gereği ceza yargılaması için benimsenmiş ilkeleri göz önünde bulundurması gerektiği gibi savlar ileri sürülse de, her durumda, bu hâkimliklerin, her iki yargılama rejimi

³⁷ Cüneyt Ozansoy, “İdarenin Yargısal Denetiminin Diyalektiği” (2004) 1 Hukuk Kurultayı Ankara Barosu 142, 147; Yaptırım varoluşu nedeni itibarıyla esasen özgürlük alanına getirilen bir sınırlamadır. Bunun hukuk sistemi içerisinde gerek maddi ölçüt ekseninde gerekse şekli organik ölçüt ekseninden birbirlerinden ayırtmaları bu temel özelliği değiştirmemektedir. Bu nedenle de yaptırım uygulama yetkisinin devlet cihazına ait olduğu dikkate alındığında tüm yaptırımların temelindeki bu özelliğe karşı bireyi koruma altına alacak bir dizi ilke ve kuralların benimsenmesi zaruret halini almıştır. Bu ilke ve prensiplerin idare önünde, bireyin güçlü kılınması açısından önemi sadece yargıya intikal etmiş olan meselelerin çözümü açısından değil bundan daha önemli olanı, idarenin idari yaptırımları uygularken ki işlemlerin tesisi sırasında bu ilke ve esasların dikkate alınması ve bireyin daha yargıya gitmeden önce idare önünde güçlü kılınmasıdır.”

³⁸ Yarsuvat, (n 3) 169.



için de geçerli olan bir takım temel ilkeleri, itirazın çözümü sırasında göz ardı etmemelidir.

Örneğin, “re’sen araştırma ilkesi”, hem idari hem de ceza yargılamasında mutlak suretle işletilmesi gereken ilkelerden biridir. Bu ilke; “adil yargılama”, “silahların eşitliği” gibi diğer ilkelerin de mahkemelerce dikkate alınmasında önemli bir rol oynamaktadır. Bunun yanında; “delil serbestliği”, “kanuni idare” gibi ilkeler de bir idari işlemin hukuka uygun olup olmadığına denetlenmesi sırasında mahkemelerce/hâkimliklerce uygulanmalıdır. Biz bu başlık altında önce idari bir işlem niteliğinde olan trafik idari para cezalarına karşı itiraz yoluna başvurulduğunda görevli merciin dikkat etmesi gereken temel bir takım yargılama ilkelerinin ve özellikle de denetim sürecinde ispat araçlarının yani delillerin neler olduğu ve yargı organınca nasıl değerlendirmesi gerektiği üzerinde durmaya çalışacağız. Burada şunu da belirtmekte fayda görüyoruz: Elbette ki burada hem idari hem de ceza yargılaması için geçerli olan tüm yargılama ilkelerini çalışmak, makalenin konusu ve fiziki sınırları dolayısıyla mümkün değildir. Burada üzerinde duracağımız yargılama ilkeleri, özellikle de ispat ve delil sistemi ile bağlantılı olanlar olacaktır.

Uyuşmazlığın çözümünde delilleri esasen taraflar değil, yargılamayı yapan mahkeme toplar. Ancak bu durum, tarafların delil ileri sürmesine engel değildir³⁹. Yani, genel olarak, taraflar iddialarını ve taleplerini mahkemeye sunarlar. Mahkemelerin de tarafların hangisinin iddiasının doğru olduğuna yönelik araştırmasını yapıp, iddiası ispat edilen lehine mahkemeyi sonlandırması beklenir. İspat, davada, tarafların ileri sürdükleri sav ve savunmaların doğruluğuna yargıcı inandırmalarıdır. Kanıtlama, genel olarak, sav ve savunmaların dayanağını oluşturan olgular konusunda olur⁴⁰. Hukuk yargılaması bir tarafa, idari ve ceza yargılamalarında yargı merciinde görevli olanların re’sen araştırma yapıp hukuka en uygun karar vermeleri beklenir. Elbetteki taraflar, ellerinde, iddialarını ispat edici yani iddia edilen vakıa ile alakalı ve hukuka uygun delil olmaları hâlinde dilekçeler ya da savunmalar sırasında itiraz merciine bunları sunması mümkündür⁴¹. Bu çerçevede hâkim her türlü evrak, bilgi ve belgeyi isteyebileceği gibi; dava konusu işlemin dayanağı olan sebebin gösterilmesini de talep edebilir. Aksi halde verilen kararlar re’sen araştırma ilkesine aykırı olacağından, yolu açık ise, üst mahkemelerde kararlar bozulacaktır⁴². Dolayısıyla bu ilkenin olumlu bir yanı da, davalı taraf olan idarenin tek yanlı kamu kudretin-

³⁹ Oğuz Sancakdar, İdari Yargılama Hukuku (3rd edn. SB net Yayınları, 2019) 15.

⁴⁰ Gözübüyük (n 10) 464.

⁴¹ İdari bir uyuşmazlıkta ispat yükünün kimin üzerinde olduğu net olarak söylenemez. İYUK’ta da bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla uyuşmazlık konusu somut olayın özellikleri, davanın türü, idarenin kamu gücünü kullanmasından dolayı mevcut yetkileri gibi durumlar mahkemelerce gözetilmelidir.

⁴² Oğuz Sancakdar (n 39) 17.

den doğan avantajının davacıya yansiyabilecek olumsuzluğunu gidermektedir⁴³.

Yargı safhasında silahlar eşit değildir ve idare lehine bir üstünlük vardır. Daha önce de ifade edildiği gibi, her türlü bilgi ve belge mahkemelerce re'sen istenebilecektir. Davacının iddialarını ispata yarayan bilgi ve belgeler elinde bulunmuyorsa dava dilekçesinde, bu bilgi ve belgelere nereden ve nasıl ulaşılabileceği belirtilmelidir⁴⁴. Bu nedenle uyuşmazlığın çözümünde etkili olacak bir bilgi ve belgenin varlığından haberdar olan ancak bunlara ulaşamayan davacılar, bu bilgi ve belgenin mahkemece istenilmesini talep edebilirler⁴⁵. İdare ile vatandaş bir ceza yargılamasında karşı karşıya kaldıklarında idareye göre daha zayıf olan, idarenin ayrıcalıklı yetkilerine sahip olmayan vatandaş lehine doğabilecek bir delilin ceza mahkemelerince re'sen araştırılması gerekmektedir. Bu ilke ile hareket etmeyen mahkemelerden tarafların, özelde de vatandaşın delil tespiti için idareden bir belgenin temin edilmesini istemesi durumunda ise mahkemelerin bu isteğe kayıtsız kalmaması silahların eşitliği ilkesi gereğidir. Bu ilke, ceza yargılaması dışında medeni yargılamaya ilişkin diğer davalarda da uygulanır ve hem medeni yargılamada ve hem de idari yargılamada uygulanması gerekir⁴⁶. Bu bağlamda, zaman zaman silahların eşitliği ilkesinin temini için hukuk yargılamasında re'sen araştırma ilkesinin de sınırlı da olsa işletilmesi gereği ortaya çıkmaktadır. Silahların eşitliği ilkesinin sağlanması adil yargılanmanın bir gereğidir⁴⁷. Genel olarak silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde; davanın taraflarının usulî haklar açısından aynı koşullara tâbi tutulması, hukuken bir tarafın diğerine göre daha zayıf bir konumda bırakılmaması ve bu çerçevede tarafların mahkeme önünde iddia ve savunmalarını makul bir şekilde dile getirme fırsatına sahip olmaları gerekir⁴⁸. İdare, bireye göre hukuki

⁴³ R. Cengiz Derdiman, İdari Yargının Genel Esasları (2nd edn. Aktüel Yayınları, 2012) 242.

⁴⁴ Murat Yaman, İdari Yargı Dava Rehberi (3th edn. Adalet Yayınevi 2014) 227.

⁴⁵ Mehmet Şimşek, Vergi Kabahat ve Yaptırımları (1st edn. Adalet Yayınevi, 2016) 105.

⁴⁶ Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı – Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler (2nd edn. Beta Basım, 2005) 220.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, M.B. [GK], Başvuru Numarası: 2018/37392, Karar Tarihi: 23.07.2020, “Anayasa’ nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı maddi adaleti değil şekli adaleti temin etmeye yönelik güvenceler içermektedir. Bu bakımdan adil yargılanma hakkı davanın taraflardan biri lehine sonuçlanmasını garanti etmemektedir. Adil yargılanma hakkı temel olarak yargılama sürecinin ve usulünün hakkaniyete uygun olarak yürütülmesini teminat altına almaktadır.”, (www.sinerjimevzuat.com.tr, 21.02.2022)

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi, Y.A. [GK], Başvuru Numarası: 2013/1134, 16.5.2013, “Hakkaniyete uygun yargılanma hakkının unsurlarından biri de silahların eşitliği ilkesidir. Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usule ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tâbi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelir. Ceza davalarının yanı sıra medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili



imkân, yetki ve yetenekleriyle daha güçlüdür⁴⁹. Bu nedenle, özellikle de vatan-
daş tarafında mahkemelerin gerekli hassasiyeti göstermesi bu ilkenin işlerliği
bakımından önem arz etmektedir. Dolayısıyla trafik idari para cezalarına karşı
davalı taraf olan idarenin, tek yanlı kamu kudretinden doğan avantajının dava-
cıya yansiyabilecek olumsuzluğunu gidermek⁵⁰ külfeti, itirazı gören merciiere
düşmektedir.

İdari nitelikli yaptırımlarda, ceza yargılamasında kabul edilen “suçsuzluk
karinesi ilkesi”⁵¹ nin aksine idari işlemin “hukuka uygunluğu ilkesi” kabul edil-
mektedir. Yani idari işlemler, yapıldığı an hukuka uygun kabul edilirler. Daha
açık bir ifade ile, idari işlemin hukuka aykırı olduğu, idari işleme muhatap
olan tarafından, kişinin suçlu olduğu ise adli makamlar tarafından ispat edil-
melidir. Bu ilke, kanıt yükünün iddia eden makamda bulunması, mahkemenin
olayları incelerken “sanık” için sadece şüphe duymasını ifade etmektedir⁵². Sa-
nık kendi suçsuzluğunu ispatlamak zorunda değildir⁵³. Bu itibarla, kim birinin
suç işlediğini iddia ediyorsa, ispat yükü ona aittir. Bununla birlikte, bir kişinin
kabahat işlediğini ya da cürüm niteliğinde bir davranışta bulunduğunu iddia
eden tarafın kamu olduğu düşünüldüğünde, bu iddiaların tatmin edici her türlü
kanıt, bilgi ve belgeler ise ispat edilmesi lazım gelir. Kabahat yaptırımlarında
da, kabahat fiilinin, sadece görevli kamu memurları tarafından tutulan bir tuta-
nakla ispat edilmeye çalışılması, kabul edilemez. İdari para cezası tutanağının
sebebi olan kabahat fiilinin somut olarak işlendiğinin başka delil araçları ile is-
patı gerekir. Bu durumda, ceza tutanağının görevli memurların takdirine, görüş
ve bakış açılarına dayanmasının önüne geçilmekte ve hukuksal bir dayanağa
bağlanmaktadır. Bir başka ifade ile ceza muhakemesinde sanık, suçsuzluktan
mahkûmiyete doğru uzanan bir muhakeme silsilesi içinde ilerlemekte iken idari
yaptırımlarda idari işlem hukuka uygunluktan, hukuka aykırılığa ve iptale
doğru uzanan bir süreç içerisinde seyretmektedir. İşte bu anlamda, suçsuzluk
karinesi yön değiştirmekte idari tasarrufun yargısal denetimi, tasarrufun uygu-

uyuşmazlıklara ilişkin hukuk davaları ve idari davalarda da bu ilkeye uyulması gerekir”,
(www.sinerjimevzuat.com.tr, 21.02.2022)

⁴⁹ Sancakdar (n 39) 18-19.

⁵⁰ Derdiman (n 43) 242.

⁵¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının (Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863) 38/4. bendine, “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz” ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesinin 2. bendinde, “Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.” hükümlerine yer vererek “masumiyet karinesi ilkesi” hem ulusal hem de uluslararası hukuk kurallarında kabul edilmiş bir ceza hukuku ilkesidir.

⁵² Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği (1st edn. Şen Matbaa, 2007) 93.

⁵³ Durmuş Tezcan, Mustafa Erdem ve Oğuz Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu (2nd edn. Seçkin Yayınevi, 2009) 256.

lanmasında ve hatta bazen infazından sonra yapılmaktadır⁵⁴. Ancak bu durum az önce belirttiğimiz üzere, denetimde idare, tutanaktan başka, kabahatin işlendiğini, kabul edilebilir delillerle ispat etmelidir. Bu noktada, önemli olanın maddi gerçeğin ortaya konulması olduğundan, bir delil sınırlaması getirilmesi olanaksızdır. Dolayısıyla sadece görevliler tarafından tek taraflı olarak ve kamu gücü ve yetkisi kullanılarak tutulmuş tutanakların doğru kabul edilip, tutanağın hukuka aykırı olduğunu ispat edici delillerin, talep hâlinde bile, mahkemelerin/hâkimliklerin araştırma yoluna gitmemesi, tarafların taleplerine duyarsız kalmaları, hakkaniyetli bir yargılamanın önünde ciddi bir engel oluşturacaktır.

Trafik idari para cezalarının dayanakları da trafik zabıtalı tarafından düzenlenen ceza tutanaklarıdır. Düzenlenen tutanaklarda ise, genelde, ceza tutanağının dayanağı olan, video kayıtları, fotoğraf, radar ölçüm raporu gibi bir takım delil niteliğindeki bilgi ve belgeler de tutanağa iliştilmektedir. Ancak sadece tutanak düzenlemek ile de ceza işlemlerinin yapıldığının söylemek mümkündür. İç işlemler, hazırlık işlemleri, tebliğler, tutanaklar, raporlar yazı, ses ve görüntü CD'leri resmi belge kapsamında olabilir⁵⁵. Resmi belgeler kanuni karine olarak hukuka uygun kabul edilir ve yargılamada ispat bakımından önemli bir delil oluşturur⁵⁶. Karinenin özelliği, pratikte, aksini ispat etme yükümlülüğünün karşı tarafa düşmesidir⁵⁷. Yani, bu belgelerin gerçeği yansıtmadığı ve doğru olmadığı her zaman iddia edilebilir. Kaldı ki, Yargıtay birçok içtihadında, hukuki uyuşmazlıklarda, trafik polisinin verdiği raporun nihai karara dayanak teşkil edecek niteliğe sahip olmadığını ısrarlı bir şekilde vurgulamaktadır⁵⁸. Uygulamada trafik zabıtalılarınca araç plakasına ceza tutanağı düzenlenmesi ve bu trafik idari para cezasının dayanağının sadece düzenlenmiş bir tutanağa dayandırılması hâlinde, bu tutanağın gerçeği yansıtmadığı iddia edilebilir ve ispat araçları ile bu hukuka aykırılık tespit edilebilir. Hatta ve hatta kişinin ehliyetine düzenlenen ceza tutanakları için de aynı şeyi söylemek mümkündür. Yani araç durdurularak kişinin yüzüne karşı düzenlenen trafik ceza tutanaklarının da sebepten yoksun olduğu iddiasında bulunulabilir. Zaman zaman herhangi bir trafik ihlali yapmasanız bile maalesef yetkili kişilerce ceza tutanağı düzenlenmektedir. Uygulama sırasında bu duruma müdahil olmanız “kolluk kuvvetlerinin görevini yapmasına engel olmak” fiilini işlediğiniz iddiasını da beraberinde getirecektir. Fiziksel olarak bu duruma engel

⁵⁴ Feyyaz Gölcüklü, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezaî Müeyyide Tatbiki” (1963) (XVIII) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi 115, 137.

⁵⁵ Sancakdar (n 39) 253.

⁵⁶ Sancakdar (n 39) 251, “Dava konusunu oluşturan idari işlem ve eylemlere ilişkin bilgi ve belgeler idarede olduğu için diğer tarafın bu belgeleri ispatı istenemez.”

⁵⁷ Derdiman (n 43) 244.

⁵⁸ Duygun Yarsuvat (n3) 160, “Yargıtay 11. HD, E 80/1609 K 80/1474, 26.03.1980; Yargıtay 15. HD, E 2107 K 2238, 21.04.1975.”



olunması beklenmemekle birlikte, ceza düzenlenmesinden sonra itiraz yoluna gidebileceğiniz telkin edilmektedir. Hukuksal dayanaktan yoksun olarak düzenlendiği düşünülen trafik ceza tutanaklarının, düzenlenme aşamasında, bir sonraki aşamada itiraz sürecinde delil niteliğinde olacak hukuka aykırılığı ispat edici fotoğraf ya da video kaydı alınması ise başka adli sonuçlara bile sebebiyet verecek şekilde idari bir kararla engellenmiştir⁵⁹.

Kısaca söylemek gerekirse, uygulama sırasında idari yaptırımın hukuka aykırı olduğu yönünde her türlü itirazınızı trafik zabıtalara sunmuş olsanız bile, herhangi bir trafik ihlaline sebebiyet vermemeniz hâlinde bile düzenlenen trafik ceza tutanağının maddi sebep unsurlarının eksik olduğu ya da hiç olmadığını ispat edici delili/delilleri itiraz makamına sunmadığınız ölçüde hukuka aykırılık itirazınız dinlenmeyecektir. Kamu erki, yetkisi ve ayrıcalığı ile düzenlenen hem de hukuka uygunluk karinesinden istifade eden trafik idari para cezası tutanağının doğru olmadığını, herhangi bir trafik ihlali yaşanmadan tutanağın düzenlendiğini iddia eden ceza muhatabının, sadece kendi imkânları ile bu iddiasını ispat etmesi pek de kolay değildir.

İdari para cezalarının hukuka uygun olması, bu cezaların mutlaka vakıa hâline gelmiş bir kabahat fiiline dayalı olmasına bağlıdır. Somutlaşmış bir eylem olmadan yani ilgili mevzuatların bağladığı bir maddi sebep olmadan uygulanan cezalar, idari işlemleri hukuka aykırı kılar. Her ne kadar, kamu görevlileri tarafından tutulan tutanakların hukuka uygun olduğu ilk başta kabul edilse de, yaptırım niteliğinde ve keyfi olarak yapıma ihtimali de olan idari işlemlerin tutanaklar dışında başka delil ya da delillerle ispat edilmesi, yönetilenlerin yönetenlere karşı olan güvenini sağlayacaktır. Bu işlemlerin itiraza konu olmaları hâlinde ise, kamu gücü yetki ve ayrıcalığı ile donatılmış idare ile vatandaş arasındaki güç dengesizliği, mahkemelerce giderilmelidir. Bu nedenle, kendi itirazını haklı kılacak bir delilin idarede bulunması ve bu delile şahsi imkânları ile ulaşmasının mümkün olmaması hâlinde muterizin mahkemelere/hâkimliklere yapmış olduğu, idare tarafından temin edilecek delil talepleri, itiraz makamlarınca dikkate alınmalıdır.

Yargıya konu olmuş bir olayda; emniyet kemeri takılı olduğu hâlde trafik denetiminin yapıldığı bir önceki kavşakta “emniyet kemerinin takılı olmama-

⁵⁹ İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğünün 27.04.2021 tarihli ve 2021/19 sayılı Genelgesi ile genel kolluk kuvvetlerinin vazifelerini ifa sırasında telefon ya da başka aygıtlar ile fotoğraf ve/veya video kaydı alınmasının Anayasa'nın 20. Maddesinde düzenlenen “Özel Hayatın Gizliliği” hükmünün, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ilgili maddelerinin ihlali niteliği taşıyacağı, bu sebepten kayıt alınmasının engelleneceği ve gerekirse kayıt alanlar için adli süreç başlatılacağı belirtilmiştir. İlgili genelgede genel kolluk kuvvetlerinin hangi görevlerini ifası sırasında bu tarz ihlallerin yaşanacağı belirtilmediğinden toplumsal olaylarda olabileceği gibi, geniş bir yorumla, trafik düzeninin sağlanmasına yönelik yapılan kontroller sırasında da ilgili yasaklama uygulanabilmektedir.

sı” sebebiyle anons geçilmiş ve hemen elli metre uzakta kurulan trafik denetim noktasında araç durdurulmuş, görevli memur tarafından şoför camı açtırılarak kemer çekiştirilmiş ve takılı olduğu tespit edilmiş olmasına rağmen, anons geldiği ve bu sebeple ceza kesileceği belirtilmiş, şoförün itirazlarına rağmen “siz ehliyetinizi verin anons geçen arkadaşşa tekrar biz bir soralım” şeklinde konuşularak ceza tutanağı ile geri dönmüş ve “gidin itiraz edin” denmiştir. Sözel olarak yapılan tüm itirazlar trafik ekiplerince dinlenmemiştir. Ayrıca ceza muhatabı, tutanağı imzalamaktan imtina etmiştir. İmzadan imtina ettiğine dair ibare tutanakta yer almaktadır ve ceza tutanağı daha sonra ilgiliye usulüne uygun olarak tebliğ edilmemiştir⁶⁰.

Bunun üzerine ceza muhatabı görevli sulh ceza hâkimliğine itiraz ederek, “tutanağın gerçeği yansıtmadığı bununla ilgili tek delilin, trafik ihlal anonusunun yapıldığı kavşakta yer alan MOBESE⁶¹ kamera kayıtlarının, tarih ve dakika aralığı verilerek, ilgili birimlerden istenilmesi ve bu sayede emniyet kemerinin takılı olduğunun görüleceğini belirtilmiştir⁶². İddia edilen ihlalin anonusunun yapıldığı kavşakta İl Jandarma Komutanlığı’nın olması MOBESE kamera sistemlerinin çalışıyor olma ihtimalini de güçlendirmektedir.

⁶⁰ Yargıtay 7. CD, , E 2021/29302 K 2021/17321, 15.12.2021 “İdari para cezası tutanağının kabahatlinin yüzüne karşı yazıldığı, ancak imzadan imtina ettiği, itiraza konu idari para cezası tutanağına dair kararın kabahatliye tebliğ edilmediği, tebligattan imtina ettiğine dair bir ibarenin yer almadığı anlaşıldığından bu nedenle usulüne uygun tebligat yapılmadığı anlaşıldığından, sulh eza hâkimliğinin itirazın reddi kararının kaldırılması”, (www.sinerjimevzuat.com.tr, 11.03.2022)

⁶¹ Kısa adı, “Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu (MOBESE) olan kent bilgi ve güvenlik sistemi uzun zamandır kullanılmaktadır. İdari kolluk tarafından; önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde huzur ve güven ortamını sağlamak, kamu düzenini bozucu eylemlere müsaade etmemek, zarar verme ihtimali dâhilinde olan eylemlerin harekete geçmesini engellemek ve bu sistemin kullanıldığı alanlarda hukuk normlarını ihlal edici eylemlerde bulunan kişileri ve kamu düzenini bozmaya yönelik davranışlara yönelenleri, delilleri ile birlikte, tespit edip, yakalayarak gerekli yasal işlemlerin yapılmasına olanak sağlamak amacıyla kullanılmaktadır. Yargılamalarda delil tespiti için de kullanılır. Yargılamaların ceza, idari ya da hukuk yargılaması olmasının bir önemi yoktur. Bu kayıt sisteminin hâlen hukuki bir düzenlemesinin olmamasının yanı sıra (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyat Kanunu, 5649 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunu, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu veya 6998 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, bızce MOBESE sisteminin hukuki dayanağı olarak gösterilemez), özellikle de üçüncü kişilerle olan görüntü paylaşımlarının özel hayat ve kişisel verilen mahremiyetinin ihlali konularında tartışmalar devam etmektedir.

⁶² MOBESE kayıtlarının ilgili birimden talep edilerek itiraz dilekçesine eklenebilmesi görüntü ileri sürülse de, bu kayıtların 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu kapsamında talep eden bireylere verilmesi mümkün değildir. Bunun dışında, yani bu somut olayın dışında, delil niteliğindeki başka bir belgenin ilgili kamu kurumlarından talep edilip itiraz dilekçesine eklenmesi, itiraz süresinin tebliğ itibarıyla 15 gün olması ve bu sürenin idareye başvuru hâlinde bile uzamaması sebebiyle mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, başvuru açısından tek yol, idarenin elinde bulunan ve delil niteliğinde olan bilgi ve belgelerin ancak mahkeme/hâkimlik vasıtası ile idareden talep edilmesi zorunlu bir durumdur.



Aydın 1. Sulh Ceza Hâkimliği ise 26.10.2021 tarihinde (D. İş. 2021/4547), “Emniyet kemerinin takılı olmadığı görevliler tarafından tespit edildiği, tespitin tutanak altına alındığı, tutanakların aksi ispat oluncaya kadar geçerli olduğu, itiraz edenin tutanağın aksini delillerle ispatlayamadığından itiraz edenin savunması hâkimliğimizce uygun görülmemesi karşısında itiraz edenin atılı kabahat eylemini işlediğine dair dosyada bulunan tutanak ve belgelerle sabit olduğundan hukuka uygun olan idari yaptırım kararına karşı yapılan itirazın reddine”⁶³ şeklinde bir karar vermiştir. Yani idare tarafından tutulan tutanağın aksi ispat edilinceye kadar hukuka uygun olduğunu düşünmüş, kabahatin işlendiğini düşünen kamu görevlisinin beşeri bir hata yapabileceği hiç göz önünde bulundurulmamış ve ceza muhatabının talebi ise hiç önemsenmemiştir⁶⁴. İstinaf ya da itiraz yolunun kapalı olması sebebiyle de karar kesinleşmiştir.

Yargıtay’ın; trafik zabıtalardan düzenlenen ceza tutanaklarının aksi ispat edilinceye kadar doğru kabul edileceği, ceza tutanaklarının ise geçerli bir dayanak belgelerine (fotoğraf ya da video kaydı gibi) ihtiyaç duymadığı, ceza tutanaklarına bir dayanak belgesinin iliştilmemesinin, tek başına, ceza tutanağını hukuka aykırı kılmayacağı, belge dayanaksız düzenlenen ceza tutanaklarının hukuka aykırı olduğunu iddia edenin ise, “tutanakta belirtilen gün ve saatte başka bir yerde olduğuna ilişkin” veya “tespit edilen aracın rengi ve modelinin kendi aracı olmadığına dair” geçerli sayılabilecek bir başvurusunun bulunması halinde ancak görevli kolluk görevlisinin beşeri bir hata yaptığının kabul edilebileceği, dolayısıyla sadece bu durumların iddia edilmesi ve dellendirilmesi hâlinde ceza tutanağının iptal edilebileceği yönünde yerleşmiş

⁶³ Benzer bir karar ... Sulh Ceza Hâkimliği 08/02/2021 tarihinde “idari para cezası tutanaklarının resmi evrak niteliğinde bulunduğu ve aksi ispat edilinceye kadar geçerli olduğu, ispat kuvveti bakımından başkaca bir delille desteklenmesinin gerekmediği, bu yönde mevzuatımızda bir hüküm bulunmadığı, ancak muterizin belirtilen gün ve saatte başka bir yerde olduğuna ilişkin veya tespit edilen aracın rengi ve modelinin kendi aracı olmadığına dair geçerli sayılabilecek bir başvurusunun bulunması halinde ancak görevli polis memurunun beşeri bir hata yaptığının kabul edilebileceği, itiraz edenin dilekçesinde tutanağın aksini ispatlayacak hiçbir delil ibraz etmediği ve sadece soyut ifadelerle itirazda bulunduğu, bu durumda verilen idari para cezasında bir usulsüzlük görülmediği” gerekçesiyle itirazın reddine karar vermiş ise de Adalet Bakanlığı tarafından yapılan kanun yararına bozma başvurusunda Yargıtay 7. CD (E 2021/29334 K 2021/17355, 15.12.2021) görevlilerin tutanaklarının dışında taraflar tarafından ileri sürülen delillerin de değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Ayrıca bu konuda bir çok Yargıtay kararları olduğunu söylemek mümkündür (Yargıtay 7. CD, E 2021/16054 K 2021/17278, 14.12.2021; Yargıtay 7. CD, E 2021/19748 K 2021/15366, 23.11.2021), (www.sinerjimevzuat.com.tr, 08.02.2022)

⁶⁴ M. Sadık Yamlı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda İdari Yargıya İlişkin İhlal Kararları (1st edn. Şen Matbaa 2016) 61, “Derece mahkemelerinin delilleri değerlendirmesinde bariz takdir hatası veya açık keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz (Anayasa Mahkemesi, N.G ve R.G [GK], B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 26).”

kararları bulunmaktadır. Yargıtay'ın hukuki uyumsuzluklarda vermiş olduğu kararlara kıyasla, idari trafik para cezalarına yönelik verdiği kararlarında, idari işlemlerin hukuksal dayanağı değişmekle birlikte maddi olarak hiçbir değişiklik olmamasına rağmen farklı düşünmesinin yeterli gerekçelere dayandırılması gerekir. Nihai kararlarında, trafik zabıtalari tarafından düzenlenen tutanakların öncelikle hukuka uygun kabul edilmesi, fakat aksinin kabulünün ancak belirli deliller üzerinden ispatına lüzum görülmesi, idari ve adli yargılamada temel bir ilke olarak kabul edilen "delil serbestliğı" ilkesine aykırılık teşkil etmekte, bu aykırılık, birçok ilke için de aykırılık nedeni olmaktadır. Ayrıca anılan yargı kararlarına binaen, trafik idari para cezası tutanaklarının hukuka uygun kabul edilmesi için herhangi bir dayanak belgeye ihtiyaç olmaması, idareyi keyfi bir takım uygulamalara da itebilecektir. Video ya da fotoğraf kaydı olmadan kırmızı ışık ihlali, park ihlali, hız sınırı ihlali gibi durumlarda sadece tutanak düzenlenerek trafik idari para cezalarının uygulanmasına sevk edecek nitelikte görünen bu kararlar doğrultusunda ciddi hukuka aykırılıklar yaşanabilir. Bu durumun kabul edilmesi hâlinde, EDS (elektronik denetleme sistemleri) ve benzeri sistemlerin, drone uygulamalarının, radar cihazı ile hız ölçümlerinin, park ve kırmızı ışık ihlallerinde fotoğraf çekimlerinin, trafik idari para cezası tutanaklarına dayanak olmasının da bir anlamı kalmayacaktır. Uygulamada ceza tutanaklarına çok fazla itiraz yapılmaktadır. Dayanaksız bir şekilde düzenlenen trafik idari para cezası tutanaklarına ise, farklı gerekçe sahipleri dışında, hemen hemen her muhatap itiraz etmektedir. Çoğu itiraz kararının yeterli inceleme yapılmadan verilmesi ve kesinleşmesi durumunda da bu kararlar için "kanun yararına bozma" başvurularının olduğu da sıklıkla görülmektedir. Günümüzde teknolojinin bu denli geliştiğı ve kurumların da teknolojiden mümkün olduğunca faydalandığı düşünülduğünde, ceza tutanaklarının bir başka delile/delillere dayandırılması hem yargının yükünü hafifletecek hem hakkaniyetli davranılmış olacak hem de toplumda oluşan "trafik idari para cezalarının, idarenin gelir etme amacıyla düzenlendiğı" anlayışının da önüne geçilmiş olunacaktır.

Düzenlenen trafik idari para cezalarının hukuka uygun olması ve vicdanları yaralamaması ile ceza miktarları arasında bir bağıntı yoktur. Önemli olan gerçekten hak edilen bir kabahat nedeniyle cezanın düzenlenmesidir. Yukarıda üzerinde durduğumuz yargı kararında, aslında yukarıda açıklamaya çalıştığımız tüm yargılama ilkeleri göz ardı edilmiştir. İdarenin, kendi kamu gücü yetki ve ayrıcalığı ile ve düzenlediğı tutanakların aksi ispat edilene kadar doğru olduğunun kabulü ile yapmış olduğu keyfi bir işlem kesinleşmiştir. Ayrıca itiraz mercii, re'sen araştırma yetkisini de kullanmadığı gibi ceza muhatabının kendisinden talep ettiği ve idarenin yedinde olan delil talebini de göz ardı etmiştir. Adil bir yargılamanın sağlanabilmesi için davanın taraflarının davayla ilgili belge ve bilgilere ulaşabilmesi gerekmektedir. Silahların eşitliğı ilkesi, taraf-



ların, birbirleri karşısında önemli bir dezavantaj içine girmeyecek şekilde davaya ilişkin bilgi ve belgelere ulaşmak açısından eşit imkânlarla sahip olmasını içerir. Önemli olan taraflardan birinin diğerine karşı avantaj sağlamamasıdır. İki taraf da bu konuda benzer durumdaysa, bir belgeye ulaşamamak sadece silahların eşitliği açısından değil, genel olarak hakkaniyete uygun yargılanma, çelişmeli yargılama ilkesi veya mahkemeye ulaşma hakkı açısından da ihlal doğuracaktır⁶⁵. Bu itibarla, hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında hem de Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru kararlarında sıklıkla zikredildiği üzere; temelde adil yargılanma, özeldede çelişmeli yargılama, silahların eşitliği, hukuki dinlenilme hakkı, delillere ulaşma ve kabulü gibi en temel yargılama ilkeleri, uyuşmazlık çözümlerinde yargı makamları tarafından dikkate alınmalıdır.

SONUÇ

Trafik düzeninin sağlanması, aynı zamanda trafikte olası hayati risklere karşı gerekli tedbirlerin alınması adına trafik idari para cezalarının önemi elbette ki yadsınamaz. Usul ve kaideleri önceden belirlenmiş kurallara, trafikte yer alan her süjenin de riayet etmesi, aksi durumda yaptırım ile karşılaşmaları doğaldır. Böylece hem bireysel hem de toplumsal caydırıcılık sağlanacak, kurallara uymayanların cezalandırılmaları ile suç ve ceza uygulamaları bakımından adalet tesis edilmiş olacaktır. Adli niteliğe bürünmüş trafik suçları bir tarafa, kabahat niteliğinde olan eylemler için para cezaları ile birlikte ehliyet puanı cezaları uygulanmaktadır. Suçun/kabahatin niteliği ne olursa olsun tesis edilmiş olan idari nitelikli cezalar için elbette ki itiraz yolunun açık olması hukuk devleti gereğidir. Günümüzde trafik idari para cezaları için kabul edilen itiraz mekanizması, genel olarak, sulh ceza hâkimlikleri ile başlamaktadır ve yasal parasal sınırlar aşıldığı takdirde, yerel birimlerin vermiş oldukları kararlar için kanun yollarına başvurulabilir. Ancak bahse konu parasal sınırlar aşılmadığında, hangi şart ve şekilde verilmiş olursa olsun, sulh ceza hâkimliklerinin kararları kesinleşmektedir ki trafik para cezaları ile ilgili yargı sürecinde eleştirdiğimiz konulardan bir tanesi de budur.

Yargılamaalarda ilk derece mahkemelerinin kararlarını kesinleştiren parasal sınır uygulamaları, sadece trafik idari para cezaları için değil, diğer yargılamalar için de geçerlidir. En başta, “üst mahkemelerin yükünü hafifletmek” gerekçesiyle kabul edilen bu sistem, belli parasal sınırların altında kalan uyuşmazlıklar ile ilgili verilen kararların denetlenmemesine sebebiyet vermektedir ki bunu temel yargılama ilkeleri bağlamında kabul etmek mümkün değildir. Parasal miktar olarak düşük olan ile daha yüksek miktarda uygulanan idari para cezalarının hukuka uygun ve sebep unsurundan yoksun olmaması zo-

⁶⁵ Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı (1st edn., Avrupa Konseyi Ankara Basım Ofisi, 2018) 123-124.

runluluğu, bu cezaların ağırlığına göre değişiklik göstermemelidir. Miktarı ne olursa olsun, yapılan işlem bir idari işlemdir ve en başta “hukuk devleti” ilkesi bağlamında, idarenin hukuka uygun işlem tesis etmesi gerekir. Bunun sağlanması için de itiraz sürecinin ve sonuçlanan itirazların da denetim sürecinin açık olması gerekir. En azından, bir istinaf yargılaması kadar olmasa da, itiraz mekanizması ile, yargılamanın usul kurallarına uygun yapılıp yapılmadığı ve verilen nihai kararın hukuken uygun olup olmadığı özelinde bir denetim mekanizması işletilebilir. Ayrıca üzülmeye söyleyebiliriz ki, ilk derece yargı yerlerinin kararlarının üst kanun yollarına kapalı olması; mahkemelerin/hâkimliklerin kararlarında özensiz davranmalarına, usul hükümlerine riayet etmemelerine, delil sistemini hakkaniyetli olarak yani her iki tarafın menfaatini gözeterek işletmemelerine olanak tanımaktadır.

KTK’ da belirtilmiş kurallara aykırı davrananlar için, yine Aynı Kanunda düzenlenmiş yaptırımlar uygulanmaktadır. Ekonomik nitelikli olan bu yaptırımlar bazen ciddi rakamlara da ulaşabilmektedir⁶⁶. Genel bütçe içerisinde trafik para cezalarının hacmi de yadsınamayacak şekilde büyüktür. Makro boyutuyla dikkat çeken bu cezaların, bireylerin kendi ekonomileri için de ne kadar önemli olduğunu söyleyebiliriz. Ceza muhatabının itiraz etmesi hâlinde yargılamanın ya da itirazın değerlendirilmesi hâkimliklerce, yapılan işlemin idari niteliği ve yargı organının ceza yargılaması içerisinde kalması münasebetiyle, hem idari hem de ceza yargılamasının temel ilkeleri gözetilmelidir. Ayrıca, uyumsuzluğun bir tarafının kamu gücü yetki ve ayrıcalığını kullanan idare ile bu ayrıcalıklardan yoksun vatandaşlar/özel hukuk tüzel kişileri olduğu unutulmamalıdır. Bu güçler dengesizliğinin olduğu durum, özellikle de yargılama sırasında tarafların delil sunma ve ispat yükümlülüğü sırasında önemini daha da artırmaktadır. Kamu gücü yetki ve ayrıcalığını elinde bulunduran idarenin delillere ulaşma imkânı, ceza muhatabı ile kıyaslandığında, daha yüksektir. Kesilen trafik idari para cezasının hukuka aykırı olduğunu iddia eden ceza muhatabının, idarenin elindeki imkânları kullanıp iddiasını kanıtlayabilmesi her zaman mümkün değildir. Bu itibarla, itiraz makamına verilen dilekçede sulh ceza hâkimliğinden yardım istenip, iddianın ispatı niteliğinde olan delillerin idare tarafından temin edilmesi talep edilebilir. Hâkimliklerin bu talebe kayıtsız kalmaması gerekmektedir. Özel hukuk kişi ve kurumların kendi imkânları ile temin etmesi mümkün olmayan, idarenin tasarrufunda bulunan delil niteliğindeki bilgi ve belgelerin hâkimliklerce idareden talep edilmesi, yargılamada hakkaniyete uygun karar verilebilmesi ve silahların eşitliği ilkesinin uygulamada da vücut bulabilmesi adına çok önemlidir. Trafik Denetleme

⁶⁶ Emniyet Genel Müdürlüğüne, plakaya ya da ehliyet baz alınarak bizzat gerçek ve tüzel kişilere kesilen trafik cezalarının konu (hız sınırını aşmak, emniyet kemeri takmamak gibi) ve/veya Karayolları Trafik Kanunu’ndaki, kanun maddesi sınıflandırması yapılarak (örneğin 51. madde, 78. madde gibi) yıllar itibarıyla kesilen ceza miktarlarına yönelik Bilgi Edinme Kanunu kapsamında yapılan başvuru, ayrıntılı çalışma gerektirdiği nedeniyle reddedilmiştir.



Şube Müdürlüklerince MOBESE kayıtları üzerinden araçlara, kırmızı ışıkta geçme, emniyet kemeri takmama, trafik güvenliğini tehlikeye sokma gibi sebeplerle trafik idari para cezası uygulanmaktadır. MOBESE kayıtları idari para cezasının dayanağı olabiliyor ise, bu cezalara itiraz edildiğinde aynı kayıtların delil olarak kabul edilmesi kadar doğal bir durum yoktur. Hatta ve hatta araç plakasına değil de kuralı ihlal eden aracı durdurup doğrudan şoförün kendisine yani ehliyet ibrazı ile ceza yazılması durumunda, bu kayıtların mutlaka itiraz merciince değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca ceza muhataplarının, trafik idari para cezası tutanaklarını imzalamaktan imtina etmeleri, tebligatlardan ise imtina ettiklerine dair bir ibarenin tutanaklarda yer almadığı durumlarda, bu ceza tutanaklarının mutlaka, ilgilinin bilinen posta adresine usulüne uygun olarak tebliğ edilmesi gerekir. Son tahlilde denilebilir ki, trafik idari para cezaları uygulamalarının hukuka aykırı olmaması, bir idari işlemde olması gereken tüm hukuki unsurları barındırmasına bağlıdır.

Yukarıdaki bir yargı kararı örneğinde olduğu gibi, araç hareket hâlinde iken aracı işleten tarafından emniyet kemerinin takılmadığı iddiasıyla aracın durdurulup “kemer takılı olduğu hâlde” uygulanan trafik idari para cezasının iptal edilmesi için itiraz eden ceza muhatabının, belirli bir yer ve süre için MOBESE kayıtlarının incelenmesi hâlinde aslında kemerinin takılı olduğunun tespit edilebileceği, bu nedenle cezanın hukuka aykırı olduğu yönünde iddiasının ispat niteliğinde olan kamera kayıtlarının idareden talep edilmesini içeren itiraz dilekçesinin hâkimliklerce dikkate alınması ve talebi yerine getirmesi gerekmektedir. Hatta az önce bahsedilen örnekten bağımsız olarak, idari yargılama ve ceza yargılamasının temel ilkelerini işletmekle vazifeli sulh ceza mahkemelerinin, talep olmasa dâhi, suçu/kabahati sabit kılacak ya da tersi sonuç doğuracak delilleri re’sen isteme ve inceleme yetkisini de kullanması önem arz etmektedir. Aksini düşünmek, trafik zabıta ekiplerinin tutmuş olduğu her tutanağın hukuka uygun olduğunu kabul etmek anlamı taşır ki o zaman trafik cezalarına karşı itiraz sürecinin olmasının da bir önemi kalmayacaktır. Sulh ceza hâkimliklerinin, trafik idari para cezasının dayanağı olan ve görevlilerce tutulmuş olan tutanağın hukuka aykırı olduğu iddiasında bulunan kişi ya da kurumların bu iddiasını ispat etmesini beklemektedir. İdarenin elinde olan alet, makine ve teçhizatlara vatandaşların kendi imkânları ile tek başına ulaşma olasılığı yoktur. Ancak idarenin yedindeki bu deliller ile, tutulmuş ceza tutanağının hukuka aykırı olduğunun ispat edilebilmesi durumunda, bu delilere ulaşılması yönünde talebi olan muterizin bu talebine itiraz merciilerince kayıtsız kalınmaması gerekir. Bu sayede idarenin keyfi uygulamalarının önüne geçilebilir. Yoksa her trafik ceza tutanağının hâkimliklerce kesin ve doğru olarak kabul edilmesi; kamera kayıtsız kırmızı ışık, park ihlalleri; radar kayıtsız hızı sınırı ihlalleri gibi somut olaylarda sadece tutanak ile düzenlenen cezaların hukuka uygun olduğu anlamını taşır. Bu ise hukuk devleti gereği kabul edilebilir bir durum değildir.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız bu durum idareyi de, trafik idari para cezaları düzenlerken maalesef rahatlığa itmektedir. Pratikte çoğu zaman haksız olarak uygulandığı düşünülen idari para cezalarına tutanağın düzenlendiği an itiraz eden vatandaşlara “itiraz et” şeklinde cevaplar verilmesi, sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. İtiraz makamlarının, kendilerine yapılan bu itirazları ciddi bir şekilde değerlendirip hakkaniyetle karar vermeleri hâlinde bu durumun da önüne geçilebilir. İdari para cezaları, özellikle de trafik idari para cezaları, kamu bütçesinin gelir kısmında önemli bir yer tutmaktadır ve artık, her ne kadar bütçe öngörü niteliğinde olsa da, günümüzde hedeflenen miktarlara ulaşabilen bir olağan gelir kalemi hâline dönüşmüştür. Ceza uygulamalarının gelir elde etme amacından ziyade, öncelikle caydırıcılık ve rehabilite etme özelliğinin olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

KAYNAKÇA

Büyüktavşan MT, “Kesinlik Sınırı Altındaki İdari Para Cezalarına Karşı İtiraz Yoluna Başvurulmamasının Cezai Konularda İki Dereceli Yargılanma Hakkı Bakımından İncelenmesi” (2018) 6 (12) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 279-313.

Can S, “İdari Para Cezası” (2017) 7 (29) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 407-429.

Candan T, İdari Yargılama Usulü Kanunu (1st edn. Maliye ve Hukuk Yayınları 2005).

Derdiman RC, İdari Yargının Genel Esasları (2. Bası Aktüel Yayınları 2012).

Ekinci M, “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar” (2017) (2) 3 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 20-54.

Gölcüklü F, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki” (1963) (XVIII) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi 115-182.

Gözübüyük AŞ, Yönetmelik Yargı (33. Bası Turhan Kitabevi 2013).

Günday M, İdare Hukuku (10. Bası İmaj Yayınevi 2011).

İnceoğlu S, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği (1. Bası Şen Matbaa 2007).

İnceoğlu S, Adil Yargılanma Hakkı (1. Bası Avrupa Konseyi Ankara Basım Ofisi 2018).

İnceoğlu S, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı – Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, (2. Bası Beta Basım 2005).



İşler İ, “Türkiye’de Kamu Geliri Olarak Para Cezalarının Mali Boyutunun Değerlendirilmesi” (2018), (5) 13, Gümrük ve Ticaret Dergisi, 48-57.

Kaplan G, İdari Yargılama Hukuku (1. Bası Ekin Yayınları 2016).

Kaplan G, İdari Yargılama Hukukuna Giriş (2. Bası Ekin Yayınları 2020).

Kayar N, İdari Yargı (3. Bası Ekin Yayınevi 2015).

Kuru B, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 3. Maddesinin Anayasa Mahkemesi Tarafından İptal Edilmiş Olması Vesilesiyle İdari Yargının Görevine Giren Bazı Davaların Özel Bir Kanun Hükmüyle Adli Yargının Görevine Dâhil Edilmesi” (2015) (16) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan) 217-240

Ozansoy C, “İdarenin Yargısal Denetiminin Diyalektiği” (2004) 1 Hukuk Kulluhtayı Ankara Barosu.

Özay İH, İdari Yaptırımlar (1. Bası İstanbul Üniversitesi Yayınları 1985).

Sancakdar O, İdari Yargılama Hukuku (3. Bası SB net Yayınları 2019).

Şimşek M, Vergi Kabahat ve Yaptırımları (1. Bası Adalet Yayınevi 2016).

Tezcan D, Erdem M ve Sancakdar O, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu (2. Bası. Seçkin Yayınevi 2009).

Yaman M, İdari Yargı Dava Rehberi (3. Bası Adalet Yayınevi 2014).

Yarsuvat D, “Trafik Suçları, Cezaları Ve Yargılamasında Yeni Sorunlar” (1984) (50) 1-4 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 153-177.

SANAL GERÇEKLİK VE ARTIRILMIŞ GERÇEKLİK UYGULAMALARININ CEZA HUKUKU ÜZERİNDEKİ OLASI ETKİLERİ ÜZERİNE BİR DENEME

An Essay on the Possible Effects of Virtual Reality and Augmented Reality Technologies on Criminal Law

Tamer SOYSAL*

Özet

2020 yılı başından itibaren Dünya genelinde yaşanan Kovid-19 pandemisi ile birlikte Ekim 2021’de ünlü sosyal medya şirketi Facebook’un bir sanal gerçeklik/artırılmış gerçeklik teknolojisi olarak “Meta” uygulamasını tanıtması sonrasında VR/AR teknolojilerine ilgi hızlı bir artış seyrine girmiştir. Bilgi teknolojileri, modern dünyayı tamamen değiştirmekte ve sosyal ilişkilerin dijitalleşmesi, insanlar arasındaki etkileşimin manzarasını, sosyal gerçekliğin doğasını ve yönünü büyük ölçüde dönüşüme zorlamaktadır. Bu dönüşüm, ülkelerin ceza politikaları ile ceza hukuku yaklaşımlarını da yakından etkilemektedir. Her geçen gün, VR/AR ortamlarında işlendiği iddia edilen hukuka aykırı eylemlerle daha sık karşılaşyoruz. VR/AR teknolojilerinin haptik etkilerinin geliştirilmesi, bu ortamlarda işlenen eylemlerin sanal-ötesi etkiler olarak nitelendirilme olasılığını da güçlendirmektedir.

Makaleyle, söz konusu etkileşimlerin ceza hukuku ve felsefesi ile penoloji üzerindeki olası etkilerine ilişkin bir tartışma oluşturulması arzu edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sanal Gerçeklik, Artırılmış Gerçeklik, Metaverse, Ceza Hukuku, Suç, Siber Taciz, Penoloji.

Abstract

Since the beginning of 2020, with the Kovid-19 pandemic experienced around the world, interest in virtual/augmented reality (VR/AR) technologies has entered a rapid increase after the famous social media company Facebook introduced the “Meta” application as a VR/AR technology in October 2021.

Information technologies are completely changing the modern world, and the digitization of social relations is forcing to drastically transform the landscape of interaction between people, the nature and direction of social reality. This transformation closely affects the penal policies and criminal law approaches of countries. Day by day, we encounter

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 03.06.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 21.12.2022*

* Dr., Hâkim, Daire Başkanı, Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, tamer.soysal@adalet.gov.tr, <https://orcid.org/0000-0001-6763-5041>



more and more illegal acts that are allegedly committed in VR/AR environments. The development of haptic effects of VR/AR technologies also strengthens the possibility of characterizing the actions committed in these environments as intra-virtual effects. With this article, it is desired to create a discussion on the possible effects of these interactions on criminal law, criminal law philosophy and penology.

Key Words: Virtual Reality, Augmented Reality, Metaverse, Criminal Law, Crime, Cyber-Harassment, Penology.

“Sanal gerçeklikte yaşanan hayat ile ‘gerçek gerçeklik’ arasında hiçbir fark bulunmamaktadır.”
(There is no difference between a life lived in virtual reality versus ‘real reality’.)

Philip Rosedale-Second Life Kurucusu-2016.

“Sanal dünyada yaşananların, sanal dünyada kaldığı artık anlaşılmayacak.”
(What happens in the virtual world would no longer be understood to stay in the virtual world)

Joshua Hansen-2018.

GİRİŞ

14 üncü yüzyılda, teknoloji müslüman alimlerce ‘zanaat’ olarak adlandırılmaktaydı.¹ İbn Haldun, 1377 yılında tamamladığı Mukaddime adlı eserinde teknolojiyi bir zanaat (sınâ a) olarak ele almıştır. Ona göre teknoloji, insanın özünü şekillendirir, ruhu üzerinde izler bırakır ve bilginin insan bedeniyle ilgili şartlarını oluşturur.² İbni Haldun, teknolojinin bedenlerimizin bir parçası haline geldiğini iddia etmiştir. Ona göre, zanaatlar aynı zamanda, benlik inşası ve nesiller arası aktarılan bir bilgi ve uzmanlık geleneğinin parçasını oluşturmaktadır.³ İbn Haldun’un 650 yıl önce ifade ettiği teknolojinin bedenlerimizin bir parçasını oluşturması ve benlik inşası kavramı bugün sanal gerçeklik (virtual reality-VR) ve artırılmış gerçeklik (augmented reality-AR) teknolojileri yoluyla çok daha belirgin ve farklı bir merhaleye girmiştir.

Amerikalı yazar Neal Stephenson, 1992 yılında yayınlanan “Snow Crash” başlıklı bilim-kurgu kitabında⁴ hükümetlerin yerini özel kuruluşların aldığı, ‘burbclaves’ adını verdiği banliyöler ile avatarların bulunduğu, üç boyutlu sanal bir ortamdaki bahsetmiş ve bu ortamı ‘metaverse’ olarak adlandırmıştır.

¹ Ebrahim Moosa, Fetvalarda Teknoloji Sorunları: İnceliklerin Mercek Altına Alınması, Fıkıh ve Biyoetik, İslam Hukuku Bakımından Tıbbi Konularda Karar Verme Süreci-2, Editörler: M. İhsan Karaman; Hakan Ertin; Mürteza Bedir, İsar Yayınları, İstanbul 2021 (s. 13-37), s. 17.

² İbn Haldun, Mukaddime, Hazırlayan: Süleyman Uludağ, Dergah Yayınları, Nisan 2020., Bölüm VI, 7. İlmî Talim, s. 779.

³ Moosa, s. 18.

⁴ Neal Stephenson, Snow Crash, Penguin, 1992.

Metaverse'in merkezinde ise "gelişmeye açık bir cadde" yer almaktadır. Oyuncular, bu ana caddeyi besleyen kendi küçük sokaklarını inşa etmekte, binalar, parklar, ışık gösterileri oluşturabilmektedir. Stephenson'un bu düşünceleri sonraları Matrix⁵ gibi filmlere ve Second Life⁶ gibi bilgisayar oyunlarına esin kaynağı olmuştur.

Stephenson'un "meta" ve "universe" kelimelerinin birleştirilmesiyle oluşturduğu bu kelime; Ekim 2021'de ünlü sosyal medya şirketi Facebook'un 2019 yılında "Facebook Horizon" adıyla duyurduğu⁷ sosyal sanal gerçeklik (social virtual reality) uygulamasının adını "Meta Platforms" olarak değiştirmesi ve şirketin bundan böyle Metaverse evreninde "Meta" adı ile yer alacağını duyurmasıyla VR/AR teknolojileri de "metaverse" ile ifade edilmeye başladı.

17 Ağustos 2015 tarihinde Time Dergisi, sanal gerçekliğin dünyayı değiştirmek üzere olduğunu vurgulamıştır.⁸ Günümüzde bütün teknoloji alanlarını etkileyen ve kimilerince "Artırılmış Gerçeklik Çağı (augmented age)"⁹ olarak adlandırılan yeni bir dönem başlamıştır. Kullanıcılar bu yeni ortamda örneğin bir alışveriş merkezinde gezebilmekte, Amazon VR kioskunda alışveriş yapabilmekte, bir sanal konferansa dahil olabilmekte ve toplantılar yapabilmekte, bir tiyatro etkinliğini ya da canlı bir spor müsabakasını saha kenarından izleyebilmektedir. Bu yeni teknoloji insanların günlük yaşamlarına yeni bir gerçeklik katmakla birlikte aynı zamanda yeni yasal sorunları da beraberinde getirmektedir. Çünkü mevcut yasalar, sanal ortamlarda meydana gelebilecek pek çok ihlale yeterli başvuru sağlamak için tasarlanmamıştır.

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından 30 Ocak 2020 tarihi itibarıyla yeni tip koronavirüs "Uluslararası Kamu Sağlığı Acil Durumu (Public Health

⁵ 1999 yılında gösterime giren bilim-kurgu-aksiyon filmidir. Filmin ikincisi Mayıs 2003'de Matrix Reloaded, üçüncüsü Kasım 2003'te Matrix Revolutions, dördüncüsü ise Matrix Resurrections adıyla Aralık 2021'de gösterime girmiştir. Filmin 1999 yılında çekilen ilk filmi dünya genelinde 460 milyon dolar gelir elde etmiştir. Film için bkz. Everything to Remember About the Matrix Trilogy Before You See, The Matrix Resurrections, December 17, 2021, <https://time.com/6129306/matrix-trilogy-recap/> (Son Erişim Tarihi: 15.02.2022)

⁶ Second Life, 2003 yılında San Francisco merkezli Linden Lab tarafından piyasaya sürülen, oyuncuların sanal bir dünyada avatarlar aracılığıyla bir yaşam dizayn ettikleri çevrimiçin bir multi-medya platformudur. Bkz. Renato P. dos Santos, Second Life: Game, Simulator, or Serious Game?, Journal of Virtual Worlds Research, 2 (1), 2009 (s. 1-21).

⁷ Facebook CEO'su Zuckerberg metaverse'ü duyurdu: Facebook Adını Değiştirdi, 28 Ekim 2021, <https://www.ntv.com.tr/teknoloji/facebook-ceosu-zuckerberg-metaverseu-duyurdu-facebook-adini-degistirdi,8ub3mITxQkeb4w8hqrqKw>

⁸ Time Magazine, August 17, 2015, <https://time.com/magazine/us/3986991/august-17th-2015-vol-186-no-6-u-s/> (Son Erişim Tarihi: 05.08.2021)

⁹ Brett King, Augmented Life in the Smart Lane, Marshall Cavendish International, 2016. (Türkçesi için bkz. Brett King, Artırılmış Gerçeklik: Akıllı Dünyada Yaşam, Maltepe Üniversitesi Kitapları, Kasım 2021.



Emergency of International Concern)” ilan edilmiş, 11 Mart 2020 tarihi itibarıyla ise “pandemi (pandemic)” olarak kabul edilmiştir. Dünya genelinde yaşanan pandemi nedeniyle pek çok ülkede tam kapanmalar gerçekleşmiş, pek çok sınırlayıcı tedbir alınmıştır. Ortaya çıkan bu tablo, başta dijitalleşme olmak üzere pek çok alanda sıçraticı etkiler yapmıştır. Bu etkilerin en önemlilerinden birini de VR/AR teknolojileri oluşturmaktadır. PwC tarafından yayınlanan bir Rapor’da 2019 yılı itibarıyla bir milyon civarında işin VR ve AR’den etkilendiği, 2030 yılına kadar dünya genelinde yaklaşık 23,5 milyon işin VR/AR teknolojilerinden etkileneceği, bu etkinin en çok Çin, ABD, İngiltere ve Almanya gibi büyük ekonomilerde oluşacağı belirtilmiştir.¹⁰ Bir başka çalışmada pandemi öncesi döneme göre VR pazarının 2020 yılında % 78 artış ile 18.8 milyar dolara çıktığı, bu pazarın katlanarak büyüyeceği, VR pazarı büyüklüğünün 2022 yılında 58.7 milyar ABD doları, 2024 yılında ise 300 milyar ABD dolarına erişeceği tahminleri yapılmaktadır.¹¹ Sanal gerçekliğin Zoom’u olarak adlandırılan Spacial uygulamasının kullanıcı sayısı, 2020 yılının ilk altı ayında % 1.000 artmıştır.¹² 2015 yılında, 2,5 milyon VR/AR kulaklık seti satılmış, bu rakam 2018 yılında 24 milyonu aşmıştır. Günümüzde dünya genelinde 170 milyonu aşkın VR/AR kullanıcısı olduğu, sadece ABD’de 50 milyon civarı kişinin VR uygulamalarını kullandığı belirtilmektedir.¹³ Hindistan merkezli bir pazar araştırma şirketi tarafından yapılan bir çalışmada VR/AR pazarının % 73.7’lik bir artış seyri ile 2025 yılında 766 milyar dolarlık bir büyüklüğe erişeceği tahmini yapılmıştır.¹⁴

Son yıllarda VR/AR uygulamaları oyun alanı dışında tasarım, eğlence, eğitim, sağlık, alışveriş, iş görüşmeleri, sosyal yaşam, psiko-terapi, fiziksel aktivite, akademik kariyer gibi çok farklı alanlarda başarı ile uygulanmaktadır. Sanal gerçeklik, hukukun pek çok alanını değişime zorlayıcı potansiyele sahiptir. Sanal

¹⁰ Virtual and Augmented Reality could deliver a £1.4 trillion boost to the global economy by 2030, November 19, 2019, <https://www.pwc.com/gx/en/news-room/press-releases/2019/seeing-is-believing-vr-ar.html> (Son Erişim Tarihi: 05.08.2021)

¹¹ Augmented Reality and Virtual Reality Market Size Worldwide from 2016 to 2020, <https://www.statista.com/statistics/591181/global-augmented-virtual-reality-market-size/> (Son Erişim Tarihi: 05.08.2021)

¹² The Future of Virtual Meetings, <https://myrtlemcld.com/insights/technology/the-future-of-virtual-meetings.html> (Son Erişim Tarihi: 05.08.2021)

¹³ Rakamlar için bkz. US Virtual and Augmented Reality Users, 2021, <https://www.emarketer.com/content/us-virtual-augmented-reality-users-2021>; Virtual Reality Statistics That Will Rock the Market in 2021, <https://techjury.net/blog/virtual-reality-statistics> (Son Erişim Tarihi: 05.08.2021)

¹⁴ AR and VR Market to hit USD 766 Billion by 2025, Report by Market Research Future (MRFR), <https://www.globenewswire.com/en/news-release/2021/07/22/2267620/0/en/AR-and-VR-Market-to-Hit-USD-766-Billion-by-2025-Registering-a-73-7-CAGR-Report-by-Market-Research-Future-MRFR.html> (Son Erişim Tarihi: 29.03.2022)

ortamlarda geçirilen zamanın artmasıyla birlikte mahremiyet, bilgisayar korsanlığı, fikri mülkiyet ve ceza hukuku gibi farklı hukuk alanları değişime zorlanmaktadır. Biz çalışmamızda genel olarak ceza hukuku, ceza hukuku felsefesi, suç teorileri ve penoloji alanına ilişkin etkileşimlere odaklanmaya çalışacağız.

I. SANAL GERÇEKLİK, ARTIRILMIŞ GERÇEKLİK VE KARMA GERÇEKLİK KAVRAMLARI

A. ORTAYA ÇIKIŞI VE TANIMI

Gerçek hayatın, bilgisayar desteği ile simüle edilmesine, yapay biçimde yeniden oluşturulmasına sanal gerçeklik (virtual reality-VR) adını veriyoruz.¹⁵ Sanal gerçekliğin tarihinin 19 uncu yüzyılda yapılan panoramik¹⁶ üç boyut sağlayan resimler ve 1838 yılında Charles Wheatstone tarafından ortaya konulan iki boyutlu ve üç boyutlu daldırma sağlayan stereoskopik fotoğraflara kadar götürüldüğü görülmekle birlikte, bugünkü anlamda ilk VR uygulamalarının 1980’li yılların ortalarında NASA’da başlatıldığını söylemek mümkündür.¹⁷

Bir sinemacı olan Morton Leonard Heilig (1926-1997), 1962 yılında “Tiyatro Deneyimi (Experience Theater)” adını verdiği Sensorama’yı stereoskopik renkli ekranlı, fan, koku yayıcı, ses ve hareket sağlayan bir cihaz olarak tasarlamıştır. Sensorama ile New York’da bir motosiklet yolculuğu simüle edilmişti. Alette bulunan fan tarafından sağlanan rüzgar, simüle edilmiş şehir gürültüsü ve kokusu ile farklı bir deneyim yaşamak mümkündü. Sanal gerçekliğin bu ilk aletinde hissedilen çoklu-teknoloji mevcuttu: Ses, görüntü, titreşim ve koku. Kişinin oturduğu koltuk hafif hafif sallanabiliyor ve izleyici öne doğru baktığı ekrandan New York sokaklarını gördüğü hissine kapılıyordu. Ayrıca motorsiklet sesi ve kimyasallar yardımıyla motorsiklet ve şehir kokusu hissi oluşturuluyordu.¹⁸ Heilig bu aleti için tam yedi yıl uğraşmış ve aletine ‘Sensorama Simulator’ adıyla 1962 yılında patent almayı başarmıştır.¹⁹ Ancak o

¹⁵ What is Virtual Reality, <https://www.igi-global.com/dictionary/virtual-reality/31773> (Son Erişim Tarihi: 24.01.2022)

¹⁶ Eski Yunan dilinde “bütün, hepsi” anlamındaki “pan” ile “görmek, görünüş” anlamındaki “horama” kelimelerinin birleşimiyle oluşturulmuş, çok geniş bir görüş açısını içine alan görünüşü ifade eden kelime. Panoramik fotoğraf ise birden fazla sayıda dikey ve yatay kadrajlı karelerin birleştirilerek oluşturulan geniş açılı görüntüleri ifade eder. Bkz. <https://www.etymonline.com/word/panoramic>

¹⁷ History of Virtual Reality, <https://www.vrs.org.uk/virtual-reality/history.html> (Son Erişim Tarihi: 24.01.2022)

¹⁸ Gregory Kipper; Joseph Rampolla, Augmented Reality, An Emerging Technologies Guide to AR, Syngress, Elsevier, 2013, s. 7.

¹⁹ M.L. Heilig, Sensorama Simulator, August 28, 1962, 3,050,870, <https://patentimages.storage.googleapis.com/90/34/2f/24615bb97ad68e/US3050870.pdf> (Son Erişim Tarihi: 15.02.2022)

dönemde ürünün üretilmesi zor ve maliyetli ayrıca satışı da mümkün görünmediği için aletin ticari üretimi yapılamamıştır.²⁰

Sanal gerçekliğin ilk uygulamalarından kabul edilen bir başka örnek, elektrik mühendisi ve bilgisayar bilimi alanında çalışmalar yapan, İnternetin de öncü isimlerinden kabul edilen²¹ Ivan Sutherland²² tarafından 1968 yılında yapılan kasklı ekrandır (head-mounted display-HMD). Basit bir düzeneğe sahip olan alet, bir optik aygıt olan stereoskop yardımıyla bilgisayar programından bir kafes odası algısı oluşturuyordu. Ancak yazılıma göre kullanıcının perspektifi, bakışlarına bağlı olarak değişiyordu. Kafa hareketlerini takip için havada asılı bir mekanik kola bağlı ağır bir kask (ekran) bulunuyordu. Bu yüzden aygıtın adını Sutherland ‘Demokles’in Kılıcı (*the sword of damocles*)’ olarak belirlemişti.²³ Sutherland’ın bu aygıtı, pek çok kişi tarafından günümüz sanal gerçeklik ekranlarının ilk örneği kabul edilmektedir.²⁴

Sanal gerçeklik (virtual reality) terimini ilk kullanan 1987 yılında bilgisayar bilimci Jason Lanier olmuştur.²⁵ Jason Lanier, 1984 yılında VPL Research adı ile sanal gerçeklik gözlükleri, veri eldivenleri gibi ilk sanal gerçeklik donanımlarının satışına öncülük eden VPL Research isimli şirketi kurmuştu. Lanier, sanal gerçeklik (virtual reality) terimini de bu dönemdeki yoğun araştırma faaliyetleri sonucunda kullanmıştır.²⁶

1987 yılında NASA’nın²⁷ sanal gerçeklik projesinde görev yapmış olan Robert Stone, 1993 yılında İngiltere’nin Ulusal Gelişmiş Robotik Merkezi’nde ilk

²⁰ Jon Turi, The sights and scents of the Sensorama Simulator, February 16, 2014, <https://www.engadget.com/2014-02-16-morton-heiligs-sensorama-simulator.html> (Son Erişim Tarihi: 24.01.2022)

²¹ İnternetin tarihi ve Ivan Sutherland’ın rolü hakkında bkz. Tamer Soysal, İnternet Alan Adları Hukuku (Domain Name Law), Adalet Yayınları, Eylül 2014., s. 26-40. (Kısaltması, Soysal, Domain Name Law, 2014)

²² Ivan Sutherland, internetin başladığı yer kabul edilen Amerikan Askeri İleri Araştırma Projeleri Dairesi (ARPA) içinde J.C.R. Licklider’in çabaları ile kurulan ‘Bilgi İşlem Teknikleri Dairesi’nin (IPTO) 1964-1966 yılları arasında müdürlüğünü yapmıştır. Bkz. Soysal, Domain Name Law, 2014, s. 31.

²³ Ivan Sutherland, The Sword of Damocles, <https://time.graphics/event/255408>; Kipper; Rampolla, s. 8.

²⁴ Sharmistha Mandal, Brief Introduction of Virtual Reality & its Challenges, International Journal of Scientific & Engineering Research, V. 4, I. 4, April 2013, (s. 304-309), <https://www.ijser.org/researchpaper/Brief-Introduction-of-Virtual-Reality-its-Challenges.pdf>, s. 305.

²⁵ Jonathan Steuer, Defining Virtual Reality: Dimensions Determining Telepresence, Journal of Communication, V. 42, I. 4, December 1992, (s. 73-93), s. 73.

²⁶ Who Coined the Term ‘Virtual Reality’, <https://www.vrs.org.uk/virtual-reality/who-coined-the-term.html> (Son Erişim Tarihi: 16.08.2021)

²⁷ National Aeronautics and Space Administration-NASA (Amerikan Ulusal Havacılık ve Uzay Dairesi), <https://www.nasa.gov/NASA>, 29 Temmuz 1958 tarihinde kurulmuştur.

endüstriyel VR ekibini kurmuştur. Robert Stone, sanal gerçekliği 1991 yılında şu şekilde tanımlamıştır: İnsan ve makine arasında iletişimi artırmak için geliştirilen, insan duyularına hitap eden çoklu ortam (multimedia) platformudur.²⁸

Bilgisayar bilimci Charles Oppenheim, 1993 yılında sanal gerçekliği insan-makine etkileşimini, görsel ve işitsel iletişim ile birlikte hisler yoluyla da artırmaya çalışan bir teknoloji olarak tanımlamıştır.²⁹

Bir sanal gerçeklik geliştirme şirketi olan Oculus 2012 yılında Rift adını verdiği yeni VR cihazını tanıtmıştır. Bu cihaz, VR teknolojisindeki geleceğe dönük tasarım ve yaklaşımların başlangıcı kabul edilmektedir.³⁰ Daha sonra Sony, Sega, HTC, Samsung, Google ve diğer pek çok multimedya ve teknoloji şirketi, hafif, kullanımı kolay VR kulaklıklarını piyasaya sürmeye başlamışlardır.

Sanal gerçekliğin tek bir tanımı olmadığı ancak belirli karakteristiği olduğu ifade edilmiştir. Buna göre sanal gerçekliğin en belirgin üç özelliği şu şekilde belirtilmiştir:

i. Gerçek dünyayı taklit, ii. Düz monitörlerin ötesinde bir uygulama, iii. Üç boyutlu görsel dünyaya dalma.³¹

Bu özelliklerin çeşitli farklı teknikler yoluyla gerçekleştirilmesi mümkündür. Sanal gerçeklik bu özellikleri sayesinde yapay duysal uyarım (artificial sensory stimulation) araçları kullanmak suretiyle organizmada hedeflenen davranışa neden olur. Bu yönü esas alındığında, sanal gerçekliğin dört temel bileşeni bulunmaktadır:

i. Hedeflenen davranış (*targeted behavior*), ii. Organizma (*organism*), iii. Yapay duysal uyarım (*artificial sensory stimulation*), iv. Farkındalık (*awareness*).³²

Hedeflenen davranış uçmak, yürümek, keşfetmek, film izlemek, diğer canlılarla etkileşime girmek şeklinde olabilecektir. Organizma bir insan yahut hayvan olabilecektir. Yapay duysal uyarım, teknolojik gelişmişlikle bağlantılı olarak ortaya çıkacak uygulamalar olacaktır. Farkındalık ise deneyimi yaşayan kişinin dışarıdan yapılan müdahalenin farkında olmaksızın, sanal bir dünyada olduğuna ilişkin kandırılma (*fooled*) halini ifade etmektedir. Bu farkında olma-

²⁸ Robert J. Stone, *Virtual Reality and Cyberspace: From Science Fiction to Science Fact*, Information Services and Use, V. 11, I. 5, 1991 (s. 283-300).

²⁹ Charles Oppenheim, *Virtual Reality and Virtual Library*, Information Services and Use, V. 13, I. 3, 1993 (s. 215-227).

³⁰ The Inside Story of Oculus Rift and How Virtual Reality Became Reality, May 28, 2014, <https://www.wired.com/2014/05/oculus-rift-4/> (Son Erişim Tarihi: 14.02.2022)

³¹ Jessica J. Marquez, *An Introduction to Virtual Reality*, <https://web.mit.edu/16.459/www/VR1.pdf> (Son Erişim Tarihi: 16.08.2021)

³² Steven M. LaValle, *Virtual Reality*, Chapter 1. Introduction, s. 1, <http://msl.cs.uiuc.edu/vr/vrch1.pdf> (Son Erişim Tarihi: 16.08.2021)

ma değiştirilmiş veya alternatif bir dünyada mevcudiyet duygusuna yol açmaktadır. Başarılı bir VR sistemi bu yanılsamanın korunmasına bağlı olacaktır.³³

B. BENZER KAVRAMLAR

Sanal gerçeklik ile artırılmış gerçeklik birbirinden farklıdır. Artırılmış gerçeklik (augmented reality-AR), temelde gerçek dünya ile bilgisayar grafiklerinin harmanlanması ile oluşturulmaktadır. Yani tamamen sanal bir ortam yerine, gerçek dünya ile dijital dünya bir arada bulunmaktadır. Artırılmış gerçeklik, gerçek dünyayı esas almakla birlikte gerçek dünyayı diğer dijital ayrıntılarla, yeni bir algı ortamına koymaktadır.³⁴ Karma gerçeklik (mixed reality-MR) ise gerçek dünya ile dijital öğelerin bir araya getirilmesini içermektedir. Karma gerçeklikte örneğin gerçek hayatta elinize aldığımız bir suyu, sanal oyun karakterine içirebilirsiniz. Bu durumda, bir ayağınız gerçek dünyada, bir ayağınız ise sanal dünyada bulunmaktadır. Karma gerçeklik teknolojisine, Microsoft'un HoloLens uygulaması örnek olarak verilebilir. VR, AR ve MR teknolojileri bir şemsiye terim olarak Genişletilmiş Gerçeklik (Extended Reality-XR) ile ifade edilir.³⁵

Temelde artırılmış gerçeklik, sanal ortamın (virtual environment) veya sanal gerçekliğin (virtual reality) bir çeşididir. Ancak sanal gerçekliğin aksine, artırılmış gerçeklikte, kullanıcının gerçek dünyayı, üzerine sanal nesnelere bindirilmiş olarak ve sanal nesnelere ile birleştirilmiş olarak görmesi sağlanır. Bu nedenle, artırılmış gerçeklik, sanal gerçeklik gibi gerçekliği tamamen değiştirmek yerine gerçekliği tanımlamaktadır.³⁶ Buna karşılık VR, gerçek değildir, gözlemlenen yapay görüntü ve sesler üretmek için bir araya getirilmiş bitlerdir. Ancak kişi için sanal gerçeklik uygulamaları gerçekmiş algısı oluşturmaktadır. AR'de kullanıcının gerçek dünyasındaki bir şeyi değiştirmek veya geliştirmek için kamera kullanılır. AR uygulamaları web tabanlı veya çoğunlukla olduğu gibi uygulama tabanlı olabilir. Snapchat lensleri ve Pokemon GO oyunu en bilinen AR deneyimleridir. VR ve AR'de "gerçeklik (reality)" kelimesi geçse de, deneyimin gerçekçi görünmesi gerekmez.³⁷

Artırılmış gerçeklik ile bir kişinin gerçek dünyaya ilişkin algılarına bütünlük ve görünen dijital öğeler eklenmektedir. Oysa sanal gerçeklikte, gerçek

³³ LaValle, s. 3.

³⁴ Augmented Reality, <https://www.investopedia.com/terms/a/augmented-reality.asp> (Son Erişim Tarihi: 22.02.2022)

³⁵ What's the Difference Between AR, VR and MR?, <https://www.fi.edu/difference-between-ar-vr-and-mr> (Son Erişim Tarihi: 25.02.2022)

³⁶ Kipper; Rampolla, s. 1.

³⁷ Karl Ingerstam, Virtual Reality and Augmented Reality, A Survey from Scania's Perspective, Royal Institute of Technology in Stockholm-KTH, Master of Science Thesis, 2019, <https://kth.diva-portal.org/smash/get/diva2:1317519/FULLTEXT01.pdf>, s. 7 (Son Erişim Tarihi: 22.02.2022)

tamamen ters yüz edilmekte ve adeta yeni bir dünya oluşturulmaktadır.³⁸ Sanal gerçeklik uygulamaları için teknolojinin gelişmişliğine bağlı olarak farklı donanımsal araçlar kullanılabilir. Görüntüleme başlığı olarak da bilinen HMD başlıkları en yaygın kullanılan araçtır. Genel olarak sanal ortamlara ‘headsets’ veya ‘headphones’ adı verilen bu HMD’ler ile dahil olunabilmektedir. Google, Oculus, Microsoft ve Samsung gibi önde gelen teknoloji şirketleri kendi HMD başlıklarını piyasaya sürmüşlerdir. Görüntüleme başlıkları dışında en sık kullanılan araç gözlükler olmaktadır. Mekanik görüntüleme başlıkları, görüntüleme odaları, mobil görüntüleme araçları, veri eldivenleri ve holografik araçlar ile hareket platformları da sanal ortamın donanımsal araçları olarak başarılı şekilde kullanılmaktadır. Bu araçlar, son dönemlerde her göz için iki ayrı ekrana gönderilebilen görüntüleri başarıyla kullanmaktadır. Göz ile HMD başlıkları arasına ilave lensler yerleştirilmek suretiyle kullanıcıya stereoskopik bir üç boyutlu görüntü sunulmaktadır.³⁹ HMD’lerde ayrıca jiroskop, akselerometre ve manyetometre adı verilen üç farklı sensör kullanılabilir.⁴⁰ Bu sensörler vasıtasıyla kullanıcılar, hareket yönüne bağlı olarak sanal görüntü yönünü tayin etmektedirler. Teknolojik gelişmelerle birlikte çözünürlük, ses kalitesi ve kare hızındaki artış sağlanabilmekte ve zengin yazılımlarla VR/AR uygulamaları kalitesi önemli ölçüde iyileştirilmektedir. Akıllı telefon uygulamaları da bu alanda VR/AR uygulamalarının kullanımını kolay bir şekilde mümkün kılmaktadır.

Son yıllarda sanal dünyada dokunma duygusunu geliştirmeye yönelik çabalar devam etmektedir. Bu kapsamda Teslasuit, Plexus VR, Taclim VR ve EmergeHome gibi farklı teknoloji şirketleri tarafından daha gerçekçi bir deneyim sunabilmek için tulum, eldiven, ayakkabı gibi farklı giyilebilir ürünler piyasaya sürülmüştür.⁴¹ Teslasuit tarafından hisleri, nöromüsküler elektrik stimülasyonu ile vücuda ileten ve kullanıcıların VR dünyasındaki herhangi bir sanal nesneye dokunmasına ve hissetmesine olanak tanıyan tam vücut giysisi oluşturulmuştur. Bu giysi sayesinde iklime ilişkin sıcaklık hissi, hareket yakalama sensörleri ile tüm vücut hareketlerini izleme gibi hisler oluşturulmuştur. Plexus VR tarafından silikon fiberden oluşturulan eldiven her parmağa yerleştirilmiş dokunsal geri bildirim sahiptir ve gerçek dünyadaki el becerisine benzer şekilde her parmağın eklem konumu takip edilebilmektedir. Taclim

³⁸ Ingerstam, s. 7.

³⁹ Alaric Hamacher, Stereoscopy in Virtual Reality, International Journal of Engineering Trends and Technology, V. 69, I. 6, June 2021, <https://ijettjournal.org/Volume-69/Issue-6/IJETT-V69I6P219.pdf> (s. 126-130).

⁴⁰ Understanding Sensors, <https://www.vrs.org.uk/virtual-reality-gear/motion-tracking/sensors.html> (Son Erişim Tarihi: 23.12.2022)

⁴¹ How to enhance your immersive experience in the virtual world, December 13, 2018, <https://www.livemint.com> (Son Erişim Tarihi: 22.03.2022)



VR'nin piyasaya sürdüğü ayakkabılar sayesinde çevreye göre değişen yürüme hissi oluşturulmuştur. Bunun için ayakkabıda dokuz eksenli sensörler yerleştirilmiştir. Bu sayede kum, ot veya taşlı arazide yürüme hissi farklılaştırılmaktadır. EmergeHome tarafından Emerge Wae-1, Emerge Home Sosyal Deneyim, Emerge Home Mobil olmak üzere üç bileşen yardımıyla çıplak ellerin dokunsal deneyimler yaşaması sağlanmıştır. Yayılan ultrasonik dalgalar aracılığıyla, Emerge Wave-1 cihazın bir metre yukarısında, 120 dereceye kadar bir hava etkileşimi oluşturulmaktadır.

Son olarak H2L Technologies tarafından takan kişinin vücuduna küçük elektrik şokları gönderen bir bileklik tasarlanmıştır. Bu elektrik akımı sayesinde bileklik, farklı seviyelerde acı hissini mümkün kılmıştır. Bileklik, Metaverse'deki kullanıcılara ağırlık ve direnç hissi kazandırmayı hedeflemektedir. H2L Teknoloji Şirket Başkanı Emi Tamaki gelecek on yılda insanlar uzay, mekan/beden, zaman sınırlandırmalarından kurtarmayı hedeflediklerini açıklamıştır.⁴²

Artırılmış gerçeklik uygulamalarında bu araçlar kullanılmak suretiyle gerçek dünyaya dokunmak mümkün hale gelmektedir. Sanal eklentiler olsa bile içinde bulunduğunuz ortam gerçek dünyadır. Oysa sanal gerçeklikte yaşadığınız ortam tamamen simüle edilerek yeniden oluşturulmuştur. Gerçekte var olmayan bir ortamdır. Artırılmış gerçeklik uygulaması daha kolay oluşturulabilmektedir. Bir mobil uygulama ile dahi gerçek ortamın üzerine kurulu bir dijital içerik eklenebilmektedir. Oysa sanal gerçekliğe dahil olabilmek için en basitinden görüş açınızı içine alan bir gözlüğe ihtiyacınız bulunmaktadır.

Artırılmış gerçeklik ortamında, bir kişinin dikkati, kendi dünyası ile sanal dünya arasında bölünmektedir. Buna karşılık sanal gerçeklik kişiyi tamamen gerçek dünyadan ayırmakta ve bir kulaklık içine hapsedmektedir. VR ile kişi etrafı ile imajlar, sesler ve etkileşimler ile bağlantı kurmaktadır. AR, bir uçağı tanımlarken bilgisayar tarafından üretilen özellikleri gerçek dünya imgesi üzerine yerleştirerek tamamlamaktadır. Böylece AR gerçekliğin düzeyini artırırken, VR gerçekliği simüle edilmiş versiyonu ile değiştirmektedir.⁴³

Çapraz gerçeklik (cross reality/xR), yukarıda ifade edilen üç kavramın (sanal gerçeklik, artırılmış gerçeklik ve karma gerçeklik) üst üste binme biçimlerine ilişkin genel tanımlama olarak öne çıkmaktadır. Çapraz gerçeklik terimi, bir kullanıcının gerçekliğini manipüle eden, birden fazla teknoloji biçimini içermektedir.⁴⁴

⁴² Japanese Start-up wants to cause real-life pain in the metaverse, March 20, 2022, <http://www.ht.com> (Son Erişim Tarihi: 29.03.2022)

⁴³ W. Calvin Rosemond, Virtual Reality and Criminal Law, <https://roylelaw.ca/virtual-reality-and-criminal-law/> (Son Erişim Tarihi: 23.02.2022)

⁴⁴ What is Extended Reality (XR) and How is it changing the future?, April 3, 2021, <https://www.hp.com/us-en/shop/tech-takes/what-is-xr-changing-world> (Son Erişim Tarihi: 20.03.2022)

Savaş uçaklarında pilotlar için yapılan başüstü göstergeler (heads-up display-HUD), futbolda baraj mesafesi, topun hızı, ofsayt çizgisi gibi uygulamalar basit birer artırılmış gerçeklik uygulamalarıdır. Artırılmış gerçeklik uygulamaları ile sadece gerçek hayata ek bilgiler verilmez, bazen de gerçek hayata ilişkin bazı veriler çıkartılabilir. Örneğin turizm şirketleri, şehir rehberi turu gibi AR uygulamaları ile gerçek hayata bindirilen sanal görüntüleri, gerçek hayattaki görüntülerin üzerine getirmek suretiyle sanal gerçeklik ağırlıklı bir ortam oluşturabilmektedir.⁴⁵ AR destekli gözlükler, eğlence unsuru ekleyen ve tur rehberi ihtiyacını ortadan kaldıran sürükleyici deneyimler sunmaktadır. VR/AR uygulamaları fiziki seyahat imkanı olmayanlara yeni yerler görme, tanıma ve eğlence alternatifleri de oluşturmaktadır.⁴⁶

Sanal gerçeklikte, bir VR gözlüğü yardımıyla kendinizi bulunduğunuz ortamdan tamamen farklı bir ortamda bir nehirden, şelaleye doğru giderken ya da bir dağda ya da kanyonda bulabilirsiniz. Etrafınızda sonsuz renkler, ağaçlar ve bulutlar yer alabilir. Bütün bunlar gerçek değildir ancak buna rağmen size gerçeklik hissi vermektedir. Yazılımlar aracılığıyla oluşturulan bu sanal ortam, uygun donanımlarla size gerçeklik hissini vermektedir. Sanal gerçeklik bugün NASA tarafından astronotların eğitimlerinde veya uçuş şirketleri tarafından pilotların eğitiminde yoğunlukla kullanılmaktadır.⁴⁷

Artırılmış gerçeklik ve sanal gerçeklik iç içe geçmiştir. Bazı açılardan bu iki teknoloji birbiriyle rakip teknolojiler olarak da nitelendirilebilir. Sanal gerçeklik, oyun ve eğlence sektöründe yoğunlukla kullanılmaktadır. Bununla birlikte habercilik, sosyal deneyler, iş, eğitim, pazarlama, sosyal yaşam, eğitim, spor, psikoterapi gibi pek çok alanda sanal gerçekliğin artarak kullanılacağı öngörülmektedir.⁴⁸ Son yıllarda inşaat, turizm, hizmet ve sağlık sektöründe de VR/AR uygulamalarının hızla arttığı görülmektedir. Kentsel dönüşüm çalışmalarından, alt yapı hizmetlerine, bina mimarisinden, örnek daire ve projelere kadar pek çok alanda sanal gerçeklik uygulamaları başarı ile kullanılmaktadır. Metaverse ile birlikte VR/AR teknolojileri yeni bir boyuta geçmiştir. Metaverse; sanal gerçeklik, artırılmış gerçeklik, çevrimiçi oyun ve dijital ekonomi gibi farklı alanların özelliklerini birleştirmektedir. Metaverse içeriği iki boyutludan, tamamen sürükleyici, dinamik bir üç boyutlu ortama taşıyarak tüket-

⁴⁵ Kiper; Rampolla, s. 3.

⁴⁶ Bernard Marr, The Amazing ways VR and AR are transforming the travel industry, April 12, 2021, <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2021/04/12/the-amazing-ways-vr-and-ar-are-transforming-the-travel-industry/?sh=5728edfe36e0> (Son Erişim Tarihi: 15.02.2022)

⁴⁷ Anton Trukhanov, How VR contributes to Space Exploration and Astronauts Training, March 31, 2021, <https://pale.blue/2021/03/31/how-vr-contributes-to-space-exploration-and-astronauts-training/> (Son Erişim Tarihi: 20.03.2022)

⁴⁸ Mark A. Lemley; Eugene Volokh; Law, Virtual Reality, and Augmented Reality, University of Pennsylvania Law Review, V. 166, No. 5, April 2018, 1051-1138), s. 1055.



me şeklimizi de tamamen dönüştürmektedir. Paylaşılan sanal alan, insanların sanal ve fiziksel dünyalarını bağlayarak birbirleriyle etkileşim kurma şeklini de değiştirmektedir. Metaverse'in küresel hedefi insanların İnternet ve dijital araçlar ile etkileşim şeklini değiştirmektir. Bunun en bariz örneğini gayrimenkullerin bir blok-zincir teknolojisi olan takas edilemez tokenler (Non-fungible Token-NFT) aracılığıyla satış yapması oluşturmaktadır. Bu alan başta Decentraland şirketi olmak üzere hızla yeni kapılar açmaktadır. Metaverse, başlangıçta en dikkat çekici yansımayı ise oyun sektörüne yapmıştır. Pek çok sanal oyun şirketi, Metaverse de gelirlerini katlamıştır. Microsoft'un 68.7 milyar dolara Activision Blizzard'ı; Sony'nin 3.6 milyara Bungie'yi satın alması da Metaverse'in ilk ivmesini oyun sektöründe göstereceğinin kanıtını oluşturmaktadır.⁴⁹ Dijital moda gösterileri, yeni alışveriş konsepti, Skype ve Zoom'dan farklı bir sanal ofis alanı, eğlence ve gezme anlayışının değişmesi gibi yenilikler Metaverse'in yeni yönleri olarak öne çıkmaktadır.⁵⁰

VR/AR teknolojileri bireysel kullanıcılar yanında, şirketler ve kamu sektörü için yeni olanaklar oluşturmaktadır. Ayrıca AR ve VR'nin oluşturduğu yeni ortamda hakaret, tehdit gibi geleneksel suçlar işlenebileceği gibi sanal ortama özgü suç tiplerinin de oluşması mümkündür. Bununla birlikte bu alandaki özel sektör hakimiyeti ile birlikte etkileşimlerin fiziksel alanda oluşmaması nedeniyle bu alanda etkili düzenlemeler yapılmasında zorluklar yaşanabilecektir. Ayrıca bu sanallığı deneyimlemeden anlamak ve bu alanda düzenlemeler yapmak da güçtür.

C. VR/AR ETKİLEŞİMLERİ

VR/AR teknolojilerinin insanların dünya ile olan etkileşimine yönelik dört önemli etki alanı olduğundan bahsedilebilir: Distraction, İmersiyon, İmaj ve Data.⁵¹

1. Distraction (Dikkat Dağıtma)

Distraksiyon, psikolojide bilişsel problemlerin çözümünde kullanılan bilişsel stratejilerden birisini oluşturmaktadır.⁵² Distraksiyon, sözlükte dikkatinizin konsantre olmak istediğiniz şeyden uzaklaştıran hususlar olarak tanımlanmış-

⁴⁹ 3 Technologies that will shape the future of the metaverse and the human experience, February 7, 2022, <https://www.weforum.org/agenda/2022/02/future-of-the-metaverse-vr-ar-and-brain-computer/> (Son Erişim Tarihi: 29.03.2022)

⁵⁰ The Role of AR/VR in the Development of the Metaverse, December 29, 2021, <https://www.europeanbusinessreview.com/the-role-of-ar-vr-in-the-development-of-the-metaverse/> (Son Erişim Tarihi: 29.03.2022)

⁵¹ Lemley; Volokh; s. 1063-1070.

⁵² James Currier, The Psychology of Focus: How Great Teams Find Traction Amid Distraction, <https://www.nfx.com/post/psychology-of-focus/> (Son Erişim Tarihi: 29.03.2022)

tır.⁵³ Bu tür dikkat dağıtıcı durumlar dolandırıcılar ve hırsızlık yapanlar tarafından kullanılabilir. Örneğin yangın alarmını çalıştırmak bu amaçla kullanılabilir.

Distraksiyon iç ve dış faktörlerden kaynaklanabilir:⁵⁴ Müzik, telefon, sosyal temas ve görsel tetikleyiciler dış; açlık, hastalık, yorgunluk gibi durumlar ise iç faktörlere örnek olarak verilebilir. Cep telefonlarının kullanımıyla birlikte trafik kazalarının artmasında en bariz distraksiyon unsurlarından birisi olan cep telefonlarının yerini yakın bir gelecekte VR/AR teknolojileri alacaktır.

VR/AR teknolojileri en önemli distraksiyon faktörlerinden birisini oluşturmaktadır. Pokemon GO oynayan oyuncuların bir uçurumdan aşağı ya da trafikte arabaların önüne geçmesi söz konusu distraksiyonun bir yansımasını oluşturmaktadır. VR/AR teknolojileri insanların etkileşimi için yeni yollar oluşturmakla kalmamakta, insanların mevcut etkileşim biçimlerini de değiştirmektedir. Günümüzde VR/AR ortamının bu özelliği ciddi ağrı çeken hastaların ağrı eşiğini arttırmak için başarı ile kullanılmaktadır.⁵⁵ Teknolojinin çeşitlenmesiyle birlikte VR/AR ortamlarının distraksiyon özelliğinin daha ileri seviyelerde oluşması muhtemel görünmektedir.

2. İmersiyon (İçine Gömülme)

İmersiyon, suya batırılmanın fiziksel deneyiminden türetilen metaforik bir terimdir. İmersiyon sözlükte, sayılamayan bir isim olarak örneğin birinin bir konuya dalmış olması (immersion), o kişinin o konuya tamamen dahil olması (involvement) olarak ifade edilmiştir. Yine fiziksel olarak da bir şeyin bir sıvıya daldırılması (immersion), o şeyin sıvı tarafından tamamen kaplanacak şekilde suya daldırılması olarak ifade edilmiştir.⁵⁶ Suya girildiğinde hissedilen duyguya benzer bir sürükleyicilik psikolojik açıdan immersiyonda yaşanmaktadır. Psikolojik açıdan immersiyon (içine gömülme), kişinin içine dahil olduğu (involved), kendini kaptırdığı (absorbed), meşgul olduğu (engaged) veya daldığı (engrossed) psikolojik hali ifade etmektedir.⁵⁷ İmersiyonun, kişinin

⁵³ Distraction, <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/distraction> (Son Erişim Tarihi: 01.05.2022)

⁵⁴ Dealing with common internal and external distractions, <https://gato-docs.its.txstate.edu/slac/Study-Skills/Concentration/Dealing-with-Common-Internal-and-External-Distractions/Dealing%20with%20Common%20Internal%20and%20External%20Distractions.pdf> (Son Erişim Tarihi: 29.03.2022)

⁵⁵ Sebile Özdağ; Bahar İnkaya, Kanser Hastalarının Ağrı ve Kaygı Yönetiminde Sanal Gerçeklik Teknolojisi Kullanımı, Türkiye Sağlık Bilimleri ve Araştırmaları Dergisi, S, 4 (2), Mayıs 2021 (s. 44-51).

⁵⁶ Immersion, <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/immersion> (Son Erişim Tarihi: 01.05.2022)

⁵⁷ Sarvesh Agrawal; Adèle Simon; Søren Bech; Klaus Bærentsen; Søren Forchhammer, Defining Immersion: Literature Review and Implications for Research on Immersive



dünyadaki zihinsel emiliminin bir sonucu olduğu ifade edilmiştir. Murray'a göre immersiyon çevremizdeki dünyanın bulanıklaşmasıdır.⁵⁸

Tarihsel açıdan bakıldığında gerek mağara duvarlarındaki resimlerin, gerekse sanatsal değere sahip duvarları kaplayan panoramik resimler ve kilise duvarlarındaki resim çalışmalarının izleyiciyi görselliğin içine dahil etmeyi ve mekânda devamlılık illüzyonu oluşturmayı amaçladığı söylenebilir.⁵⁹ Görüntünün bütünlüğü ve geniş bir açı ile sunulması anlamını taşıyan panoramanın, sinema ve kameralara yansması ile immersiyon da daha belirgin bir hal almıştır. Bilgisayar ve video oyunları ile birlikte insanın odaklanması bambaşka bir aşamaya geçmiştir. Bu araçlar, insanın odaklanma yetisini azaltmakta bununla birlikte bilginin küçük parçalar halinde, hareket ve çeşitlilik gibi uyaranlar yoluyla desteklenerek, kısa zaman dilimleri içinde sunulmasını da beraberinde getirmektedir.⁶⁰ Video oyunları, kişiyi konsantrasyon ile değil, interaktif unsurlar yoluyla parçalı bilgiye rağmen güçlü bir odaklanma durumuna dahil etmektedir. Günümüzde, VR/AR teknolojileri yoluyla immersiyon en yoğun halini yaşamaktadır.⁶¹ Bu tür bir içine gömülme mekânsal, psikolojik, algısal, duygusal ve duyuşsal unsurlar ile bütünleşik bir yapı oluşturmaktadır.

VR/AR teknolojilerinin çeşitlenmesi ve gelişmesi ile birlikte immersiyon kavramı daha kapsamlı bir hale gelecektir. VR/AR uygulamaları kimi insanda gerçek hayat gibi kendilerini kaptırmalarına ve korkmalarına neden olmaktadır. Bir VR başlığa takan kullanıcı zihinsel olarak gerçek olmadığını bildiği halde örneğin hızla üstüne gelen dev bir kartaldan korkabilir veya bir kulenin kenarından düşeceği hissine kapılabilir. Pek çok kullanıcı sırf bu nedenle VR uygulamasına dahil olmayı reddedebilmektedir.⁶² VR/AR ortamlarının immersiyon özelliği ilk olarak 1963 yılında yapılan Milgram deneyinin⁶³ VR

Audiovisual Experiences, Audio Engineering Society, October 2019, New York, United States, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02512570/document#:~:text=Immersion%20is%20a%20phenomenon%20experienced,awareness%20of%20the%20physical%20world> (Son Erişim Tarihi: 17.12.2021)

⁵⁸ Burcu Nehir Halaçoğlu, Panoramadan İçine-Gömülmeye; Video Oyunlarında Kusursuz İllüzyon, Sanat ve Tasarım Dergisi, S. 24, Yıl: 2019 (s. 171-193), s. 187.

⁵⁹ Halaçoğlu, s. 174.

⁶⁰ Halaçoğlu, s. 172.

⁶¹ Donghee Shin, How Does Immersion Work in Augmented Reality Games? A User-Centric View of Immersion and Engagement, Communication & Society Journal, V. 22, 2019 (s. 1212-1229). Ayrıca bkz. Full Immersion VR Virtual Reality, <https://clarasystems.com/full-immersion-vr/> (Son Erişim Tarihi: 21.12.2021).

⁶² Lemley; Volokh; s. 1065.

⁶³ Yale Üniversitesi'nden sosyal psikolog Stanley Milgram (1933-1984) tarafından 1963 yılında yapılan 'Otoriteye İtaat: Deneysel Bir Bakış' başlığı ile yapılan ve insanın otoriteye boyun eğmesi ile vicdani değerleri arasındaki ilişkiyi sorgulayan deneyi ifade eder. Bkz. Milgram's Experiment on Obedience to Authority, <https://nature.berkeley.edu/ucce50/ag-labor/7/article/article35.htm> Milgram deneyinden aşağıda daha ayrıntılı bahsedilecektir.

teknolojilerine uyarlanarak yeniden yapılması ile de net bir şekilde ortaya konulmuştur.⁶⁴

VR/AR teknolojilerinin insanı içine alan bu özelliği nedeniyle terapi amaçlı kullanımı yaygınlaşmaktadır. Bilhassa stres ve beyin hasarı tedavisi, anksiyete bozuklukları gibi psikolojik rahatsızlıkların tedavisinde VR teknolojilerinden başarı ile yararlanılmaktadır.⁶⁵

3. İmaj (Görüntü)

VR/AR teknolojilerinin gelişmesiyle insanlar coğrafi konumlarından bağımsız olarak paylaşılan sanal ortamlarda (shared virtual environments) sanal bir gerçeklik olarak iletişim kurabilmekte ve pek çok aktivitede bulunabilmektedir. Bununla birlikte, bu tür sanal ortamların kalite ve etkinliği; sanal ortamı oluşturma (virtual environment rendering), durum senkronizasyonu (state synchronization), saklı kalma (latency) ve avatarın temsil gücü (avatar representation) ile doğrudan ilgili olmaktadır.⁶⁶

Sanskritçe kökenli bir terim olan avatarlar ilk olarak 1985 yılında Origin Systems isimli bir oyun firmasının, piyasaya sürdüğü “UltimaIV: Quest of the Avatar” isimli oyununda oyuncunun bir temsili olarak kullanılmıştır.⁶⁷ Origin Systems 1997 yılına kadar “avatar” kelimesinin ticari marka haklarına da sahip durumdaydı. Bununla birlikte 1990 yılında UltimaVI’nın piyasaya sürülmesinden sonra farklı oyunlarda “avatarlar” oyuncu karakterlerini temsil eden bir hüviyet kazanmaya başlamıştır.⁶⁸ Avatarlar, gerçek kişileri temsil eden grafik görüntüleri ifade etmektedir.⁶⁹ İnternetin gelişmesiyle önce internet forumları ve sohbetlerinde kullanılan avatarlar daha sonra sosyal medyada, web sitele-

⁶⁴ Lemley; Volokh; s. 1065.

⁶⁵ Stefan Liszio, Linda Graf; Maic Masuch, The Relaxing Effect of Virtual Nature: Immersive Technology Provides Relief in Acute Stress Situations, Annual Review of Cyber Theraph and TeleMedicine, June 2018 (s. 87-93), <https://psycnet.apa.org/record/2019-27383-012> (Son Erişim Tarihi: 21.12.2021); Danko D. Georgiev; Iva Georgiev ve Diğerleri, Virtual Reality for Neurorehabilitation and Cognitive Enhancement, Brain Sciences Journal, February 2021, <https://www.mdpi.com/2076-3425/11/2/221/htm> (Son Erişim Tarihi: 21.12.2021)

⁶⁶ Yuanjie Wu; Yu Wang ve Diğerleri; Using a Fully Expressive Avatar to Collaborate in Virtual Reality: Evaluation of Task Performance, Presence, and Attraction, Frontiers in Virtual Reality, April 7, 2021, <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/frvir.2021.641296/full> (Son Erişim Tarihi: 21.12.2021)

⁶⁷ Avatarlar için bkz. Tamer Soysal, Dijital Çağda Spor: Ekonomik ve Hukuki Yönleriyle E-Spor, İstanbul Spor Hukuku Dergisi, C. 3, S. 2, 2021 (s.75-141), s.124-129. (Kısaltması: Soysal, E-Spor, 2021)

⁶⁸ How Gaming Turned a Hindu Concept into the Internet’s most Common Feature, August 24, 2020, <https://www.inverse.com/gaming/xbox-series-s-cyber-monday-gaming-deal-best-console> (Son Erişim Tarihi: 21.12.2021)

⁶⁹ Avatar, <https://rmarketingdigital.com/en/wiki/avatar/> (Son Erişim Tarihi: 21.12.2021)



rinde ve VR/AR ortamlarında kullanılmaya başlamıştır. Teknolojinin çeşitlenmesi ve gelişmesiyle birlikte başlangıçta basit bir temsil edici nitelik taşıyan avatarlar, günümüzde sanal ortamlarda kişinin tüm sözlü ve sözsüz davranışlarının aracı konumuna yükselmiş ve adeta gerçek kişinin kişiliğinin bir parçası haline almıştır.⁷⁰ VR/AR ortamlarında avatar gerçekçiliği (avatar realism) kişinin kendini ifade ve başkalarıyla etkileşiminde en önemli rolü oynayan unsura dönüşmüştür.⁷¹

VR/AR ortamlarında belki de en cazip gelen hususlardan birisi de kişinin kendisine bambaşka bir karakter ve hüviyet verebiliyor olmasıdır. Çünkü kişiler bu ortamlarda avatarlar aracılığıyla var olabilmektedir. Başlangıçta basit ve karikatürize nitelik taşıyan avatarlar, artık daha gerçekçi bir hal almaya başlamıştır.⁷² Ancak bu gerçekliğin ölçütünü avatarı seçen kişi belirlemektedir. Kişi kendine olduğundan daha olgun ve ağır bir avatar seçebileceği gibi kendisini çok daha tarz ve dikkat çekici bir avatar da belirleyebilir. Her ihtimalde kişi görünmek istediği imaja uygun bir avatar belirlemektedir. Kısaca sanal ortamlarda, kişinin hüviyetini avatarlar oluşturmaktadır. İnsanlar bu ortamlarda kuaföre gitmeden ya da toplumsal kınama endişesi yaşamaksızın çok farklı avatarlar oluşturulabilmektedir. Gerçeğin algısal dönüşümü ve teknolojinin gelişmesiyle birlikte imajın/avatarın bu yeni ortamlarda çok daha önemli hale geleceğini düşünüyoruz.

4. Veri (Data)

VR/AR ortamları, kullanıcı arayüzü aracılığıyla deneyimlenen ve bilgisayar tarafından oluşturulan yapay bir ortamdır. Bu ortamlarda gerçeklik hissini oluşturan unsur, veri parçalarıdır. Bilgisayar teknolojileri ve sensörler aracılığıyla sanal dünya ile etkileşime giren kullanıcı, diğer “geleneksel” teknolojilerden çok daha fazla ve mahrem olan kişisel verilerinin toplanmasına ve işlenmesine rıza göstermiş olmaktadır. Örneğin sanal ortamlarda kişinin kas aktiviteleri, kalp atış hızı, dokusal tepkileri, göz hareketleri gibi biyometrik verileri toplanabilir. Yüz tanıma teknolojileri ile kişinin gerçek kimliğine ulaşılması da mümkündür. Üstelik VR/AR ortamlarında kullanıcı çoğu zaman bu toplama ve işlemeden yeterli düzeyde haberdar edilmemektedir. Bu nedenle rızaya ilişkin de sorunlar oluşması muhtemeldir.

VR/AR ortamlarında kişiye ait söz konusu hassas veriler özel şirketler tarafından saklanmakta ve işlenmektedir. Oysa bu şirketlerin biyometrik verilerin kullanılmasında Avrupa Birliği'nin (AB) Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR)⁷³

⁷⁰ Wu; Wang ve Diğerleri, agm. (Son Erişim Tarihi: 21.12.2021)

⁷¹ Wu; Wang ve Diğerleri, agm. (Son Erişim Tarihi: 21.12.2021)

⁷² Lemley; Volokh; s. 1067.

⁷³ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on

9 uncu maddesi uyarınca sorumlulukları bulunmaktadır. Yine GDPR'nın 25 inci maddesi kapsamında VR/AR sağlayıcısı şirketlerin kişiye ait verilerin toplanması ve işlenmesine ilişkin gerekli gereksinimleri karşılamaları, veri sahiplerinin haklarını korumak için takma ad yahut veri minimizasyonu gibi uygun teknik ve organizasyonel önlemleri alması gerekmektedir. Bu şirketlerin veriler işlenmeden önce ise GDPR'nın 35 inci maddesi uyarınca uygun bir "Veri Koruma Etki Değerlendirmesi (Data Protection Impact Assessment-DPIA)" yapması beklenmektedir.⁷⁴ Çocuklara ilişkin kişisel verilerin ise korunması ise daha özel prosedür ve güvenlik şartlarına tabi olmalıdır.

VR/AR ortamları görece yeni ve daha az deneyimlenen ortamlardır. Bu yüzden kullanıcılar kişisel verileri konusunda yeterli bilince sahip değildir. Toplanan verilerin kişiye ait daha mahrem ve hassas verilerden oluşması da dikkate alınınca kişisel verilerin korunabilmesi için bu ortamlarda yer alan tüm unsurların özenli ve proaktif bir yaklaşım ile hareket etmesi kaçınılmaz görünmektedir.

II. SANAL/ARTIRILMIŞ GERÇEKLİK VE CEZA HUKUKU YAKLAŞIMI

A. FELSEFİ YAKLAŞIM: HART VE DEVLİN'İN GÖRÜŞLERİ ÇERÇEVESİNDE BİR BAKIŞ

Hukuk ve ahlâk fonksiyonel açıdan toplumsal yaşamı düzenleyen kural ve/veya normların en önemli ikisini oluşturmaktadır. Arapça "hak" kelimesinin çoğulu olan "hukuk", bireylerin davranışlarını düzenlemek için konulmuş kuralları ifade ederken; "hulk" kelimesinin çoğulu olan "ahlâk" ise, kişinin huy, mizaç ve karakteri gibi özelliklerini içine alan bir kavramdır.⁷⁵ Hukuk, "olanı" değil, "olması gerekeni" gösteren normatif düzeni ifade eder. Bu yönüyle insanların dış dünyaya yansıyan davranışlarını esas alır.⁷⁶ Hukuka kıyasla daha geniş bir düzenleme alanına sahip ahlâk da "olması gereken alanına" ilişkin meşruiyet inşa etme çabası taşır.⁷⁷ Buna karşılık ahlâk insan eylemlerinin daha çok içsel ve deruni boyutuna odaklanır. Bu iki temel alan arasındaki ilişkiler hukuk fel-

the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), Official Journal of the European Union, L 119/1, May 4, 2016.

⁷⁴ AB Genel Veri Koruma Tüzüğü ile ilgili bkz. Tamer Soysal, Unutulma Hakkının Avrupa Birliği'nin Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde İncelenmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 13, 2019 (s.339-422).

⁷⁵ Ümmühan Ark, Hukuk-Ahlâk İlişkisi Bağlamında Divan-ı Hikmet, International Journal of Cultural and Social Studies, V. 2, Ağustos 2016 (s. 257-268),s. 258.

⁷⁶ Muharrem Kılıç, Hukuk-Ahlâk İlişkisinin Temellendirilmesi ve Ayırım Kriterlerinin Analizi, Teorik ve Pratik Yönleriyle Ahlâk, Dem Yayınları, İstanbul 2007 (s. 585-602),s. 588.

⁷⁷ Yavuz Güloğlu, Ahlâk Kurallarının Türk Hukuk Sistemine Etkisi, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2020 (s. 1-18), s. 8.



safesinin de en önemli tartışma alanlarından birini oluşturmuştur.⁷⁸ Bir eylemin, davranışın “ahlâksızlık” olarak nitelendirilmesi yahut ahlâki anlamda “iyi” olmayan bir eylem olarak görülmesi, o eylemin/davranışın hukuken yasak olarak kabul edilmesini haklı gösterir mi? Bir başka kişiye ya da toplumun geneline bir zarar vermiyor olsa dahî bir eylemin ya da davranışın sal toplumun geneli tarafından ahlâki ilkelere aykırı olması son çare (ultima ratio) olarak devreye girmesi gereken ceza hukukuna başvurulmasını haklı çıkaracak mıdır?⁷⁹ İngiliz yargıç ve hukuk felsefecisi Partrick Devlin (1905-1992) ile İngiliz akademisyen ve hukuk felsefecisi Herbert Lionel Hart (1907-1992) arasında, 1960’lı yıllarda yaşanan ahlâk ile hukukun birbirlerine karşı nasıl konumlanacağı şeklindeki düşünsel tartışma bu yönüyle önem taşımaktadır.

Tartışmaya esas rapor İngiltere’de 1957 yılında John Wolfenden tarafından yürütülen bir Komite tarafından hazırlanan Wolfenden Raporu’dur. Rapor’da özet olarak cinsel tercihlerin suç olarak kabul edilmemesi gerektiği, fuhşun ise ancak toplumun diğer bireylerini rahatsız edici şekilde yapılması halinde suç olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü önerilmiştir. İngiliz Yüksek Mahkemesi Yargıç Patrick Devlin, Wolfenden Raporu’nu eleştirmiş ve eşcinsel ilişkilerin toplumsal değerlere aykırılık içerdiği gerekçesiyle hukuk tarafından meşru bir şekilde yasaklanabileceğini savunmuştur. Devlin’e göre hukukun toplumsal değerleri muhafaza işlevini sağlayamaması durumunda toplumsal çözülmeye kapı açılmaktadır. Toplumun bir arada tutan kamu ahlâki denilen ahlâki bağlardır ve toplumsal parçalanma da genellikle kamu ahlâkına uyulmaması nedeniyle oluşur. Toplumun oluşturan üyeleri bir arada tutan şey, görünmeyen ve fakat varlığı şüphe götürmez olan müşterek düşünce bağları yani efkâr-ı umumiye dir. Devlin, bu fikri bağların gevşemesi halinde toplumun ayrışmaya başlayacağını iddia eder ve yasa koyucunun toplumu bir arada tutan ahlâki değerleri önemsemesi gerektiğini ifade eder. Bu argümanlarla, Patrick Devlin suç içeren davranışlar belirlenirken toplumun genel ahlâki yapısına aykırı olan davranışların da esas alınabileceği düşüncesine varır.⁸⁰

Buna karşılık bir hukukçu akademisyen olan Herbert Hart, hukukun kişilerin başkalarına veya kendilerine zararı olmayan rızaya dayalı ilişkilere karışmasını doğru bulmaz ve hukukun toplumdaki çoğunluğun değerlerini esas alması gerektiği düşüncesine karşı çıkar. Ona göre devletin ve ceza yasalarının ilgi alanı dışında kalan, müdahalede bulunamayacakları bir “özel ahlâk” alanı bulunmaktadır. Hart’a göre ahlâk yekpare bir yapıda değildir. Mevcut ahlâk (pozitif ahlâk) ile birlikte bir de olması gereken ahlâk (eleştirel ahlâk) bulun-

⁷⁸ Kılıç, s. 585.

⁷⁹ İbrahim Adıyaman, Ceza Hukukunun İşlevini Yeniden Düşünmek, Hart-Devlin Tartışmasında Hukuk-Ahlâk Problematiği, Adalet Yayınları, Ankara 2021., s. 96.

⁸⁰ Devlin’in düşünceleri için bkz. Adıyaman, s. 107-121.

maktadır. Dolayısıyla esasen tartışma bir hukuki tartışma değil, ahlâki bir tartışmadır. Bu görüşlerle, Hart Devlin'in düşüncelerine katılmamıştır.⁸¹

Meşru görülebilen amaçlar dışında kalan, başkalarına zarar veren eylemler hangi türden olursa olsun, bunları benimsemeyen insanlar tarafından reddedilebileceği gibi, fiili müdahale yoluyla denetim altına da alınabilir. Bu anlamda bireysel özgürlüğe getirilen kısıtlama bireyin başkasına zarar vermemesi adına olağan karşılanmalıdır. Bununla birlikte kişi, başkalarının işlerine müdahale etmez ve sadece kendisini ilgilendiren konularda kendi düşündüğü ve istediği gibi davranırsa, ifade özgürlüğünü zorunlu kılan nedenlerin, bu düşünceleri, yarar ve zararı kendisine ait olmak üzere, engellenmeksizin hayata geçirme özgürlüğünü de içerdiğini kabul etmek gerekir.⁸² Mill'in bu noktada pozisyonu, bireyin özgürlüğüne yalnızca en asgari sınırlamaların getirilebileceğini (başkasına zarar vermediği müddetçe sınırlama getirilemeyeceği),⁸³ bunun da ancak 'başkalarına zarar verilmesini' önlemek için olabileceğini kabul etmesi nedeniyle liberteryen olarak kabul edilir.⁸⁴

Mill, bu düşüncesiyle ceza yasalarının suç sayılan davranışları belirleme yeteneklerinin sınırlandırıldığını ifade etmiştir. Mill tarafından 1859 yılında dile getirilen bu düşünce kendisine 1789 Fransız Haklar Bildirgesi'nin 4 ve 5 inci maddelerinde yer bulmuştur. 1789 Haklar Bildirgesi'nin 4 üncü maddesinde "Özgürlük başkalarına zarar vermeden istediğini yapabilmektir." ve 5 inci maddesinde "Yasa sadece topluma zarar verebilecek eylemleri yasaklar." hükümlerini içerir.⁸⁵

Hukuk, ahlâka aykırı olarak kabul edilen eylemleri cezalandırabilmeli midir tartışmasından yola çıkan Hart ve Devlin'in görüşleri VR/AR ortamlarında işlenebilecek eylemlerin ceza hukuku açısından değerlendirilmesi açısından bizlere yardımcı olabilecektir. Devlin, hukukun karışmayacağı özel bir ahlâk

⁸¹ Hart'ın düşünceleri için bkz. Adıyaman, s. 121-140.

⁸² John Stuart Mill, On Liberty, Karbon Kitaplar, Haziran 2020., s. 83 vd.; John Stuart Mill, Özgürlük Üzerine, Çeviren: Berkay Tartıcı, Kutu Yayınları, Eylül 2019., s. 77 vd.

⁸³ Mill, On Liberty, s. 30.; Mill, Özgürlük Üzerine, s. 22.

⁸⁴ Uğur Köksal Odabaş; John Stuart Mill'in Düşüncesinde Özgürlük Sorunu, Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Aralık 2018, Sayı: 22 (s. 2685-2699), s. 2694.

⁸⁵ Declaration of the Rights of Man, 1789, Approved by the National Assembly of France, August 26, 1789, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/rightsof.asp; Bildirge'nin 4 üncü maddesi şu şekildedir: "Özgürlük başkalarına zarar vermeden istediğini yapabilmektir: Her bir insanın doğal haklarını kullanması da toplumun diğer üyelerinin de aynı hakları kullanmasını garanti altına alacak sınırlar içindedir. Bu sınırlar da sadece yasalarla belirlenebilir. Bildirge'nin 5 inci maddesi ise şu şekilde düzenlenmiştir: "Yasa sadece topluma zarar verebilecek eylemleri yasaklar. Yasaların yasaklamadığı hiçbir şey engellenemez ve kimse yasanın emretmediği bir şeyi yapmaya da zorlanamaz."



veya ahlâksızlık alanı olmadığını savunur. Devlin, Mill ile birlikte genel olarak benimsenen başkalarına zarar vermeme prensibini esas almaktadır. Öyle bazı eylemler olabilir ki, temelde başkalarına zarar vermese dahi, toplumun ahlâk anlayışına ters düştüğü için cezalandırılması söz konusu olabilir. Devlet, burada genel ahlâk ile kişi özgürlükleri arasında dengeyi ‘ortak ahlâkı’ esas alarak temin etmelidir. Tıpkı devletlerin kendisine yönelen yıkıcı eylemleri cezalandırması gibi toplumların da kendi bütününe yönelik yıkıcı eylemlere karşı koruma mekanizmaları bulunmalıdır. Bunun da yolu yine hukuktan geçmektedir. Devlin, sonuç olarak toplumun refahı için kurulu bir ahlâkın, sağlam bir devlet kadar gerekli olduğunu savunmaktadır. Bu nedenle Devlin ceza hukukunu, ahlâki değerlerin korunması açısından bir araç olarak öngörmekten öte, ahlâki kuralların bir yansıması olarak görme eğilimindedir.⁸⁶

Hukuk adalete yönelmiş bir toplumsal yaşam düzenidir.⁸⁷ Bu tanımda adalet, düzen ve sosyal olgu olmak üzere hukukun üç temel işlevi öne çıkarılmıştır.⁸⁸ Ahlâkın temel amacı ise mutlak iyi ve doğruyu gerçekleştirmektir. Ahlâkın “iyiye ulaşma” çabasının en önemli unsurlarından birisini de “adalet” oluşturur. Dolayısıyla hukuk ve ahlâk arasında bir işlem kaplam bulunduğunu da dikkate almak gerekir.⁸⁹

Bu noktadan meseleye bakıldığında, VR/AR ortamlarında gerçekleşen eylemlerin cezalandırılabilirliği konusu benimsenecek yaklaşım ile doğrudan bağlantılı olacaktır. Devlin’in görüşleri esas alındığında VR/AR ortamlarında gerçekleşen ahlâka aykırı davranış ve eylemlerin de ceza kanunlarına dahil edilmesi zor olmayacaktır. Buna karşılık Hart yaklaşımı daha özgürlükçü bir yaklaşımı esas aldığından, VR/AR ortamlarında gerçekleşen ve tipiklik unsurunu barındırmayan eylemlerin cezalandırılması güçleşecektir. Bize göre, toplumu derinden etkileyen düzen bozucu teknolojilere (disruptive technologies) ve bu kapsamda VR/AR teknolojilerine ilişkin de hukukun kayıtsız kalması beklenebilecek bir durum olmamalıdır.

⁸⁶ Devlin bu konuda şöyle demiştir: “(C)eza hukuku ahlâk ilkesi üzerine bina edilmiştir. Pek çok suçta işlevi, ahlâki bir ilkeye hukukî zorlama kazandırmaktan başka bir şey değildir.” Bkz. Kadir Eryılmaz, Türk Yargısının Ahlâkla İmtihani: “Doğal Olmayan” İlişki, Hukuk Kuramı, C. 2, S. 5, Eylül-Ekim 2015 (s. 11-19),s.14.; Patrick Devlin, *Morals and the Criminal Law*, 179, <https://faculty.berea.edu/faculty/butlerj/Devlin.pdf> (Son Erişim Tarihi: 11.04.2021); Peter August Bittlinger, *Government Enforcement of Morality: A Critical Analysis of the Devlin-Hart Controversy*, University of Massachusetts, Doctor of Philosophy, December 1975, s. 20 vd. <http://www.scholarworks.umass.edu> (Son Erişim Tarihi: 11.04.2021)

⁸⁷ Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 1979.,s. 13.

⁸⁸ Kılıç, s. 588.

⁸⁹ Ark, s.258.

B. GERÇEKLİK VE SANALLIK İKİLEMİ ÇERÇEVESİNDE BİR BAKIŞ

1. Milgram Deneyi ve Kauçuk El Yanılsaması Örnekleri

a. Milgram Deneyi Örneği

VR/AR uygulamaları pek çok insanda gerçek hayat gibi kendilerini kap-tırmalarına ve korku gibi duygular yaşamalarına neden olmaktadır. Meşhur bir psikolojik deney olan Milgram deneyi, ilk olarak 1963 yılında Yale Üni-versitesi'nde sosyal psikolog olarak görev yapan Stanley Milgram (1933-1984) tarafından uygulanmıştır. Milgram, ilk olarak 1963 tarihli bir makalede, daha sonra da 1974 tarihli “Otoriteye İtaat: Deneysel Bir Bakış (Obedience to Authority: An Experimental View)” başlıklı kitabında konuyu derinlemesine tartışmıştır.⁹⁰ Milgram deneyi insanın otoriteye boyun eğmesi ile vicdani de-ğerleri arasındaki ilişkiyi sorgulamak amacıyla yapılmıştır. Deneyde üç kişi bulunuyordu: Oturumdan sorumlu “deneyi gerçekleştiren kişi”, deneyde asıl role sahip olan ancak sadece yardımcı olduklarına inandırılan “öğretmen” ve deneycinin işbirlikçisi olan ancak gönüllü gibi davranan “öğrenci”. Öğretmen öğrenciye sorular sormakta ve öğrencinin verdiği her yanlış cevap için belirli bir elektrik şoku vermek üzere düğmeye basmaktadır. Gerçekte bir elektrik şoku verilmediği halde, deneyde öğretmen, öğrenciye elektrik şoku verdiğine inandırılmıştır. Elektrik şokları 15 volt ile başlamakta ve 450 volta kadar artırılmaktadır. Deney sonunda katılımcıların yarısından fazlasının deneyin en yüksek elektrik şoku olan 450 voltu öğrencilere uyguladıkları görülmüş-tür. Öğretmen rolündeki denekler, bu uygulama sonucunda terleme, gerginlik, stres, kekeme, dudak ısırma gibi farklı duygular sergilemişlerdir.

Milgram deneyi, 43 yıl sonra, 2006 yılında sanal gerçeklik ile yeniden ger-çekleştirilmiştir.⁹¹ Orijinal Milgram deneyinde, deneyin odak noktası, denek-lerin araştırmacının emirleriyle bağlı olarak, deneklere ne kadar elektrik şoku vermeye razı olduklarını ortaya koymaktır.⁹² 2006 yılında uygulanan güncel Milgram deneyinde deneklere gerçek bir elektrik şoku verilmemektedir. Buna rağmen deneklerin acı ile ağladıkları ve kalp atışları ile sanki gerçekten ola-yı yaşıyormuş gibi duygu durumuna girdikleri tespit edilmiştir. Deneyin bir başka sanal varyasyonunda insanların gerçek olmadıklarından emin olmaları-na rağmen, sanal karakterlerle etkileşimde fizyolojik ve davranışsal düzeyde gerçekçi tepki verme eğiliminde oldukları ortaya konulmuştur. Deneyde, suya dalmış bir denek, sanal gerçeklikte sadece sanal bir kişiye elektrik şoku ver-

⁹⁰ Stanley Milgram, *Obedience to Authority: An Experimental View*, Harper & Row, 1974.

⁹¹ Mel Slater; Angus Antley ve Diğerleri, A Virtual Reprise of the Stanley Milgram Obedience Experiments, December 2006, PLOS One, <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0000039> (Son Erişim Tarihi: 30.05.2022)

⁹² Milgram's Experiment on Obedience to Authority, <https://nature.berkeley.edu/ucce50/ag-labor/7/article/article35.htm> (Son Erişim Tarihi: 30.05.2022)



diklerini bilmektedir. Buna rağmen deneklerin tepkilerinin gerçek bir elektrik şoku verilen deneklere benzediği gözlemlenmiştir. Bu araştırmalar, sanal gerçeklikteki eylemlerin bir kullanıcı üzerinde yaratabileceği gerçek fizyolojik ve psikolojik etkileri göz ardı edemeyeceğimizi göstermektedir.

Sanal dışı etkiler, sanal bir eylemden kaynaklanan ancak gerçek dünyaya taşınan sonuçlara sahip etkileri içermektedir. Yalnızca sanal dışı etkilere sahip sanal eylemler gerçek eylemler olarak nitelendirilebilmektedir. Sanal gerçekliğin insanı içine alan bu özelliği nedeniyle terapi amaçlı kullanılmasının mümkün olduğu söylenmiştir. Stres ve beyin hasarı tedavisi, anksiyete bozuklukları gibi psikolojik rahatsızlıkların tedavisinde de sanal gerçeklik uygulamalarından faydalanılmaktadır.⁹³

b. Kauçuk El Yanılsaması

İlk olarak 1998 yılında Matthew Botvinick ve Jonathan Cohen tarafından tanımlanan Kauçuk El Yanılsaması (rubber hand illusion) deneyi sayesinde psikoloji ve nöro-bilimde kullanılan vücut aidiyeti algısının (sense of body ownership) fiziki algıdan daha öte anlamlar içerdiği ortaya konulmuştur.⁹⁴ Söz konusu deneyde, katılımcının gerçek elini görmediği bir durumda, katılımcının gerçek eline ve aynı tarafta uygun pozisyonda yerleştirilmiş kauçuk bir ele ‘eş zamanlı’ olarak fırça sürülmektedir. Eş zamanlı yapılan bu hareket sonrasında, katılımcı, kauçuk eli kendi eli gibi algılamakta ve kauçuk ele sürülen fırçayı da kendi eline sürülüyor gibi hissetmektedir. Bu deney ile benlik algısında bir yanılsama olduğu gözlemlenmiştir. Ek olarak, katılımcının gözleri kapalıyken gerçek elin nerede olduğunu belirtmesi istendiğinde, katılımcı, eşzamanlı görsel-dokunsal stimülasyondan önce alınan benzer bir ölçüme kıyasla, tipik olarak lastik ele doğru konumlandırılmaktadır. Deney öncesi ve sonrası konum tahmini arasındaki fark, yaygın olarak yanılsamanın algısal bir bağıntısı olarak kabul edilmektedir. Bu durum aynı zamanda ‘proprioseptif kayma (proprioceptive drift)’⁹⁵

⁹³ Lemley; Volokh, s. 1064.

⁹⁴ Sharon Begley, Is that my hand? How your brain falls for the ‘rubber hand illusion’, October 20, 2016, <https://www.statnews.com/2016/10/20/brain-rubber-hand-illusion/> (Son Erişim Tarihi: 15.04.2022)

⁹⁵ Vücudumuzda beş duyu organı dışında, reseptörler yoluyla duyuşal his olacağı keşfi 1826 yılında Charles Bell’in çalışmalarına dayandırılmaktadır. Charles Bell, insan vücudunda bulunan kaslardaki çok küçük değişikliklerin, başka bir uyarı olmadan vücudun ve uzuvların konumuna karşı duyarlı olduğunu ortaya koymuştur. 1906 yılında Charles Sherrington, bir kişinin vücudunun parçalarının nerede olduğunu bilmesini sağlayan eklem, kas ve tendonlara gömülü sinirsel reseptörlerden elde edilen duyuşal bilgileri keşfetmiş ve bunlara “kişinin kendi” anlamını taşıyan “proprius” ile “algı” anlamını taşıyan “perception” kelimelerinin terkiinden oluşan “proprioepsiyon” adını vermiştir. Proprioepsiyon için bkz. <https://neuroscientificallychallenged.com/glossary/proprioception> ve <https://neuroscientificallychallenged.com/posts/history-of-neuroscience-charles-scott-sherrington>

olarak ifade edilmektedir.⁹⁶ Propriyoseptif kayma, genellikle “görme”, “dokunma” ve “reseptörler (propriosepsiyon)” arasındaki üç yönlü bir etkileşim olarak kabul edilir. Propriyoseptif duyu dokunma, sıcak, soğuk ve ağrı gibi dört duyu kanalının dışında bulunan hisleri içermektedir. Bu yüzden “gizli altıncı duyu” olarak da isimlendirilir.⁹⁷ Sanal gerçeklik uygulamalarından kişide mevcut olan propriyoseptif duyularının geliştirilmesi için faydalanılması mümkündür.

Kauçuk el yanılması, fırça uyararı ‘asenron’ olduğunda gelişmemektedir. Kauçuk el yanılması ile deneysel koşullar altında vücut dışı bir objenin vücudun bir parçası olarak algılanmasının mümkün olduğu ortaya konulmuştur.⁹⁸ Bu deney, protez el kullanılarak sağ elini baskın olarak kullananlar ve sol elini baskın olarak kullananlara farklı şekillerde uygulanmış ve hepsinde benzer sonuçlara ulaşılmıştır.⁹⁹

VR/AR ortamlarında gerçekleşen eylemler de algıyı şekillendirmektedir. Kauçuk el yanılması, insanların ‘immersive’ ve ‘haptik’¹⁰⁰ teknolojiler içeren

(Son Erişim Tarihi: 15.05.2022)

⁹⁶ Marieke Rohde; Massimiliano Di Luca; Marc O. Ernst, The Rubber Hand Illusion: Feeling of Ownership and Proprioceptive Drift Do Not Go Hand in Hand, Plos One, 6 (6), 2011, <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0021659>; Malin Brundin, The Rubber Hand Illusion Effectiveness on Body Ownership Induced by Self-Produced Movements: A Meta-Analysis, Master Degree Project in Cognitive Neuroscience, 2020, <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1445768/FULLTEXT01.pdf> (Son Erişim Tarihi: 15.04.2022)

⁹⁷ Proprioception, Our Imperceptible 6th Sense, February 21, 2021, <https://neurosciencenews.com/proprioception-neuroscience-17839/> (Son Erişim Tarihi: 15.04.2022)

⁹⁸ Kauçuk el yanılması için bkz. Halil Can Alaydın, Benlik Algısının Motor Korteks Uyarılabilirliği Üzerindeki Etkisi, Gazi Üniversitesi, Tıp Fakültesi, Nöroloji Ana Bilim Dalı, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2018, s. 3 vd.; Hatice Esra Yavuzer, Kauçuk El Yanılmasının Ayna Nöron Aktivitesi Üzerine Etkisinin Elektrofizyolojik Olarak İncelenmesi, Gazi Üniversitesi, Tıp Fakültesi, Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon Ana Bilim Dalı, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2017.,s. 23 vd.

⁹⁹ Laura Schmalzl; Andreas Kalckert; Christina Ragnö; Henrik Ehrsson, Neural Correlates of the Rubber Hand Illusion in Amputees: A Report of Two Cases, Neurocase, August 2014 (s. 407-420).; Martin Riemer; Jörg Trojan; Xaver Fuchs, The Rubber Hand Universe: On the Impact of Methodological Differences in the Rubber Hand Illusion, Neuroscience & Biobehavioral Reviews, July 2019 (s. 268-280).

¹⁰⁰ Eski Yunancada “somut, elle tutulur (palpable)” anlamındaki “haptós” ve dokunmaya uygun “haptikós” kelimesinden kaynaklanan haptik algı, “bir şeyi kavrama yeteneğini” ifade eder ve hareketli bir özne tarafından yüzeylerin ve nesnelerin dokunsal olarak algılanması anlamına gelir. VR ve AR uygulamalarında haptik teknolojiler kullanıcıya kuvvet, titreşim ve hareketler uygulayarak bir dokunma deneyimi oluşturan eldiven, parmak pedi gibi teknolojileri ifade eder. Haptik teknolojiler için bkz. The Best Haptic VR Devices and Innovations for 2022, <https://www.xrtoday.com/virtual-reality/the-best-haptic-vr-devices-and-innovations-for-2022/> Bu kaynakta haptik teknolojilerin 2021 yılından 2025 kadar 15.84 milyar dolar büyümesinin beklendiği ifade edilmektedir. Haptik uygulamaların



VR/AR ortamlarında gerçek dünyaya taşan etkileşimler yaşamalarının mümkün olduğunu ortaya koymaktadır.

2. John Searle ve Edmund Husserl'in Görüşleri Çerçevesinde Bir Bakış

Ünlü Amerikalı filozof John Searle, Rene Descartes'ın da temsilcilerinden olduğu rasyonel görüşün, zihni (res cogitans) ve bilinci devre dışı bıraktığını ve sadece madde (res extensa) ile ilgilendiğini iddia etmiştir. Searle'ye göre bilinç doğal bir biyolojik görüngüdür.¹⁰¹ Fiziksel olan, aynı zamanda zihinsel de olabilir. Zihnin fiziksel olmasını, beynin bir özelliği olmasıyla açıklayan Searle, sindirimin midenin özelliği olması veya görmenin gözün özelliği olması gibi bilincin de beynin özelliği olduğunu ifade etmektedir. Searle'a göre hem sindirim hem de bilinç doğal süreçlerdir ve metafizik bir boşluk içermezler.¹⁰² Bu kapsamda John Searle, sosyal gerçeklik teorisi ile sosyal olarak inşa edilmiş gerçeklerin ontolojik olarak öznel ve fakat epistemik olarak nesnel olduğunu vurgulamaktadır. Fiziksel nesnelere ise hem nesnel hem epistemik olarak nesnel karakter taşımaktadır. Örneğin fiziksel dünyadaki bir elma hem ontolojik hem epistemik olarak gerçektir. Oysa sanal bir para, yahut sanal ortamda gerçekleşen bir davranışımız ontolojik olarak öznel karakter taşısa dahi, epistemik olarak nesnelirdir. Yani insan zihninin mevcudiyetinde var olarak kabul edilmektedir.¹⁰³ Bu felsefi yaklaşım, VR/AR ortamlarında gerçekleşen eylemlerin de zihinsel bir bilincin ürünü olması ve gerçek dünyada etkiler doğurması nedeniyle 'gerçek' olduğunu söylememize imkan vermektedir.

Fransız sosyolog Jean Baudrillard (1929-2007) genel olarak milenyum çağında gerçekliğin yitirildiğini ve simülakrlar adımı verdiği imaj ve kodlar aracılığıyla dünyanın şekillendirildiğini iddia eder.¹⁰⁴ Baudrillard'a göre simülasyon "sahip olunmayan bir şey, sahipmiş gibi davranmak", dissimilasyon ise "sahip

tarihine ilişkin bkz. Dangxiao Wang; Yuan Guo ve Diğerleri, Haptic Display for Virtual Reality: Progress and Challenges, Virtual Reality & Intelligent Hardware, V. 1, I. 2, April 2019 (s. 136-162), <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2096579619300130> (Son Erişim Tarihi: 15.05.2022)

¹⁰¹ Mustafa Kınağ, Dilin Oluşumu Bağlamında John Searle'ün Doğal Bilinç Kuramı Üzerine Bir İnceleme, Yapay Zeka ve Zihin Felsefesi Dergisi, C. 3, S. 2, Aralık 2020, (s. 163-189), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1431995>, s. 167.(Son Erişim Tarihi: 15.04.2022)

¹⁰² Mehtap Doğan, Biyolojik Doğalcılık Ekseninde John Searle ve Zihin Beden Problemi, Yapay Zeka ve Zihin Felsefesi Dergisi, C. 1, S. 2, Aralık 2018, (s. 227-240), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/625095>, s. 239. (Son Erişim Tarihi: 15.04.2022)

¹⁰³ John Danaher; The Law and Ethics of Virtual Sexual Assault (Barfield, W.; Blitz, M; The Law of Virtual and Augmented Reality, Cheltenham, United Kingdom, Edward Elgar Publishers, 2018., s. 30.

¹⁰⁴ Erandaru Erandaru, Augmented Reality Applications in Hand-Held Devices in the light of Baudrillard's "Simulacra and Simulation", Nirmana Journal, V. 10, 2008 (s. 20-25), <https://nirmana.petra.ac.id>

olunan bir şeye sahip değilmiş gibi davranmak” olarak ifade edilir. Bu durumda biri var olan bir şeyi, diğeri ise var olmayan şeyi işaret eder. Simülasyon rol yapmayla aynı değildir. Hastalık rolünü yapan birisi yatağına yatar ve sözde hasta olmuş görüntüsü sergiler. Hastalığı simüle eden birisi de bu hastalığın çoğu belirtisini kendi üzerinde göstermeye çalışır. Simülasyon bu yönüyle akla ve isteğe değil, ruhsal ve bedensel durumlara işaret eder.¹⁰⁵ Baudrillard, simülasyon şeklindeki görüntülerin gerçeğin önüne geçtiğini ve gerçeklik algısını değiştirdiğini öne sürer. Baudrillard’ın ‘simülakr’ adını verdiği araçlar ile gerçeklik olarak algılanmak istenen görüntüler kastedilir. Günümüzde VR ve AR teknolojilerinin Baudrillard’ın simülakrlarının çok daha gelişmiş birer versiyonu olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte, VR/AR teknolojilerinin gerçeklik ile bağlantısının çok daha güçlü olduğu açıktır.¹⁰⁶

Alman filozof Edmund Husserl (1859-1938) tarafından kurulduğu söylenen fenomenoloji bilimi öznel deneyimlerin, dış algıları ile ilgilenen ‘görüngü bilim’ olarak da adlandırılan bir felsefe akımını ifade etmektedir.¹⁰⁷ Fenomenoloji, her şeyden önce, fenomeni, yani dolaysız olarak verilmiş olanı betimlemeye dayanan bir yöntem önermektedir. Fenomenolojiye göre içinde yaşadığımız fiziksel dünya, herkes için aynı anlamı taşıyan ve bireylerden bağımsız bir gerçekliğe haiz değildir. Başka bir ifade ile fiziksel dünya görelidir.¹⁰⁸ İnsanların kendisine yüklediği mana ve yorumlara göre değişkenlik taşımaktadır. Fenomonoloji, görünüş ile onun idesi arasındaki ilişkiyi ortaya koymayı amaçlamaktadır.¹⁰⁹ Günümüzde ise fenomenolojinin bu yaklaşımı ile gerçek dünya arasında fark azalmıştır. VR/AR ortamlarında gördüğümüz sanal olsa dahi, gerçek etkileşimler kurmak mümkün hale gelmiştir. Kauçuk el yanılması deneyi ve Milgram deneyi, sanal dünyada gerçekleşen eylemlerin gerçek dünyada da gerçek sonuçlar doğurabileceğini ortaya koymaktadır. VR/AR teknolojileri gerçek benlik (real-self) ile imge-gerçek dünya benliği (image/world-self) arasındaki boşluğu kapatmaktadır. Bu gerçek, sanal dünyada gerçekleşen eylemlerin cezalandırılabilirliği konusunda daha cesur davranmamızı anlamlı kılmaktadır.

¹⁰⁵ Dudu Uysal, Simülasyon Kavramı Çerçevesinde Wolfgang Hilbig’in “Ich” adlı Romanı, Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Nisan 2013, s. 37 vd.

¹⁰⁶ Erandaru, s. 23.

¹⁰⁷ Phenomenology, <https://plato.stanford.edu>, 2003 (Son Erişim Tarihi: 01.05.2022)

¹⁰⁸ Biagio G. Tassone, The Relevance of Husserl’s phenomenological exploration of interiority of contemporary epistemology, Palgrave Communications, 2017, <https://www.nature.com/articles/palcomms201766>

¹⁰⁹ Husserl’da fenomenoloji kavramı için bkz. Edmund Husserl, İçsel Zamanın Bilincinin Fenomenolojisi Üzerine, Avesta Yayınları, 2011. Sümerlerden beri bazı dini ritüellerin uygulandığı işaretlenmiş, genellikle enerji içerdiğine inanılan kutsal alan olarak da ifade edilmektedir.



VR/AR ortamlarında gerçekleşen her eylem bu tür sanal dışı etkiler doğurmamaktadır. Ancak gerçek dünyada etkiler doğuran ve bir yakınma durumu oluşturan eylemler açısından ceza hukukunun devreye girebileceği durumlara işaret etmek de sıra dışı bir yaklaşım olarak değerlendirilmemelidir. Bu yaklaşımı sadece Hart-Devlin tartışmasına indirgemek de doğru olmayacaktır. Ceza hukuku, toplumsal düzen içinde görece artan ve toplumu rahatsız eden, bireysel anlamda da fiziksel/psikolojik zarara yol açabilen davranışların ceza normu olarak düzenlenip düzenlenmeyeceğini daima göz önünde bulundurmalıdır. Her geçen gün gelişen VR/AR teknolojileri bunun en bariz örneğini oluşturmaktadır.

C. VR/AR ORTAMLARINDA İŞLENEN SUÇLARIN KATEGORİLEŞTİRİLMESİ

1. Sanal Çember (Magic Circle) ve Sanal Ötesi Etkiler (Intra-Virtual Effects)

Sanal ortamlarda ‘magic circle (sanal çember)’¹¹⁰ kavramıyla bu sınırlarda gerçekleşen eylemlerin gerçek dünya ile bağlantısı olmadığı anlatılmak istenir. Sanal çemberlerde, gerçek dünyanın kuralları devre dışı bırakılmış ve sanal ortamın kuralları geçerli kılınmıştır. Bununla birlikte bazı eylemler gerçek dünyayı da etkileme potansiyeline sahiptir. Bu tür etkiler ‘*intra-virtual effects (sanal ötesi etkiler)*’ olarak adlandırılmaktadır.¹¹¹ Sanal dışı etkiler, sanal bir eylemden kaynaklanan ancak gerçek dünyaya taşınan sonuçlara sahip olan eylemleri içerir. Ceza hukukunun konusunu teşkil edebilecek eylemlerin de bu tür ‘*intra-virtual effects*’ adı verilen etkilere sahip eylemlerden oluşması gerektiğini söylemek mümkündür. Sanal eylemlerde fizyolojik tepkiler psikolojik tepki şeklinde yansıtılabilmektedir. Üç boyutlu ortamda oynanan bir “Çok Oyunculu Çevrimiçi Rol Yapma Oyunu”¹¹² niteliği taşıyan EverQuest oyunu oynayan bir oyuncunun, 36 saat boyunca aralıksız EverQuest oynadıktan son-

¹¹⁰ “Magic Circle (sihirli çember)” ifadesi, Sümerlerden beri bazı dini ritüellerin uygulandığı işaretlenmiş, genellikle enerji içerdiğine inanılan kutsal alanı ifade için de kullanılmaktadır. Sümerler bu tür ritüel çemberi kullanımına “zisirrü” adını vermişlerdir. Latince “dolaşma” anlamındaki “circum around” ve “yürüme” anlamındaki “ambulâtus” sözcüklerinin birleşimiyle oluşturulan tavaf anlamını taşıyan “circumambulation” da kutsal bir nesnenin etrafında hareket etme eylemini ifade için kullanılmaktadır. Bu tür dini ritüellerin gerçekleştirildiği daire de “magic circle” olarak ifade edilmektedir. Bkz. Amalia Catagnoti, *Ritual circumambulations in the Syro-Mesopotamian cuneiform texts: An Overview*, (İçinde *Defining the Sacred*: Edited by: Nicola Laneri, Oxbow Books, 2015.)

¹¹¹ Joshua Hansen, *Virtual Indecent Assault: Time for the Criminal Law to Enter the Realm of Virtual Reality*, Victoria University of Wellington, Faculty of Law, LLB Degree Thesis, 2018, <https://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/>, s. 13. (Son Erişim Tarihi: 30.03.2022)

¹¹² E-Spor türleri için bkz. Soysal, E-Spor, 2021, s. 92-93.

ra, dijital varlığının çalınması nedeniyle intihar etmesi eylemini, bu tür sanal ötesi etkilere örnek olarak göstermek mümkündür.¹¹³

Çin’de meydana gelen bir olayda popüler bir çevrimiçi oyun olan Legend of Mir 3 oyuncusu, oyunda kullanılan “ejderha kılıcı (dragon sabre)” adı verilen oyun varlığını ödünç verdiği oyuncunun kılıcı satması sonrasında, rakibini bıçaklayarak öldürmüştür.¹¹⁴ VR/AR ortamlarında gerçekleşen bu sanal olaylar, sanal olmayan eylemlere yol açmıştır. İlk bakışta sanal ortamlarda kalan bu oyunlar üzerine yapılan araştırmalar, bu oyunların duygusal durum bozuklukları, depresyon, kaygı gibi durumlara yol açtığını ortaya koymaktadır. Sanal mekanın yapı taşları olan dijital kodlar, sanal ortamlarla sınırlı kalmamakta ve sanal ötesi etkiler doğurmaktadır.¹¹⁵ Bu tür sanal ötesi etkiler metaverse gibi yeni sanal ortamların oluşturulmasıyla daha kolay bir şekilde ortaya çıkabilecektir.

Extreme Swordfighting, VR ortamında oynanan bir dövüş oyunudur. Oyunun kurallarından birisi teslim olmuş yahut ölü birine vurmamaktır. Ama buna rağmen teslim olmuş oyun karakterine üst üste şok uygulanmıştır. Oyuncu, maruz kaldığı davranışların sadistçe olduğunu iddia ederek şikayetçi olmuştur. Bu tür bir durumda, bu oyuna katılan kişinin, daha baştan bu tür davranışlara maruz kalabileceğini kabullendiğini söylemek akla daha uygun gelmektedir. Bu olaya ilişkin yasa koyucudan bir düzenleme yapılmasını beklemekten ziyade, oyun üreticisinin üst üste darbeleri önleme opsiyonunu yahut karakterin kendini koruma seçeneğini devreye sokması gerektiğini söylemek daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Bu tür durumlarda da eylemin haptik/dokunsal ve algik¹¹⁶/ağrısız etkiler nedeniyle sanal dışı etkiler oluşturduğu iddia edilmektedir.¹¹⁷ Mağdurun bu şekilde duygu durumunun (mood) bozulduğu söylenmektedir. Ceza hukukunun konusu, kişinin duygusal durumunda meydana gelen tüm değişiklikleri yaptırma bağlamak değildir. Öte yandan hızla kullanım oranı artan ve hayatımızda daha fazla yer işgal eden VR/AR ortamlarına ilişkin olaylara hukukun tamamen kayıtsız kalmasının da doğru bir seçenek olmadı-

¹¹³ Did Game Play Role in Suicide, March 4, 2002, <https://www.wired.com/2002/04/did-game-play-role-in-suicide/> (Son Erişim Tarihi: 20.10.2021); Olivier Mauco, The Ideology of the Self in Ludic Digital Worlds, (in Digital Technologies of the Self, Editors: Yasmine Abbas; Fred Dervin, Newcastle, Cambridge Scholars, 2009 (s. 109-123).), s. 116.

¹¹⁴ Online Gamer Killed for Selling Virtual Weapon, March 31, 2005, <https://www.smh.com.au/world/online-gamer-killed-for-selling-virtual-weapon-20050331-gdl12j.html> (Son Erişim Tarihi: 15.02.2022)

¹¹⁵ Mohsin Yar Khan Yousufi, Building the Virtual Space, 2021, <https://mohsinykyousufi.com/wp-content/uploads/2021/01/Building-the-Virtual-Space.pdf> (Son Erişim Tarihi: 24.10.2021).;

¹¹⁶ Algic, Eski Yunancada “ağrı” anlamındaki “algia/analgesic” kelimesinden türetilmiştir. Bkz. Lemley; Volokh; s. 1095, dipnot 153.

¹¹⁷ Lemley; Volokh; s. 1095.



ğına inanıyoruz. Sanal ortamda, birisine kendisini farklı birisi gibi göstererek dolandırıcılık gibi eylemler mümkün olduğu gibi tamamen sanal ortama özgü bir takım eylemler (sanal ortamda cinsel suçlar gibi) de mümkündür. Bu tür eylemler başkasının kimliğini kullanmak gibi gerçek dünyada olası sonuçları olan suç içeren eylemlere dönüşebilecektir.

Bir kişi, epilepsi hastası olduğunu bildiği birisine kasıtlı olarak nöbete yol açmak için flaş ışıklarını kullanabileceği gibi panik atak hastası birinin üzerine gitmek suretiyle onun mantıksız davranışlar sergilemesine sebep olabilecektir. Benzer şekilde Pokemon Go oyunu oynayan kişiler zaman zaman gerçek dünyada kazalar yapmışlar veya başkalarına zarar vermişlerdir. Bir kişi Pokemon Go oyununa özgü “picachuları” bulmak için bir başkasının konut dokunulmazlığını ihlal edebilir veya taksirle bir başkasını yaralayabilir. Bu tür ihlallerin oyunun tasarımı ve yazılımından kaynaklanması halinde oyun tasarımcısı ve yazılımcısının da sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Bütün bu durumların sanal dışı etkiler doğurduğunu söylemek mümkündür.

2. Eylemlerin Kategorileştirilmesi

VR/AR ortamlarında gerçekleştirilecek eylemleri fail/mağdur durumlarına göre dört farklı şekilde ele almak mümkündür:¹¹⁸

- i. **Birinci Durum:** İnsan kullanıcı bir avatar kullanarak, tamamen sanal bir karaktere sanal olarak hukuka aykırı bir eylemde bulunulması mümkündür.
- ii. **İkinci Durum:** İnsan kullanıcı bir avatar kullanarak, “başka bir insan tarafından kullanılan” sanal karaktere karşı bir hukuka aykırı eylemde bulunulması mümkündür.
- iii. **Üçüncü Durum:** Tamamen sanal bir karakter, bir insan kullanıcı tarafından kontrol edilen sanal bir avata sanal olarak saldırıda bulunabilir.
- iv. **Dördüncü Durum:** Tamamen sanal bir karakter, bir başka sanal karaktere karşı bir eylemde bulunmuş olabilir.

Bu eylemlerin, haptik/dokunmatik teknolojiler içeren ortamlarda yahut daha basit sanal ortamlarda işlenmesi mümkündür. Öncelikle her iki tarafında sanal karakter olduğu eylemlerin cezai müeyyideye konu olmayacağı, ancak şiddet/terör/çocuk cinsel istismarı içermesi halinde oyunun geliştiricileri ve dağıtıcıları hakkında cezai soruşturmaların söz konusu olabileceği belirtilmelidir.

Birinci durumda ise mağdur taraf sanal bir karakterdir. Bu tür durumlarda failin yaptığı eylem çocuğun cinsel istismarı, müstehcenlik, terör gibi unsurlar içeriyorsa, ülkeler kendi ulusal düzenlemeleri çerçevesinde bu eylemleri de soruşturabilecektir. Ancak ilke olarak bu tür sanal mağdurların söz konusu

¹¹⁸ John Danaher ise ‘immersive teknolojileri’ ayrı kategoride alarak altı farklı mağdur/fail tipinden bahsetmiştir. Bkz. Danaher, s. 27 vd.

olduğu durumların da, ceza hukukuna konu teşkil etmeyeceği belirtilmelidir. Buna karşılık gerçek bir mağdurun söz konusu olabileceği ikinci ve üçüncü durumların, bilhassa haptik teknolojilerin yoğunluğu, gerçek dünyadaki etkiler gibi unsurlar dikkate alınarak ceza hukukunun konusunu oluşturması daha olası görünmektedir.

Cezai müeyyideye konu edilebilecek sanal eylemleri nitelendirirken, eylemin hangi tür sanal ortamda gerçekleştiğini belirlemek de önemlidir. Burada temelde; avatarlar yoluyla kullanıcıların kendilerini temsil ettiği sanal ortamlar ile ‘immersive interactions’ adı verilen kullanıcının çeşitli dokunsal/işitsel özellikler ile ortama dahil olduğu ortamlar farklı nitelendirmelere yol açabilecektir. Örneğin cinsel suçlar söz konusu olduğunda, son yıllarda artan¹¹⁹ ‘tele-dildonics’¹²⁰ özellikli aygıtların kullanılması, sanal ortamda işlenen suçlar ile gerçek dünyada işlenen suçlar arasındaki boşluğu azaltıcı etkiler içermektedir.

Üç ve dördüncü durumlarda, eylem sanal bir ajan tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu tür durumlarda, sanal saldırının arkasında bir insan fail bulunmaktaysa yahut özel bir program yardımıyla bu saldırı gerçekleştirilmişse, eylemin niteliğine göre yine cezai sorumluluk gündeme gelebilecektir. Bununla birlikte yapay zeka sistemlerinin gelişmesiyle birlikte saldırı belirli derecede otonom olan robotlarca da gerçekleştirilmiş olabilir. Bu tür durumlarda, bir “sorumluluk boşluğu (responsibility gap)”¹²¹ olduğundan

¹¹⁹ 2020 yılında, çok kameralı videolar ve kullanıcıların senkronize cinsel heyecanı teşvik etmek için tasarlanmış dokunsal cihazlar (tele-dildonics) aracılığıyla etkileşim kurmasına olanak tanıyan yeni bir etkileşimli deneyim başlatılmıştır. Bkz. <https://www.sbs.com.au/news/the-feed/virtual-rape-and-sexual-abuse-the-dangers-of-immersive-technology> (Son Erişim Tarihi: 04.04.2022)

¹²⁰ Tele-dildonics veya cyber-dildonics olarak bilinen kavram, insan cinsel etkileşimini taklit etmek için üretilen teknolojileri ifade eder. Teledildonics için bkz. Rahul Ramchand, Virtual Reality Porn and the rise of teledildonics, February 6, 2017, <https://medium.com/@rahul.ramchand.rr/virtual-reality-porn-and-the-rise-of-teledildonics-a180d1c566e1> (Son Erişim Tarihi: 15.05.2022)

¹²¹ Genel olarak hukuka aykırı davranışlar, bir takım yükümlülükleri içeren sorumluluk hallerine yol açar. Hukuki, cezai, idari veya siyasi gibi farklı sorumluluk türlerinden bahsetmek mümkündür. Hukuki sorumluluk içinde en önemli grubu haksız fiil sorumluluğu oluşturur. Sorumluluğun esas kusura bağlanabileceği gibi kusursuz sorumluluk esasının benimsenmesi de mümkündür. Sorumluluğun özünde davranış ve sonuç arasında bir nedensellik ilişkisinin varlığı bulunur. 2004 yılında Andreas Matthias tarafından yazılan makalede otonom ve yapay olarak akıllı sistemlerdeki gelişmelerin, geleneksel sorumluluk yüklenme yöntemlerini yetersiz hale getireceği, hiç kimsenin makinenin eylemleri üzerinde sorumluluğu üstlenecek kadar yeterli seviyede kontrole sahip olmadığı belirtilmiş ve bu durumun “sorumluluk boşluğu (responsibility gap)” adını verdiği duruma yol açtığı ifade edilmiştir. Bkz. Andreas Matthias, The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata. *Ethics and Information Technology* 6(3), 2004 (s. 175–183);



bahsetmek mümkündür.¹²² Buna rağmen bu şartlarda da sistemi tasarlayan, uygulayan kişilerin sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Bilhassa, bir zararlı sonucun meydana gelebileceğinin öngörüldüğü durumlarda neticenin istenip istenmemesine göre ‘bilinçli ve kasıtlı olarak (knowingly and intentionally)’, ‘bilinçli taksir (conscious negligence)’ veya ‘taksirle (negligence/recklessly)’ cezai sorumluluk halleri gündeme gelebilecektir.

III. CEZA HUKUKUNA İLİŞKİN ORTAYA ÇIKABİLECEK SUÇ ALANLARI

A. GENEL OLARAK

Gerçeklik ve sanallık bulanıklaştıkça, bir kullanıcı sanal bedenine yapılan bir saldırıya sanki fiziki dünyada yaşamış gibi psikolojik tepkiler geliştirebilecektir. Öncelikle şu hususu belirtmekte fayda bulunmaktadır: Ceza hukukunun müdahalesi, sanal eylemleri düzenlemede benimsenebilecek birçok seçenekten yalnızca birisini oluşturmaktadır. Zamanla sanal gerçeklik geliştiricilerinin cezalandırma sorumluluğuna ilişkin de önemli roller üstlenebilecekleri düşünülmektedir. Günümüzde sanal ortam geliştiricileri, kullanıcıları ortamdandan men etme, uyarı verme ve sanal ceza uygulamalarına başvurabilmektedir.

VR/AR ortamlarında gerçeklikte geçirilen vakit sırasında yaşanan duygusal veya psikolojik travma sanal ortamdaki haksız saldırının zararlı sonucu olarak kabul edilmelidir. Bu durumda VR/AR ortamlarına ceza hukuku müdahalesini meşru olarak değerlendirmek mümkündür.¹²³ Bu tür bir yaklaşımda iki temel faraziyenin kabul edildiği söylenebilir:

- i. Sanal dünyada olan sanal dünyada kalmamaktadır. Buna dayanak olarak meşhur Milgram deneyi esas alınmak suretiyle, sanal ortamda yaşanan tepkilere karşı fizyolojik değil, psikolojik tepkiler geliştirildiği ifade edilmektedir.
- ii. Sanal dünyada oluşan haksız saldırılar sonucu da gerçek bir zararın oluşması mümkündür. VR/AR ortamlarında bir davranışın haksız kabul

Günümüzde yapay zeka sistemlerinin oluşturduğu robot ve makinelerin yol açtığı zararlar nedeniyle oluşan sorumluluğun tayininde “sorumluluk boşlukları (responsibility gaps)” ile karşılaşıldığı sıklıkla ifade edilmektedir. Bkz. Filippo Santoni de Sio; Giulio Mecacci, Four Responsibility Gaps with Artificial Intelligence, Why they matter and how to adress them?, Delft University of Technology, Philosophy and Technology, 34 (4), (s. 1057-1084).; Zoe Porter; Ibrahim Habli; Helen Monkhouse; John Bragg, The Moral Responsibility Gap and Increasing Autonomy of Systems, First International Workshop Artificial Intelligence Safety Engineering, September 18, 2018, https://eprints.whiterose.ac.uk/133488/1/Resp_Gaps_paper_21.pdf (Son Erişim Tarihi: 30.05.2022)

¹²² Danaher, s. 27.

¹²³ Hansen, s. 13.

edilebilmesi için seçimlik hareketli bir özgürlük alanı bulunması şarttır. Aksi takdirde ‘haksızlık’ unsuru oluşmayacaktır. Zararın büyüklüğü, sanal ortamdaki etkileşimin derecesine bağlı olarak oluşacaktır. Sanal gerçeklikte, kişinin fiziki bedeni ile avatar arasında bir zihin-beden düalizmi oluşturulduğu, sanal vücudun kişinin kendi uzamı haline geldiği ve kullanıcı benliğinin gerçek olan ile avatar arasında bölündüğü, bu yüzden haksız saldırılarda sanal ortamda da “gerçek bir zarar” oluşabileceği güçlü bir şekilde ifade edilmektedir.¹²⁴

Amerikan hukukunda yaygın kabul gören anlayışa göre suç maddi ve manevi iki temel unsurdan oluşmaktadır. Buna göre suçu oluşturan eylem icrai veya ihmali bir davranıştan oluşmaktadır ve suçun maddi unsurunu oluşturur. Buna karşılık suçun manevi unsuru (mens rea/guilty mind/state of mind),¹²⁵ kişideki kusurluluk halini ifade eder. Buna göre suç kasten (intentionally/knowingly), bilinçli taksir ile (conscious negligence) veya taksirle (negligence/recklessly) işlenebilecektir. Suçun manevi unsuru değerlendirilirken VR/AR ortamlarında kişiye yeteri ölçüde seçme hakkı verip verilmediği de önemli olacaktır. Bazı VR/AR oyunlarında oyuncuların hareket özgürlüğü sınırlandırılmıştır. Örneğin Custer’s Revenge¹²⁶ oyunu, Mystique Şirketi tarafından Atari 2600 için 23 Eylül 1982 tarihinde piyasaya sürülen bir oyundur ve oyunda oyunu oynayan kişi zorunlu olarak bir kazığa bağlanmış Kızılderili bir kadına tecavüz etme hedefini taşımaktadır. Bu tür durumlarda, oyun geliştiricileri asıl sorumlu olarak davalara ve soruşturmalara muhatap olabilecektir. Buna karşın oyunu oynayanların durumu ve bu kişiler yönünden kusurluluk halinin oluşup oluşmadığı tartışılmalıdır. Günümüzde VR/AR ortamlarının gelişmesiyle birlikte kişiye hareket ve seçim özgürlüğü veren durumlar çeşitlenmektedir. Bu nedenle pek çok VR/AR ortamında kişinin bu tür bir seçim özgürlüğünün bulunduğu söylenebilir.

VR/AR ortamlarında işlenebilen suçları iki temel kategoriye ayırmak mümkündür:

- VR/AR ortamlarında ceza hukukunda düzenlenen geleneksel suç tipleri işlenebilir. Örneğin hakaret, tehdit gibi. Yahut bu ortamlar kullanılarak bir suçun suç örgütünün faaliyetleri çerçevesinde insan ticareti, terör, organ ve doku ticareti gibi suçlar işlenebilir. Bu tür durumlarda, VR/AR ortamına ilişkin delillerin diğer deliller ile desteklenmesi gerekli olacaktır. İlke

¹²⁴ Hansen, s. 15.

¹²⁵ Bu ilke “actus non facit reum nisi mens sit rea (düşünce kusurlu olmadıkça sadece bir fiil kişiyi kusurlu yapmaz.) ilkesinin ‘Mens Rea’ şeklinde kısaltılması ile oluşturulmuştur. Bkz. Francis Bowes Sayre, Mens Rea, Harvard Law Review, V. 45, I. 6, 1932 (s. 974-1026).

¹²⁶ Oyunun ismi, Amerikan iç savaşında rol alan General George Armstrong Custer’dan esinlenilerek konulmuştur.

olarak bu tür durumlarda ceza kanunlarındaki düzenlemeler ayırım gözetmeksizin bu ortamlar yoluyla işlenen suçlara da uygulanacaktır. VR/AR uygulamaları terörist gruplar için de yeni fırsatlar oluşturmaktadır. Pek çok analizde, yakın bir gelecekte sanal terörist eğitim kampları (virtual terrorist training camps)¹²⁷ oluşturulması gibi durumlarla karşılaşılacağı ifade edilmektedir.¹²⁸ Günümüzde internetin ilk gelişmeye başladığı dönemlerde, terörist grupların interneti ve ardından sosyal medyayı iletişim, propaganda ve eğitim gibi amaçlarla kullanmasına benzer bir süreç VR/AR ortamları için yaşanmaktadır. VR/AR ortamları çok daha az maliyetle dünyanın her yerinden yasa dışı eylemlerin planlanması, eğitim gibi amaçlar için kullanılabilir. Teröristler, hedef almak istedikleri yapıya benzer bir sanal bina oluşturabilir ve bu yapıyı saldırı strateji ve eğitim için kullanabilirler. VR ortamlarında oynanabilen “Birinci Şahıs Nişancı Oyunlarının (First-Person Shooter Games)” terör örgütleri için özel bir ilgi oluşturabileceği belirtilmektedir. 2011 yılında Norveç’in Oslo kentinde meydana gelen terör saldırısının failinin, saldırılardan önce World of Warcraft ve Call of Duty: Modern Warfare 2 de dahil olmak üzere saatlerce video oyunu oynadığı tespit edilmiştir. Uzmanlar, bu tür davranışların “insan hayatına son vermeye karşı duyarsızlaşma” çabası olarak değerlendirmektedir. VR/AR ortamları bu duyarsızlaşma için kullanılabilir. Örneğin Camp Bucca¹²⁹ oyununda oyuncular, hükümlülere işkence dahil kötü davranışlar yapabilmektedir. Yine Grand Theft Auto V oyununda etkileşimli işkence sahneleri yer almaktadır.¹³⁰ Bu nedenle mevcut terör suçlarının VR/AR ortamlarında da işlenmesi mümkündür.

- VR/AR ortamlarına özgü suçların işlenmesi söz konusu olabilecektir. Bu durumda yeni düzenlemeler yapılması veya ceza kanunlarındaki cinsel taciz, huzur ve sükûnu bozma ve müstehcenlik gibi düzenlemelerin uyarlanması gündeme gelecektir. Ayrıca örneğin bu ortamlarda yapılacak özel bir buluşmaya yahut toplantıya üçüncü bir kişinin izinsiz olarak katılımı durumunun da suç olarak düzenlenmesi gerekir gerekmediği tartışılmalıdır.

¹²⁷ Anne Stenersen, The Internet: A Virtual Training Camp?, Terrorism and Political Violence, 20 (2), 2008 (s. 215-233), <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09546550801920790> (Son Erişim Tarihi: 30.05.2022)

¹²⁸ Global Trends 2040, A More Contested World, A Publication of the National Intelligence Council, March 2021, https://www.dni.gov/files/ODNI/documents/assessments/GlobalTrends_2040.pdf (Son Erişim Tarihi: 24.12.2021)

¹²⁹ Video oyunu, ismini 2003 yılında Irak’ın Kuveyt sınırında kurulan hapis hanesinden almaktadır. Bkz. Camp Bucca, https://phc.amedd.army.mil/PHC%20Resource%20Library/U_IRQ_Bucca%20and%20Umm%20Qasar%20POEMS%202003-2011.pdf (Son Erişim Tarihi: 24.12.2021)

¹³⁰ Virtual Reality a Friend and Foe in Terror Fight, June 1, 2017, <https://www.afcea.org/content/Article-virtual-reality-friend-and-foe-terror-fight> (Son Erişim Tarihi: 24.12.2021)

B. ÇEŞİTLİ SUÇ TİPLERİ AÇISINDAN KONUNUN TARTIŞILMASI

1. Huzur ve Sükûnu Bozma Suçu (TCK m. 123)

Huzur ve sükunu bozma suçunun kişilerin huzurlu bir ortamda rahatsız edilmeden, belirli bir sükûnet, psikolojik rahatlık ve dinginlik içinde, rahatsız edilmeden yaşamını ve faaliyetlerini sürdürme ile bu şekilde manevi varlığını korumak ve geliştirme hak ve özgürlüğünün cezai yaptırımlar ile korunması olduğu belirtilmiştir.¹³¹ Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 123 üncü maddesinde düzenlenen suç "Huzur ve Sükunu Bozma Suçu" olarak adlandırılmıştır. Bu suç farklı ülkelerde genel olarak "disturbing the peace/breach of the peace"¹³² olarak geçmekle birlikte, Türk Ceza Kanunu'nun 123 üncü maddesinde düzenlenen suç İngilizce olarak "deterioration of peace and order"¹³³ şeklinde ifade edilmektedir.

Suçun 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki karşılığı 547 nci maddedir. Bu maddeye göre her kim, itidal ve muvazene haricinde veya çirkin ve ayıp görünen sair herhangi bir hali ile başkasını alenen incitir veya huzur ve rahatını ihlal ederse onbeş güne kadar hafif hapse veya para cezasına mahkûm olacaktır. Suçun, korunan konusu huzur ve sükûndur. Arapça kökenli bu iki sözcükten huzur kelimesi dirlik, baş dinçliği, gönül rahatlığı, rahatlık, erinç anlamlarını içermektedir. Sükûn sözcüğü ise sükûnet, erinç, huzur, rahat, durgunluk, dinginlik anlamlarını taşımaktadır. Anayasamızın 56/1 maddesine göre herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Yine Anayasanın 17 nci maddesi uyarınca herkes, madde ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Dolayısıyla bir anayasal hak olarak herkesin huzurlu bir ortamda, rahatsız edilmeden, belirli bir sükûnet, psikolojik rahatlık ve dinginlik içinde, rahatsız edilmeden yaşamını ve faaliyetlerini sürdürmek, bu şekilde manevi varlığını korumak ve geliştirmek hakkı bulunmaktadır.¹³⁴

¹³¹ Ümit Kocasakal, Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK 123), Ankara Barosu Dergisi, 2015 (2), (s. 111-146), s. 111.; Ayrıca bkz. Muharrem Özen; Atacan Köksal, Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 68 (2), 2019 (s. 479-527).

¹³² ABD'de bu şekilde kullanılmaktadır. Bkz. Disturbing the Peace, <https://www.findlaw.com/criminal/criminal-charges/disturbing-the-peace.html>; Fransız Ceza Kanunu'nun 222-16 maddesinde "de troubleur la tranquillite (to disturb the peace/huzuru bozmak)" olarak geçmektedir. Suçun zorunlu unsurlarından bir tanesi "yineleyen eylemler (réitérés)" olarak ifade edilmiştir. Bkz. French Code Penal, 2020, https://www.legislationline.org/download/id/8546/file/France_CC_am012020_fr.pdf

¹³³ Bununla birlikte Filipinler'de suçun bu şekilde ifade edildiği görülmektedir. Bkz. <https://www.officialgazette.gov.ph/1985/03/22/executive-order-no-1012-s-1985/> (Son Erişim Tarihi: 30.05.2022)

¹³⁴ Kocasakal, s. 115.



VR ve AR teknolojilerinin oluşturduğu yeni ortamda da kişilerin mevcut huzurlu durumlarını rahatsız eden, bozan eylemler nedeniyle şikayetçi olabileceği kabul edilmelidir. VR/AR ortamlarında bulunan bir kişinin oluşturduğu gürültü ile fiziki dünyada bir başkasını rahatsız etmesi halinde mevcut ceza kanunu maddelerinin uygulanması mümkün olacaktır. Buna karşılık huzur ve sükûnu bozma suçunun tamamen sanal ortamlarda yaşanan eylemler nedeniyle uygulanabilir olup olmadığı açık değildir. TCK'nın 123 üncü maddesinde düzenlenen huzur ve sükûnu bozma suçunun sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla belirli bir kimseye ısrarla telefon edilmesi veya gürültü yapılması ya da hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması şeklinde gerçekleştirilmesi aranmaktadır. VR/AR ortamlarında sırf huzur ve sükûnu bozma amacıyla bir kimseye karşı hukuka aykırı bir davranışta bulunulması unsurunun oluşup oluşmadığının tartışılması mümkündür. Suç ile korunan “huzur” ve “sükûn” halinin, Metaverse ve sayısız VR/AR platformlarında vakit geçiren bireyin “olağan hali” için de kabul edilmesi mümkündür. Burada kendi halinde vakit geçiren örneğin sanal mağazaları dolaşan birisinin sanal ortamda da olsa sırf huzur ve sükûnunu bozma gayesiyle hareket edilmesi halinde örneğin gürültü yapılması halinde bu suçun uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmalıdır. Mevcut haliyle TCK'nın 123 üncü maddesinin fiziki ortama taşınmayan bu tür rahatsızlıklar için uygulanması mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte, sanal ortamlardaki rahatsızlık eylemlerinin gerçek dünyaya taşınan psikolojik ve fiziksel etkiler doğurabildiği de ortadadır. İnsanların yaşam kalitesini etkileyen, onları olmak istedikleri ortamlardan uzaklaştıran rahatsızlık verici sanal davranışların VR/AR üreticileri tarafından dikkate alınarak sanal müeyyide ve tedbirlere başvurulması ilk bakışta daha makûl görünmektedir. Bununla birlikte, bu tür ortamların her geçen gelişmesi ve çeşitlenmesi ile bu ortamlarda geçirilen vaktin de artmasıyla birlikte bize göre bu tür ortamlarda gerçekleştirilen gürültü ve diğer huzur/sükûnu bozucu eylemlere ilişkin de cezaî düzenlemelerin yapılmasının tartışılmasında fayda bulunmaktadır. Bu noktada en büyük sorunun, suç failine ulaşma ve yetki konuları olduğu da dikkate alınmalıdır.

2. Söz Atma, Cinsel Saldırı, Cinsel Taciz ve Sarkıntılık Suçları

a. VR/AR ortamlarında Yaşanan Vaka Örnekleri

1990'lı yıllarda metin tabanlı çok kullanıcı bir oyun olan LambdaMOO'da oyuncular avatarları ile etkileşim kurmaktaydı. Oyundaki bir alt programdan yararlanılan Mr. Bungle, Mart 1993'te avatarlı bir kullanıcı, alt programı etkisiz hale getirdikten, oyundaki diğer avatarların yerine geçerek Mr. Bungle isimli avatarın kendilerine nasıl cinsel saldırıda bulunduğunu anlatmaya başladı. Ayrıca “legba” avatarlı bir başka kullanıcıyı da cinsel ve şiddet içeren eylemlere zorladı. Legba gerçek hayatta Pensilvanya'da bir doktora öğrencisiydi ve bu olaydan dolayı kendini aşağılanmış hissettiğini söyledi. Mr. Bungle isimli ava-

tar oyundan atıldı. Ancak Mr. Bungle, birkaç gün sonra “Dr. Jest” adıyla yeniden oyuna dahil oldu. Son derece aşağılayıcı ifadeler kullanan avatar, oyunda yer alan diğer avatarları psikolojik olarak olumsuz etkilemiştir.¹³⁵

2016 yılında Jordan Belamire isimli kişi ‘Quivr’ isimli sanal gerçeklik oyununu “çok oyunculu modunda” oynuyordu ve yabancılarla zombileri vuruyordu. Bu sırada oyuna katılan, robot görümlü “BigBro442” isimli bir başka kullanıcı, sanal ortamda Belamire’in kasıklarına ovmak suretiyle taciz etti. 30 yaşındaki Jordan Belamire “gerçek hayatta da el ile taciz edildiğini, sanal ortamda uğradığı tacizin bundan farkının olmadığını, her ikisinde de şok ve iğrenme hissettiğini” söyledi.¹³⁶ Jordan Belamire, sanal ortamda rızası dışında gerçekleşen bu taciz eylemi nedeniyle oyun geliştiricisi platforma şikayette bulunur. Oyun geliştirici bu şikayet sonrasında, bir kişisel koruma zırhı (power gestures) geliştirmiş ve bu tür durumlarda sanal ortamda vücutların “kişisel balon/kabarcık (personal bubble)”¹³⁷ yoluyla koruma altına alınmasını mümkün kılmıştır.¹³⁸

Facebook tarafından “Metaverse” dünyasının hayata geçirilmesi sonrasında “Horizon Worlds” sanal oyununda bir kadın 26 Kasım 2021 tarihinde oyuna katıldıktan 60 saniye içinde sözlü ve sanal temas ile cinsel tacize uğradığını iddia etmiştir. Mağdur, avatarına yapılan bu saldırı sonrasında gerçek bir korku yaşadığını belirtmiştir.¹³⁹ Bu saldırı sonrasında Horizon Worlds ve Horizon Venues’de “kişisel sınır (personal boundary)” özelliği tanıtılmış ve uygulamaya geçirilmiştir. Uygulamanın amacı avatarları meta veri tabanında istenmeyen yakınlıktan korumak olarak açıklanmıştır. Kişisel sınır, avatarların birbirine belirli bir mesafede yaklaşmasını engellemekte ve insanlar için daha fazla ki-

¹³⁵ A Rape in Cyberspace, <https://cs.stanford.edu/people/eroberts/cs181/projects/controlling-the-virtual-world/history/rape.html> (Son Erişim Tarihi: 21.05.2022)

¹³⁶ Sara Ashley O’Brien, She’s been sexually assaulted 3 times, once in virtual reality, October 26, 2016, <https://money.cnn.com/2016/10/24/technology/virtual-reality-sexual-assault/index.html> (Son Erişim Tarihi: 21.05.2022)

¹³⁷ “Personal bubble” terimi kişinin, bireysel alanını tanımlamak için kullanılan bir terim. Bir kişiyi çevreleyen, potansiyel duygusal veya fiziksel tehditlere karşı tampon görev gören ve başkalarıyla iletişimde korunacak mesafeyi belirleyen hayali, özel bölgeyi ifade etmektedir. Kabarcığın boyutu farklı durum ve kişilere göre değişkenlik göstermektedir. Bkz. American Psychological Association Dictionary, Bubble Concept of Personal Space, <https://dictionary.apa.org/bubble-concept-of-personal-space>; Ayrıca bkz. Personal Bubble, <https://www.urbandictionary.com/define.php?term=personal%20bubble> (Son Erişim Tarihi: 21.05.2022)

¹³⁸ Game Developer Saddened by Virtual Reality Sex Assault: ‘This Must Never Happen Again’, October 26, 2016, <https://time.com/4545943/virtual-reality-sex-assault-developer/> (Son Erişim Tarihi: 21.05.2022)

¹³⁹ Tanya Basu, The Metaverse has a groping problem already, December 16, 2021, <https://www.technologyreview.com/2021/12/16/1042516/the-metaverse-has-a-groping-problem/> (Son Erişim Tarihi: 21.05.2022)



şisel alan oluşturmaktadır. Böylece kullanıcılar istenmeyen etkileşimlerden kaçınabilmektedir.¹⁴⁰

b. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

Sarkıntılık suçu (molestation), 765 sayılı TCK'nın¹⁴¹ ilk halinde yer almamıştı. Uygulamada bu konuda eksiklik ihtiyacı duyan kanun koyucu, 08.06.1933 tarih ve 2275 sayılı yasal düzenleme ile 765 sayılı TCK'nin 421 inci maddesine sarkıntılık suçunu eklemiştir. 765 sayılı TCK uygulamasında, bedensel temas içermeyen sırnaşık davranışlar ile bedensel temas içeren ani nitelikteki, kesik ve devamlı olmayan cinsel davranışlar “sarkıntılık suçu” kapsamında ele alınmıştır.¹⁴²

Buna karşılık 5237 sayılı TCK'da “söz atma” ve “sarkıntılık” eylemleri ayrı başlıklarda yer almıştır. 5237 sayılı TCK, bedensel temas içermeyen sözle, yazıyla ya da diğer hareketlerle gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışları TCK'nın 105 inci maddesi kapsamında “cinsel taciz” suçu olarak nitelendirmiştir.¹⁴³ Bedensel temas içeren cinsel davranışlar, 5237 sayılı TCK'da, mağdurun yaşına göre, “basit cinsel saldırı” ya da “basit cinsel istismar” suçu olarak kabul edilmektedir.¹⁴⁴ 5237 sayılı TCK'nın 102 ve 103 üncü maddelerinde tanımlanan “cinsel saldırı” ve “cinsel istismar” suçlarının temel şekli ile TCK'nın 105 inci maddesinde tanımlanan “cinsel taciz” suçu arasındaki ayırım ölçütü, ‘fiziksel temas’ olarak öne çıkmaktadır. TCK'nın 105 inci maddesinde tanımlanan ‘cinsel taciz’ suçunun oluşabilmesi için mağdurun vücuduna fiziksel bir temas söz konusu değildir.¹⁴⁵ Buna karşılık, cinsel arzuların tatmini amacıyla yönelik olarak mağdurun vücuduna fiziksel temasta bulunulması halinde, mağdurun çocuk olup olmamasına göre TCK'nın 102 veya 103 üncü maddelerinde tanımlanan suçlardan biri uygulama alanı bulacaktır. 18 Haziran

¹⁴⁰ Adi Robertson, Meta is adding a ‘personal boundary’ to VR avatars to stop harassment, February 4, 2022, <https://www.theverge.com/2022/2/4/22917722/meta-horizon-worlds-venues-metaverse-harassment-groping-personal-boundary-feature> (Son Erişim Tarihi: 21.05.2022)

¹⁴¹ Kanun No: 765 Kabul Tarihi: 1 Mart 1926, Resmi Gazete: 13 Mart 1926, 320. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 12/1-b ve 13/1-b maddeleri gereğince 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren yürürlükten kalkmıştır.

¹⁴² Mehmet Emin Artuk, Cinsel Taciz ve Ceza Hukuku, Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Y. 1994, V. 49, I. 3, (s.31-50), s. 38. (Artuk, 1994)

¹⁴³ Eylem Baş, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, S. 65, I. 4 (s.1135-1215), s. 1155 vd.

¹⁴⁴ Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 2012/11724 Esas ve 2014/8294 sayılı Karar, 18 Haziran 2014.

¹⁴⁵ Baş, s.1160. ; Beliz Timur, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Taciz Suçu, Antalya Bilim Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2021., s. 39.

2014 tarihinde yapılan 6545 sayılı Kanun¹⁴⁶ değişikliği ile TCK'nın 102 ve 103 üncü maddelerine “sarkıntılık düzeyinde” kalan eylemlere ilişkin temel cezanın daha düşük düzeyde belirlenmesi esası getirilmiştir.

Sarkıntılık suçu 765 sayılı TCK döneminde münferit bir suç olarak düzenlenmişti.¹⁴⁷ Bu dönemde uygulamada sarkıntılığın ne olduğu Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı ile belirlenmişti. Bu kararda sarkıntılık suçu şu şekilde tanımlanmıştır:¹⁴⁸

“Sarkıntılık; belirli bir kimseye karşı işlenen, o şahsın edep ve iffetine dokunan ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren, şehvet kastıyla işlenen edepsizce davranışlardır. Fail ile mağdurenin vücutlarının teması şart değildir. Islık çalmak, mağdurun peşinden giderek sırnaşıkça hareketlerde bulunmak, cinsel organını göstermek veya mağdurun cinsel organını seyretmek, birden fazla aşk mektubu yazmak, çimdik atmak, el-kol işaretleri ile cinsel ilişkide bulunmayı önermek gibi hareketler sarkıntılık suçunu oluşturmaktadır. Tasaddi (ırz ve namusa sataşma) ise; mağdur üzerinde işlenen ve cinsel birleşme kastı taşımayan, devamlılık gösteren şehvi hareketlerdir. Sarkıntılık suçunda ani ve kesiklik gösteren hareketler, tasaddi fiilinde süreklilik kazanmakta ve ısrarla sürdürülmektedir. Fail, şehvi hislerinin tatmini için, yoğunlaşmış ve süreklilik arz eden hareketlerde bulunmaktadır.”

Dolayısıyla bu dönemde “sarkıntılık suçu” oluştuğunun kabulü için “fiziksel temasta bulunulması” aranan bir şart değildi.¹⁴⁹ Sarkıntılık, “bir şahsa karşı, onun rızası hilafına olarak şehvet maksadıyla söz, fiil ve hareketle, edep ve iffete tecavüz teşkil edecek surette ve fakat ırza tecavüz ve tasaddi cürümlerine veya bunların teşebbüsüne varmayacak” eylemler olarak kabul edilmekteydi.¹⁵⁰ Buna karşılık 5237 sayılı TCK cinsel dokunulmazlığa karşı suçları sınıflandırırken vücut temasını esas aldığından, 765 sayılı TCK döneminde “fiziksel temas” olmaksızın gerçekleşen sarkıntılık eylemleri, 5237 sayılı TCK'nın 105 inci maddesi kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁵¹

¹⁴⁶ Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No: 6545, Kabul Tarihi: 18 Haziran 2014, Resmi Gazete: 28 Haziran 2014, 29044.

¹⁴⁷ 765 sayılı TCK madde 421: “Kadınlara ve erkeklere söz atanlar üç aydan bir seneye ve sarkıntılık edenler altı aydan iki seneye kadar hapsolünür.” Maddenin ilk metninde yer alan “genç erkeklere” ifadesini Anayasa Mahkemesi 20 Mart 2002 tarihinde iptal etmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 2000/39 Esas, 2002/35 sayılı Karar, 20 Mart 2002., Resmi Gazete: 1 Haziran 2002, 24772.

¹⁴⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, 1990/5-343; 1990/361 sayılı Karar, 24 Aralık 1990.

¹⁴⁹ Artuk, 1994, s. 38.

¹⁵⁰ Sulhi Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983., s. 190.

¹⁵¹ Timur, s. 29.



5237 sayılı Kanun'da 2014 yılında 6545 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen değişikliklerin ilk halinde 'sarkıntılık' ibaresi yerine, 'suçun ani hareketle işlenmesi' tabiri tercih edilmişti. Bu düzenleme sarkıntılık fiilinin fiziksel bir temas ile gerçekleştirilmesi, bu fiziksel temasın cinsel davranışlarla ve temasın suçun temel cezasındaki derecesine ulaşmaksızın, ani ve hareketler yönünden kesintili olarak oluşması esasına dayanmaktaydı. Bununla birlikte 6545 sayılı Kanun değişikliği ile 'suçun ani hareketle işlenmesi' düzenlenmesinden vazgeçilmiş ve 'sarkıntılık' ifadesinin kullanılmasına karar verilmiştir.¹⁵² Bu ifade hem cinsel saldırı suçunun düzenlendiği TCK'nın 102 nci; hem de çocukların cinsel istismarı suçunun düzenlendiği 103 üncü maddede yer almıştır. Suçun temel şekline göre daha az cezayı gerektiren bir hâl olarak düzenlenen sarkıntılık, her somut olayda eylemin yoğunluğu, etkisi ve devam süresi dikkate alınarak belirlenecektir.¹⁵³ 765 sayılı TCK döneminden farklı olarak TCK'nın 102 ve 103 üncü maddelerine esas sarkıntılık eylemlerinde fiziksel temas aranacaktır. Bu nedenle VR/AR ortamlarında gerçekleşen cinsel eylemlere TCK'nın 102 ve 103 üncü maddelerinin uygulanması mümkün değildir. Buna karşılık cinsel taciz suçunun düzenlendiği TCK'nın 105 inci maddesinde fiziksel temas aranmamaktadır. Cinsel tacizin tanımı yapılmamıştır. Ancak TCK Tasarısı Gerekçesi'nde cinsel taciz için "cinsel yönden, ahlâk temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi" tanımı yapılmıştır. Fail cinsel davranışlarla mağduru söz, yazı, el-kol ve vücut hareketleri gibi fiziksel teması söz konusu olmadığı yollardan rahatsız ederek bu suçu işleyebilecektir. Cinsel taciz suçunda korunan hukuksal değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır. Suçun faili veya mağduru herkes olabilir.

VR/AR ortamlarında avatar yahut karakterlere ilişkin bu suçun işlenmesi durumunda TCK'nın 105 nci maddesi uygulanabilecek midir? VR/AR ortamında gerçekleşen cinsel taciz eyleminin kişinin cinsel dokunulmazlığına karşı işlenip işlenmediği ve suçun mağdurunun gerçek kişi olup olmadığı açık değildir. Mağdura yönelik bedensel temas içermeyen yazılı, sözlü veya işaretlemlerle gerçekleştirilen davranışlar cinsel taciz suçuna vücut verebilmektedir. Ayrıca cinsel taciz suçu "serbest hareketli bir suç" olup, Yargıtay kararlarına göre telefon, internet yahut sosyal medya üzerinden işlenebilmektedir. Cinsel saldırıda bulunacağına söylenip gerçekleştirilmemesi halinde, sarkıntılık suçu oluşmaz.¹⁵⁴ Bu halde cinsel taciz suçu oluşacaktır. Bu nedenle VR/AR ortamlarındaki rıza dışı cinsel eylemleri cinsel taciz olarak değerlendirmenin mümkün olabileceğini düşünüyoruz. Suç şikayete tabi bir suç olarak düzenlenmiştir.

¹⁵² Adem Sözüer, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bağlamında Çocukların Cinsel İstismarı Suçuna İlişkin Bir Değerlendirme, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Yayınları, Ocak 2015 (s. 13-33), s. 17.

¹⁵³ Timur, s. 36.

¹⁵⁴ Ersan Şen, Sarkıntılık Suçu, 26 Haziran 2019, <https://www.hukukihaber.net/sarkintilik-sucu-makale,6797.html> (Son Erişim Tarihi: 12.04.2021)

Mağdurun rızası dâhilinde gerçekleşen eylemler “sarkıntılık” ya da “cinsel taciz” suçlarını oluşturmayacaktır. TCK’nın 105/2-d maddesinde suçun posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranında artırılması esası benimsenmiştir. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 3/1-h uyarınca elektronik haberleşme “elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektomekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması” olarak tanımlanmıştır. VR/AR ortamlarının bu işlevi gördüğünde şüphe bulunmamakla birlikte, bu platformların temel niteliği “elektronik haberleşme” sağlamak değildir. Bu yüzden kullanılan VR/AR platformunun “elektronik haberleşme aracı” olarak kabul edilip edilmeyeceği açık değildir. Bize göre maddenin genel amacının yaşanan teknolojik değişimler nazara alınarak tayininde fayda bulunmaktadır. Bu tür bir kabul halinde, VR/AR platformları yoluyla cinsel taciz eylemlerine ilişkin de ceza artırımı yapılması söz konusu olacaktır.

Ayrıca tipiklik unsuru nedeniyle mevcut halleriyle VR/AR ortamlarında işlenen eylemlere uygulanamayan cinsel saldırı (sexual assault) ve tecavüz (rape) suçları ile tasaddi (indecent assault) gibi suç tiplerine yönelik olarak da VR/AR ortamlarında işlenen eylemlerin değerlendirilmesi ve buna uygun yasal düzenlemeler yapılmasının tartışılmasında fayda olduğunu düşünüyoruz.

3. Alenen Hayasızca Hareket ve Müstehcenlik Suçu (TCK m. 225 ve m. 226)

a. ABD hukukunda Alenen Hayasızca Hareket ve Müstehcenlik Kavramları

ABD hukukunda pornografi (pornography) ve müstehcenlik (obscenity) terimleri birbirinden ayrılmıştır. Pornografi genel olarak cinsel uyarılma amacıyla çıplaklık ve cinsel eylemleri gösteren materyalleri ifade etmektedir. Pornografi diğer medya biçimlerinin yanı sıra fotoğraf, video, yazılı materyal, ses kaydı veya animasyonu kapsamaktadır. Bununla birlikte medyanın bir parçasında çıplaklık veya cinsel eylem içeren materyal –cinsel uyarımdan bir başka bir amaçla yer alıyorsa- pornografik olarak nitelendirilmeyecektir.¹⁵⁵ ABD’de genel olarak pornografik materyallerin satın alınması ve erişilmesi yasal kabul edilmektedir. Buna karşılık çocuklara pornografik materyaller dağıtılması ile müstehcenlik suç olarak kabul edilmiştir. Ayrıca, çocuk pornografisi çocuk cinsel istismarının bir biçimi olarak kabul edilmiş ve çocuk pornografisi içeren herhangi bir görüntünün üretilmesi, dağıtılması, ithali, alınması ve bulundurulması yasaklanmıştır.¹⁵⁶

¹⁵⁵ David L. Hudson, Obscenity and Pornography, <https://www.mtsu.edu/> (Son Erişim Tarihi: 22.05.2022)

¹⁵⁶ Child Pornography, <https://www.justice.gov/criminal-ceos/child-pornography> (Son Erişim Tarihi: 22.05.2022)



Müstehcenlik (obscenity) ABD Anayasası'nda ifade özgürlüğünü içeren Birinci Değişiklik kapsamında korunmaz ve genel olarak federal/eyalet yasaları ile suç olarak düzenlenmiştir. Müstehcen materyallerin sadece çocuklara değil, genel olarak dağıtımı, satılması, taşınması, gönderilmesi, postalanması, üretilmesi federal yasalarca yasaklanmıştır.¹⁵⁷

ABD mahkemeleri, verilen materyalin müstehcen olup olmadığını belirlemek için genellikle Miller testi olarak adlandırılan üç yönlü bir test kullanır. 1973 yılında verilen Miller v. California kararında¹⁵⁸ pornografi ve müstehcenlik (obscenity) kavramlarının ayrımı ve sınırları çizilmiştir. Bu davada, posta yoluyla cinsel içerikli ürünlerin tanıtımını yapan davalının Kaliforniya Kanunları'nda düzenlenen müstehcen içeriği yaydığı belirtilmiştir. Mahkemeye göre izleyicide cinsel tahrik oluşturma amaçlı sunulan ifade ve görüntüler 'pornografi'; ahlâksız, rahatsız edici, iğrenç ve cinsel istismar barındıran ifade, görüntü veya eylemler ise 'müstehcen (obscenity)' olarak nitelendirilmelidir.

Miller v. California kararında, Mahkeme müstehcenliği belirlerken üç aşamalı bir test uygulamıştır: (i) İlk aşamada içinde bulunduğu toplumun değerlerine sahip, ortalama, sıradan bir kişi sunulan içeriğe şehvi bir his duymakta mıdır, bu husus belirlenecektir. Bu aşamada kişi esas alınarak bir değerlendirme yapılacaktır. (ii) İkinci aşamada, sunulan içeriğin kanunlara göre müstehcen olup olmadığına bakılacaktır. Sunulan içerik, kanun tarafından açıkça rahatsız edici şekilde tasvir edilmiş midir? Burada toplum esas alınarak bir değerlendirme yapılacaktır. (iii) Üçüncü olarak ise sunulan içeriğin bir bütün olarak edebi, sanatsal, politik veya bilimsel bir değeri olup olmadığı hususu değerlendirilecektir. Şayet sunulan içerik ciddi bir edebi, sanatsal, politik veya bilimsel bir değer ifade etmiyor ve içerik ortalama bir kişide şehvi bir his uyandırıyor ve bu içerik toplum nezdinde de açıkça müstehcen olarak değerlendiriliyorsa, artık sunulan içeriğin 'müstehcen (obscenity)' olduğundan bahsedilecektir.

Buna karşılık ABD mahkemelerince yasak olan sınırlar konusunda farklı kararlar verilmiştir. 1975 yılında verilen Erznoznik v. Jacksonville davasında, halka açık bir arabalı sinemada müstehcen içerikli filmlerin gösterilmesi film yapımcısı ve eser sahiplerinin ifade özgürlüğü kapsamında kabul edilirken, 2005 yılında verilen People v. Huffman kararında davalının 46.000 aboneli bulunan kablolu televizyon kanalında yüz şeklinde işaretlenmiş kısmi çıplaklık Michigan yasalarınca alenen hayasızca hareket (indecent exposure) olarak kabul edilerek cezalandırılmıştır.

ABD'de Yüksek Mahkeme tarafından 1991 yılında verilen Barnes v. Glen Theatre kararında, hükümetin striptiz kulüplerinde dahi dans etmenin bir par-

¹⁵⁷ Obscenity, <https://www.justice.gov/criminal-ceos/obscenity>

¹⁵⁸ Miller v. California, 413 U.S. 15, June 21, 1973.

çası olsa da, çıplaklığı derecelendirme konusunda anayasal yetkiye sahip olduğu belirtilmiştir.¹⁵⁹

b. Hayasızca Hareket Suçu (TCK m. 225)

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" kısmının birinci bölümünde 419; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Genel Ahlâka Karşı Suçlar" kısmında 225 inci maddede hayasızca hareket suçu düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'nın 419 uncu maddesinde "alenen hayasızca vaz'u harekette bulunma"; 225 inci maddede ise "alenen cinsel ilişkide bulunan veya teşhircilik yapma" cezalandırılmıştır. Her iki maddede de suçun oluşması için aleniyet şarttır.¹⁶⁰ Aleniyetten bahsedilebilmesi için suç konu eylemin gerçekleştiği sırada, görülme yahut görülebilme kabiliyetinin bulunması aranır. Görülebilme kabiliyeti; umuma açık, herkesin girebileceği yerlerde eylemin gerçekleştirilmesine işaret etmektedir.¹⁶¹ Aleniyet için aranan temel ölçüt, fiilin, gerçekleştiği koşullar itibarıyla belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olmasıdır.¹⁶² Yargıtay kararlarında da bilhassa haberleşenin gizliliğini ihlale ilişkin 132 nci maddenin üçüncü fıkrası kapsamında verilen kararlarda aleniyet "belirli olmayan ve birden fazla kişi tarafından algılanabilme imkanı bulunan aleni bir ortam" şeklinde ifade edilmiştir.¹⁶³ Yargıtay 18. Ceza Dairesi tarafından TCK 225 inci maddesi kapsamında verilen bir kararda¹⁶⁴ aleniyet "belirsiz sayıdaki kişilerin suçu oluşturan hareketi görmelerine olanak sağlayan herhangi bir araç kullanmak suretiyle suçun işlenmesi" olarak ifade edilmiş ve yapılan hareketin görülüp görülmediğinin önemli olmayıp, görülebilme olanağının bulunmasının yeterli olduğu belirtilmiştir. Kişilerin özel bir çaba göstermek suretiyle eyleme vakıf olmaları halinde aleniyetten söz edilemeyecektir.

TCK'nın 225. Maddesi düzenlemesinde, "cinsel ilişkide bulunma" ve "teşhircilik" şeklinde iki seçimlik harekete yer verilmiş ancak bu hareketler tanımlanmamıştır. Teşhircilik, ahlâk, ar ve haya duygularına zarar verecek şekilde belirsiz bir veya birden fazla kişiye vücudun mahrem sayılan bölgelerini sergi-

¹⁵⁹ Barnes v. Glen Theatre, 501 U.S. 560, January 21, 1991

¹⁶⁰ Yunus Anıl Ay, Müstehcenlik Suçu, Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017., s. 58 ve 75.

¹⁶¹ Ay, s. 58.

¹⁶² Türk Ceza Kanunu Madde Gereçekleri, 84 üncü Madde Gereçekçi. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekciler/turk-ceza-kanunu-madde-gerekceleri/1>

¹⁶³ Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 2013/15267 Esas; 2014/9012 sayılı Karar, Karar Tarihi: 14.04.2014.

¹⁶⁴ Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 2016/16129 Esas, 2018/14579 sayılı Karar, Karar Tarihi: 07.11.2018.



lemektir.¹⁶⁵ Teşhir kelimesi gösterme, sergileme; teşhircilik ise sergilemecilik anlamını taşımaktadır.¹⁶⁶ Teşhir etmenin cinsel nitelik taşıması da gerekli bir şart olarak aranmaktadır. Teşhircilik eyleminde de, aleniyet zorunlu bir unsur olarak yer almaktadır. Bu suçların koruduğu hukuksal değer toplumun edep, iffet, haya, ahlak temizliği, cinsel nitelikteki utanma ve ar duygularıdır.¹⁶⁷ Bu manada kanunun amacı bizatihi cinsel ilişki ya da teşhircilik fiillerini cezalandırmak olmayıp; bu fiillerin alenen işlenmesi suretiyle toplumun edep ve iffet duygularına yapılan saldırının önüne geçmek olarak ifade edilmiştir.¹⁶⁸ Bu husus madde gerekçesinde de belirtilmiştir. Madde gerekçesine göre TCK 225 inci madde düzenlemesi ile toplum kültürünün önemli bir kısmını oluşturan edep, iffet, ar ve haya duyguları, edep töreleri korunmakta ve bu değerlere saldırı niteliği taşıyan hareketler yasaklanmaktadır.

VR/AR ortamlarında işlenen bu neviden eylemler için de “belirsiz sayıda kişi tarafından görülebilme” imkanının oluştuğu, dolayısıyla aleniyetin gerçekleştiği varsayılabilir. Buna karşılık TCK’nın 225 inci maddesi “Genel Ahlâka Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. TCK’nın 225 inci madde düzenlemesinde toplumun olağan hareketi esnasında istenmeyen ve toplumun ar ve haya duygularını inciten bir davranış sergilenmektedir. Bu davranış, maddede “alenen cinsel ilişkide bulunma” ve “alenin teşhircilik yapma” olarak belirtilmiştir. İnternet veya VR/AR ortamlarında gerçekleştirilen bu türden eylemlerin, toplumun genel ahlakının korunması amacı kapsamında değerlendirilmesi halinde, bu madde kapsamında cezalandırılması mümkün olacaktır. Bununla birlikte genel olarak internet ve sanal ortamın özellikleri dikkate alındığında, bu ortamlar genel olarak kullanıcılar tarafından bilinçli olarak kendi tercihleri ile girilen ortamlar olarak nitelendirilebilir. Maddenin düzenleme amacının, bu ortamları da kapsayacak şekilde genişletilip genişletilmeyeceği hususu, her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir. VR/AR kullanımının artmasıyla birlikte olağan kullanımda bu ortamlarda bu türden davranışlarla karşılaşılacağı savıyla hareket edilmesi durumunda, bu türden hayasızca hareketlerle karşılaşılması halinde madde uygulaması gündeme gelebilecektir. Buna karşılık internet üzerinden erişilebilen çok sayıda cinsel içerikli ve teşhircilik içeren site bulunduğu dikkate alındığında bu suçun oluşmasının çok güç olduğu da belirtilmelidir. VR/AR ortamlarındaki avatar temsilleri dikkate

¹⁶⁵ Özge Duman, Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019., s. 26.

¹⁶⁶ Bkz. Türk Dil Kurumu, Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>

¹⁶⁷ Hazal Algan Canseven, Hayasızca Hareketler Suçu (TCK m. 225), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 10 (1), 2022 (s. 235-279), s. 239.

¹⁶⁸ Faruk Erem, Hümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. 3, Özel Hükümler, AÜHF Yayınları, 1985, s. 217.; Dönmezer, Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Filiz Yayınları, 1983, s. 149.

alındığında, VR/AR ortamlarında işlenen eylemlerin bu haliyle bu suça vücut veremeyeceği de belirtilmelidir.

c. Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226)

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" kısmının birinci bölümünde 426, 427 ve 428 inci maddelerinde; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Genel Ahlâka Karşı Suçlar" kısmında 226 ncı maddesinde "müstehcenlik" eylemleri suç olarak düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde, müstehcenlik kavramının içeriğinin belirlenmesinde, toplumda egemen olan değer ölçüleri ile hayasızca hareketler kavramına yönelik olarak yapılan açıklamaların göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Esasen hayasızca hareketler, müstehcenliğin ön safhasında yer almaktadır.¹⁶⁹ Bir başka ifade ile "müstehcen" olarak nitelendirilen eylemler esasen "hayasızca hareketlerden" oluşmaktadır. Bununla birlikte TCK'nın 226 ncı madde düzenlemesinde genel bir "aleniyet" unsuru yerine; her bir fıkrada belirtilen ve esasen yazılı, görsel ya da işitsel bir içerik olarak kişilere ya da topluma sunulmayı içeren davranışlardan bahsedilmiştir. Bu suçun oluşabilmesi için içeriği meydana getiren kişinin, bunu başkalarının da okuyabilmesi, görebilmesi ya da tüketebilmesi için hazırlaması gerekir.

Müstehcenlik suçu, topluma karşı suçlar kısmında ve genel ahlâka karşı suçlar bölümünde yer almaktadır. Genel ahlâk, belli bir zamanda, bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlâk kurallarıyla ilgili davranışları gösteren değer yargıları toplamıdır.¹⁷⁰ Anayasa Mahkemesi de farklı kararlarında genel ahlâkı "Belli bir zamanda bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlâk kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılan bir anlam" olarak tanımlamıştır.¹⁷¹

Müstehcenlik tanımı 5237 sayılı TCK'da yer almamıştır. 765 sayılı TCK'nın 426 ncı maddesinde ise müstehcenlik "Halkın ar ve hayâ duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlâka aykırı davranışlar" şeklinde tanımlanmıştır. Müstehcen kelimesi, sözlük anlamı itibariyle, açık saçık, edebe aykırı, yakışsız, çirkin sayılan anlamlarını taşımaktadır. Bu durumda, müstehcen olan ya da müstehcenliğe karşılık gelen her şeyin, genel olarak, ahlâka ama özellikle de, bireylerin kolektif ahlâkına ya da toplumun genel ahlâkına da aykırılık oluşturduğu kabul edilmektedir.¹⁷² Bu nitelendirme yapılırken yukarıda ifade edilen ABD mahkemelerince verilen kararlar ile ortaya konulan esaslardan faydalanılması da mümkündür.

¹⁶⁹ Ay, s. 75.

¹⁷⁰ Ay, s. 42.

¹⁷¹ Anayasa Mahkemesi Kararı, 1963/128 Esas, 1964/8 sayılı Karar, 28 Ocak 1964.

¹⁷² Ay, s. 3-4.



VR/AR ortamlarının müstehcen ürünlerin satışı, kiraya arzı, dağıtılması ve reklamı için kullanılması durumunda TCK'nın 226 ncı maddesindeki suçun oluşması söz konusu olabilecektir. Yine VR/AR ortamlarında temsili çocuk görüntülerinin veya çocuk gibi görünen kişilerin kullanılması durumunda da, faillerin beş yıldan, on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması gündeme gelecektir.¹⁷³ Çocuk pornografisinde, çocuk kullanılmış ise gerçek bir mağdur bulunmaktadır. Bununla birlikte ortada gerçek bir çocuğun olmasının şart olmadığı, cinsel faaliyete katılan çocuk olmasa hatta görüntüye sonradan eklenmiş olsa bile, çocuğu anımsatan çocuk taklidi yapılması, çocuk figürlü çizgi film yapılması halinde de suçun oluştuğu belirtilmiştir.¹⁷⁴ Günümüz teknolojisinde gerçek çocuğa gerek olmadan çocuk pornografisi üretilebilir hale gelmesi, maddenin de bu şekilde düzenlenmesini gerekli kılmıştır. Çocuk gibi görünen kişiler kavramıyla, çocuk pornografisi içeriğinde on sekiz yaşından küçükmiş gibi giyinen ve bu şekilde davranan yetişkinler anlaşılmalıdır.¹⁷⁵ Bu yorum tarzı Birleşmiş Milletler, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol'ün 2/1-c,¹⁷⁶ Avrupa Konseyi Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi'nin 9 uncu maddesine de uygundur.

Çocuk pornografisinde son yıllarda fotoğraf ve filmler dışında grafik, çizim ve sanal temsiller ile de çocuk istismarı yapıldığı belirtilmektedir.¹⁷⁷ Ülkemizin de taraf olduğu Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi'nin 9 uncu maddesine göre; (i) Cinsel anlamda müstehcen bir eyleme reşit olmayan kişinin katılımı, (ii) Cinsel anlamda müstehcen eyleme reşit görünmeyen kişinin katılımı, (iii) cinsel anlamda müstehcen bir eyleme reşit olmayan kişinin katılımını gösteren

¹⁷³ Maddenin ilk halinde "Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanan kişi" ifadesi yer almaktaydı. 24/3/2016 tarihli ve 6698 Sayılı Kanununun 30 uncu maddesiyle, bu fıkrada yer alan "çocukları" ibaresi "çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri" şeklinde değiştirilmiştir.

¹⁷⁴ Füsün Sokullu Akıncı, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi, İstanbul, İÜHF, C. 59, S. 1-2, 2001, s. 37.

¹⁷⁵ Halil Cihan Yüzüğüllü, Müstehcenlik Suçu, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019., s. 205.

¹⁷⁶ İlgili düzenleme şu şekildedir: "Çocuk pornografisi, çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel uzuvlarının ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi" anlamına gelir. Bkz. Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography, May 25, 2000, Resolution A/RES/54/263 at the fifty-fourth session of the General Assembly of the United Nations, Entry into Force: 18 January 2002, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-rights-child-sale-children-child> (Son Erişim Tarihi: 20.08.2022).

¹⁷⁷ Michaela Pobořilová; Virtual Child Pornography, Masaryk University, Journal of Law and Technology, V. 5 (2), 2011 (s. 241-253).

ve gerçek olmasa da gerçek gibi algılanan görüntüler içeren pornografik materyaller “çocuk pornografisi” kabul edilerek yasaklanmıştır.

Bilgisayar teknolojisinin gelişimiyle çeşitli kaynaklardan elde edilmiş çeşitli görüntülerin birleştirilmesi ya da belli bir görüntü üzerinde değişiklikler yapma yoluyla gerçekte olmayan, sahte (pseudo) görüntüler elde edilebilmesi mümkündür. Yine “metamorphosing/morphing” adı verilen gelişmiş animasyon teknikleri sayesinde herhangi bir çocuk görüntüsü olmadan da yetişkin bir bedenin çocuk bedenine transferi söz konusu olabilmekte¹⁷⁸ ve böylelikle de sanal çocuk pornografisinin üretiminde çocuklara bile ihtiyaç duyulmamaktadır.¹⁷⁹ VR/AR ortamlarında gerçekte çocuk olmasa dahi, çocuk görünümü avatarlar yoluyla pornografik hareketlerde bulunulması eyleminin de TCK’nın 226/3 maddesinde düzenlenen “temsili çocuk görüntüleri” veya maddedeki ifadesiyle “çocuk gibi görünen kişileri kullanma” olarak kabul edilebileceğini düşünüyoruz.¹⁸⁰ Öte yandan TCK’nın 225 inci maddesinde düzenlenen haysızca hareket ve 226 ncı maddesinde düzenlenen müstehcenlik suçlarının tanımına VR/AR ortamlarında işlenen eylemlerin de dahil edilmesine yönelik düzenlemeler yapılması da tartışılabilir.

4. Siber Taciz Suçları ve Yüz Değiş Tokuşu (Deep Fake)

a. Genel Olarak Siber Taciz

Siber taciz, genel olarak elektronik ortamda belirli bir kişiye yönelik olarak gerçekleştirilen, bireyin mahremiyet hakkını ihlal eden, kişiye zarar vermeyi amaçlayan aşağılayıcı davranışlar olarak tanımlanmaktadır.¹⁸¹ Bu tür ortamlarda yapılan taciz eylemleri çevrimiçi taciz (online-harassment), siber zorbalık (cyber-bullying) ve siber taciz (cyber-harassment) olarak adlandırılmaktadır. Teknolojik araçların çeşitlenmesiyle birlikte siber ortamda gerçekleştirilen bu tür eylemler kışkırtma (flaming), aşağılama (denigration), ısrarlı takip (cyber-stalking), kişisel bilgilerin paylaşılması (doxing), cinsel içerikli görüntülerin gönderilmesi/alınması (sexting), cinsel içerikli görüntülerin rızaya aykırı olarak ifşası (revenge porn) gibi farklı sınıflandırmalara tabi tutulmuştur.¹⁸²

¹⁷⁸ Rikki Solowey, A Question of Equivalence: Expanding the Definition of Child Pornography to Encompass “Virtual” Computer-Generated Images, Tulane Journal of Technology & Intellectual Property, V. 4, 2002 (s. 161-201), s. 162.

¹⁷⁹ Şerife Çam, Çocuk Pornografisi Tartışmalarına İlişkin Sorular, Ankara Üniversitesi, İletişim Araştırmaları Dergisi, 2003 (s. 55-86).

¹⁸⁰ Aynı görüşte; Gülden Atilla Öztürk, Türk Ceza Kanunu’nda Müstehcenlik Suçu, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2018., s. 209.

¹⁸¹ Eylem Aksoy Retornaz, Bir Siber Taciz Biçimi: Cinsel İçerikli Görüntüleri Rızaya Aykırı Olarak İfşa Etme, Yayma, Erişilebilir Kılma veya Üretme Suçu (Revenge Porn ve Deep Fake, Oniki Levha Yayınları, Mayıs 2021., s. 9.

¹⁸² Aksoy Retornaz, s. 12-25.



Bu sınıflandırmalarda yer alan suçlar, bazı ülkelerde münferit suç olarak düzenlenmeye başlamasına rağmen¹⁸³ genel olarak Türkiye dahil pek çok ülkede münferit bir suç tipi olarak ceza kanunlarında yer almamaktadır. Türk hukukunda ısrarlı takip eylemlerinin münferit bir suç olarak düzenlenmesi 2 Mart 2021 tarihinde kamuoyuna açıklanan İnsan Hakları Eylem Planı'nda¹⁸⁴ yer almış, 12 Mayıs 2022 tarihinde TBMM'de kabul edilen 7406 sayılı Kanun ile yasalaşmıştır.¹⁸⁵ 7406 sayılı Kanun'un 8 inci maddesi ile TCK'ya eklenen 123/A maddesi ile ısrarlı bir şekilde; fiziken takip etmek ya da haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak suretiyle bir kimse üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olan failin altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Suç şikayete tabi bir suç olarak düzenlenmiştir (TCK m. 123/A-3).¹⁸⁶ Buna karşılık siber taciz kategorisinde sınıflandırılacak diğer suçlar yönünden henüz bir düzenleme girişimi mevcut değildir.

Siber taciz suçlarının konumuz açısından önem taşıyan ve son yıllarda artan en belirgin türünü "intikam pornosu (revenge porn)" olarak bilinen cinsel içerikli görüntülerin rızaya aykırı olarak ifşa edilmesi suçu oluşturmaktadır.

b. Yüz Değiş Tokuşu (Deep Fake) ve İntikam Pornosu (Revenge Porn)

Deepfake¹⁸⁷ teknolojileri, mevcut bir görüntü veya videoda yer alan bir kişinin, yapay sinir ağları kullanılmak suretiyle değiştirildiği medya türünü

¹⁸³ Aksoy Retornaz, s. 57-79.

¹⁸⁴ İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi, Nisan 2021, <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf> (Son Erişim Tarihi: 15.02.2022)

¹⁸⁵ Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No: 7406, Kabul Tarihi: 12 Mayıs 2022, Resmi Gazete: 27 Mayıs 2022, 31848.

¹⁸⁶ Alman Ceza Kanunu'nun 238 inci maddesi "Nachstellung (Stalking)" başlığı ile düzenlenmiştir. Buna göre bir kişi diğerinin ısrarla yakın alanında bulunur, iletişim araçları veya diğer araçlarla kendisi veya üçüncü kişiler aracılığıyla onunla iletişim kurmaya çalışır, onun kişisel bilgilerini kötüye kullanarak mal veya hizmet siparişinde bulunur veya üçüncü kişilerin bundan dolayı onunla iletişime geçmesine sebep olur veya onun veya yakınının yaşamını, vücut dokunulmazlığını, sağlığını veya özgürlüğünü tehdit eder veya buna benzer bir davranışta bulunursa veya bununla kişinin yaşam biçimini ağır derecede ihlal ederse, fail üç yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılacaktır. Suçun bu basit hali şikayete tabi kılınmıştır. Bununla birlikte savcılık ceza soruşturmasına geçilmesinde "özel kamu yararı (*eines besonderen öffentlichen Interesses/a special public interest*)" görürse, şikayet olmasa dahi soruşturma yapılması mümkün olacaktır. Bkz. German Criminal Code (Strafgesetzbuch-StGB), https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p2181 ve Angliegen, <https://www.schwerte.de/politik-verwaltung/verwaltung/anliegen-a-z/strafantraegestrafanzeige> (Son Erişim Tarihi: 30.05.2022)

¹⁸⁷ Deepfake, Türkçeye anlamı en doğru içerik şeklinde "yüz değiş tokuşu" şeklinde çevrilebilmektedir. Bununla birlikte makalede genel olarak 'deepfake' teriminin kullanımı tercih edilmiştir.

ifade etmektedir.¹⁸⁸ Deepfake'in önceki içerik değiştirmelerden ayıran görsel ve işitsel içeriği manipüle etmek veya oluşturmak için makine öğrenimi ve yapay zeka tekniklerini kullanmasıdır. Deepfake kelimesi "deep learning (derin öğrenme)" ve "fake (sahte)" kelimelerinin birleşimi ile oluşturulmuş bir terimdir.¹⁸⁹ Deepfake teriminin ilk kullanılmaya başlamasından bir yıl önce 2016 yılında bir yüz değişikliği uygulaması (FaceApp) piyasaya sürülmüştür. Uygulama, selfie'nizi değiştirmek için gözlük takma, makyaj veya saç rengi değiştirmek gibi seçenekler içeriyordu. Aynı yıl Stanford Üniversitesi araştırmacıları tarafından Face2Face uygulaması piyasaya sürülmüştür.¹⁹⁰ Bu uygulama ile bir başkasının yüz ifadelerini taklit suretiyle hedef yüzü manipüle etmek mümkün hale gelmiştir. Bu uygulamalar daha çok insanların yaşlandıklarında gerçekçi görünen versiyonlarını oluşturma konusunda ilgi çekmiştir. Bu tür uygulamalar Reddit internet sitesinde yayılmaya başlamış ve 2017 yılı sonlarında "deepfakes" adını kullanan bir Reddit kullanıcısının paylaştığı videolar da pornografik videolarda ünlülerin yüzleri kullanılmıştır. 2017 yılı sonundan itibaren bu tür videolar için "deepfake" terimi kullanılmıştır.¹⁹¹

Son yıllarda derin öğrenme teknikleri, sentetik medya ve öğrenme alanında önemli bir çığır açmıştır. Derin öğrenme, gerçek dünyadaki veri kümelerinde karmaşık yapıların öğrenildiği bir makine öğrenmesi yaklaşımıdır. Deepfakes oluşturmak için kullanılan makine öğrenme yöntemleri derin öğrenmeye (deep learning) dayanmaktadır ve otomatik kodlayıcılar ve özellikle Üretken Çekişmeli Ağlar (Generative Adversarial Networks-GANs) gibi üretken sinir ağı mimarilerini içermektedir. GANs'larda, klasik derin ağ mimarilerinden farklı olarak bir üretici (generative, G) ve bir ayırıcı (discriminator, D) olmak üzere iki farklı derin ağ kullanılmaktadır. Ayırıcı derin ağlar; sentetik olarak üretilen görüntüler (sahte) ile veri tabanındaki görüntüleri (gerçek) birbirinden ayırtmaya çalışmaktadır. Buna karşılık üretici derin ağlar; giriş olarak aldığı bir gürültü sinyalinden veri tabanındaki görüntülere benzer görüntüler üretmeye odaklanmaktadır. Her iki ağ da birbirine rekabetçi bir şekilde eğitilmektedir. Bu işlemler belli bir tekrar aşamasından sonra üretici ağ gerçek görüntüle-

¹⁸⁸ Deepfake, <https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6z%C3%Bck/ingilizce/deepfake> (Son Erişim Tarihi: 09.01.2022)

¹⁸⁹ Yisroel Mirsky; Wenke Lee, The Creation and Detection of Deepfakes: A Survey, ACM Computing Surveys, V. 1, No. 1, January 2020, <https://arxiv.org/pdf/2004.11138.pdf> (Son Erişim Tarihi: 09.01.2022)

¹⁹⁰ Sam Brinson, A Deep Dive on Deepfakes, <https://www.sambrinson.com/deepfakes/> (Son Erişim Tarihi: 09.01.2022)

¹⁹¹ Britt Paris; Joan Donovan, Deepfakes and Cheap Fakes, The Manipulation of Audio and Visual Evidence, Data&Society, September 2019, https://datasociety.net/wp-content/uploads/2019/09/DS_Deepfakes_Cheap_FakesFinal.pdf, s. 5. (Son Erişim Tarihi: 09.01.2022)



re benzer yeni görüntüler üretmektedir. GANs görüntü sentezi, çözünürlük artırma, doku sentezi, video üretimi, görüntü düzenleme gibi alanlarda başarılı şekilde kullanılmaktadır.¹⁹²

Deepfake benzeri uygulamalar geçmişte çeşitli filmlerde kullanılmıştır. 1986 yapımı Forrest Gump filminde bir sahnede filmin kahramanı Forrest, ABD'nin 35 inci Başkanı John F. Kennedy ile aynı sahnede yer almıştır. Bu sahnelerin çekimi için görsel efektlerden faydalanılmıştır.¹⁹³ 2011 yılında gösterime giren "Midnight in Paris" filminde de filmin kahramanı Gil Pender, 1920'lerin Paris'ine giderek orada Scott ve Zelda Fitzgerald ile Hemingway, Picasso ve Dali gibi ünlülerle aynı sahnede yer almıştır. Deepfake teknolojilerinin geliştirilmesiyle bu tür uygulamalar çok daha gerçekçi ve kolay bir şekilde gerçekleştirilebilmektedir. Deepfake teknolojilerinin VR/AR ortamlarına taşınmasıyla birlikte daha gerçekçi ve aldatma kabiliyeti yüksek görüntüler oluşturulabilecektir. İnternet alan adlarının ticari olarak kullanılmaya başladığı dönemlerde görülen siber korsanlık (cyber-squatting) ve sosyal medya ağlarının ilk kullanılmaya başladığı dönemlerde yaygın olan kullanıcı adı korsanlığına (username squatting) benzer şekilde¹⁹⁴ VR/AR ortamlarında farklı kişilerin avatarına bürünme, gerçekçi görüntü ve seslerle dolandırıcılık ve aldatma eylemleri yaşanabilecektir.

Son yıllarda sanal ortamlarda artış gösteren bir suç tipi olarak "intikam pornosu (revenge porn)" eylemleri de deepfake teknolojileri kullanılarak gerçekleştirilmeye başlamıştır.¹⁹⁵ İntikam pornosu, bir kişinin müstehcen görüntü veya videolarının rızaları olmadan o kişide utanç veya sıkıntı oluşturmak amacıyla paylaşılması eylemlerini ifade etmektedir. Suça konu müstehcen görüntüler, sıklıkla kişiyle yakın ilişki içinde bulunan arkadaşları tarafından kayıt edilmekte veya kişinin rızası ve bilgisi olmaksızın oluşturulmaktadır. Failler intikam pornosu eylemini şantaj, tehdit, intikam, itibar suikastı veya kazanç amacıyla gerçekleştirebilmektedir. İntikam pornosu adı verilen görüntü paylaşımında genellikle görüntüdeki kişinin adı, adresi, sosyal medya profillerine

¹⁹² Gaffari Çelik; Muhammed Fatih Talu, Çekişmeli Üretken Ağ Modellerinin Görüntü Üretme Performanslarının İncelenmesi, Balıkesir Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, 22 (1), 2020 (s. 181-192), s. 182.

¹⁹³ Johannes Langguth; Konstantin Pogorelov ve Diğerleri, Don't Trust Your Eyes: Image Manipulation in the age of Deep Fakes, Frontiers in Communication, May 24, 2021, <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fcomm.2021.632317/full> (Son Erişim Tarihi: 24.05.2022)

¹⁹⁴ Siber korsanlık ve kullanıcı adı korsanlığı için bkz. Soysal, Domain Name Law, 2014, s. 315 ve 925.

¹⁹⁵ Edvinas Meskys; Aidan Liaudanskas; Julija Kalpokiene; Paulius Jurcys, Regulating Deep-Fakes: Legal and Ethical Considerations, Journal of Intellectual Property Law&Practice, V. 15, I. 1, January 2020 (s. 24-31), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3497144 (Son Erişim Tarihi: 22.05.2022)

bağlantılar kurulabilmektedir. Suç hem çevrimiçi hem de çevrimdışı olarak oluşabilmektedir.¹⁹⁶ Son yıllarda teknoloji ile birlikte artan bu tür eylemlerle mücadele için ülkeler, ceza kanunlarında müstehcenlik ve cinsel istismar gibi suçların yanı sıra özel olarak intikam pornosunu cezalandıran düzenlemeler yapmayı tercih etmektedirler. ABD’de 48 eyalette intikam pornosuna ilişkin özel düzenlemeler yapılmıştır. Genel olarak ceza kanunlarında ‘revenge porn’ terimi geçmemekle birlikte cinsel içerikli görüntülerin rızaya aykırı olarak ifşası Japonya’da 2014, Kanada, İngiltere ve İspanya’da 2015, Belçika, Malta ve Fransa’da 2016, Slovenya’da 2017 ve İtalya’da 2019 yılında suç olarak düzenlenmiştir.¹⁹⁷ VR/AR ortamlarında bu tür görüntülerin paylaşılması mümkün olduğu gibi avatarlara ilişkin de intikam pornosu içeren eylemlerin oluşması mümkündür. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte avatarlar biyometrik özellikler de dahil olmak üzere gerçek kişilerin tüm özelliklerini yansıtabilen ve avatarlardan kişinin kim olduğunun açık olarak anlaşıldığı bir duruma gelmiştir. Bu ortamda ‘intikam pornosu’ eylemleri de çok daha kolay ve yaygın şekilde gerçekleştirilebilecektir.

Türk Ceza Kanunu bakımından deepfake ve intikam pornosu eylemlerinin suçun oluşma şekline göre tehdit (TCK. m. 106), şantaj (TCK m. 107/2) suç uydurma (TCK. m. 271/1), hakaret (TCK m. 125/2), kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK. m. 135), kişisel verilerin yayılması (TCK.m. 136), müstehcenlik (TCK m. 226), özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK m. 134) gibi farklı suçlara göre cezalandırılmasını gündeme getirebilecektir. Bununla birlikte tipiklik unsuru nedeniyle suçların oluşumunda zorluklar söz konusu olacaktır. Bilhassa VR/AR ortamlarında bu tür eylemlerin gerçekleştirilmesi cezalandırmayı daha da zor hale getirecektir. Bu nedenle sanal ortamları da kapsar şekilde özel düzenlemeler yapılmasının yararlı olacağını düşünüyoruz. Özel hayatın gizliliğini ihlal ve kişisel verilerin kaydedilmesi ve yayılması suçlarına ilişkin olarak kaydedilen ve paylaşılan görüntünün manipüle edilmesi hali ceza artırım nedeni olarak düzenlenmelidir. Yine bizzatı deepfake teknolojisi yoluyla sahte görüntülerin üretilmesi de suç olarak düzenlenmelidir. Doktrinde, TCK’da “Kişilere Karşı Suçlar” kısmında yer alan “Özel Hayata ve Hayatın Giz Alanına Karşı İşlenen Suçlar” başlığı altında, bir 136/A maddesi eklenmek suretiyle cinsel içerikli görüntüleri rızaya aykırı olarak ifşa etme, yayma, erişilebilir kılma ve üretme eylemlerinin münferit bir madde ile cezalandırılması önerilmiştir.¹⁹⁸ Maddede yer alan “üretme” eylemi deepfake teknolojileri yoluyla yapılan yüz değiştirme eylemlerini de kapsamına almaktadır.

¹⁹⁶ Revenge porn için bkz. Roni Rosenberg; Hadar Dancig-Rosenberg, Revenge Porn in the shadow of the first amendment, University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, V. 24, 2022, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4021172 (Son Erişim Tarihi: 22.05.2022); Aksoy Retornaz, s. 105-106.

¹⁹⁷ Aksoy Retornaz, s. 58-77.

¹⁹⁸ Aksoy Retornaz, s. 142.



Deepfake teknolojileri kullanılmak suretiyle manipüle edilen avatarların itibarının azaltılması eylemlerinin hakaret suçunun özel bir türü olarak düzenlenmesi de mümkündür. Bu teknolojilerde gerçekleşen gelişme hızı dikkate alındığında, ulusal ceza kanunlarında VR/AR ortamlarında gerçekleşen deepfake ve intikam pornosu benzeri eylemlere yönelik özel düzenlemeler yapılması kaçınılmaz görünmektedir.

5. Cinsel Suçlarda Rıza

Bir davranışa “rıza gösterme”, bir kimsenin kendisine yönelen bir davranışa razı olması, müsaade etmesi, uygun bulması ya da onaylaması anlamlarını taşır. Sözlük anlamı itibariyle rıza, “razı olma, isteme, istek”, “rıza göstermek” ise “razı olmak, onamak, uygun bulmak” anlamlarını taşımaktadır.¹⁹⁹

Hukuki bir terim olarak rızayı, bir kimsenin, bir başka kişiye ait hak ya da menfaati zarara uğratma ya da tehlikeye koyma şeklindeki suç oluşturabilecek eylemini, ‘hukuka uygun hale getirme’ olarak ifade etmek mümkündür. Kişinin rızasının ceza hukuku bakımından önemi Roma hukukuna kadar gitmektedir. Roma hukukunda geçerli bir ilke olarak uygulanan “Zarar verilen kişinin iradesiyle olan şey, haksızlık oluşturmaz²⁰⁰ (volenti non fit iniuria)”²⁰¹ ifadesi kişinin iradesiyle sonuçlanan hukuki değerine yönelik saldırının, haksızlık teşkil etmeyeceği fikrine karşılık gelmektedir.²⁰²

Kural olarak, kişi ancak mutlak surette tasarruf edebileceği hak üzerinde, kanunun cevaz verdiği sınırlar içerisinde ve irade fesadı olmaksızın rızada bulunursa, eylem hukuka uygun hale gelir.²⁰³ Cinsel saldırı suçlarında ‘rıza (consent)’ ahlâki olarak izin verilmeyen eylemleri izin verilen eylemlere dönüştüren ‘ahlâki bir büyü (moral magic)’ olarak nitelendirilmiştir.²⁰⁴ Bununla birlikte pek çok durumda rızanın varlığı çok net olarak tespit edilememektedir.

Hukuk alanında rıza, İtalyan Ceza Kanunu’nun 50 nci maddesinde yer aldığı şekliyle hukuka uygunluk nedenidir. TCK’nın 26/2 maddesinde “İlgilinin rı-

¹⁹⁹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <http://www.tdk.gov.tr>

²⁰⁰ Volenti Non Fit Injuria, Legal Information Institute, Cornell Law School, https://www.law.cornell.edu/wex/volenti_non_fit_injuria (Son Erişim Tarihi: 20.08.2022)

²⁰¹ İlkenin ilk kullanım kaynağı Aristoteles’in Etik eseri 5.11 bölümü olmuştur. İlkenin Roma hukukundaki kaynağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. S.K. Parmanand, Volenti non fit Iniuria in Roman Law, https://journals.co.za/doi/pdf/10.10520/AJA05872405_295 (Son Erişim Tarihi: 20.08.2022)

²⁰² Muhammed Demirel, Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (3), 2019 (s. 1469-1523).

²⁰³ Ersin Şare, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 2, 2019 (s. 977-1023), s. 981.

²⁰⁴ Danaher, s. 28.

zası” hukuka uygunluk nedenleri arasında gösterilmiştir. Bununla birlikte, suçun yapısal olarak incelenmesinde, tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza ve hukuka uygunluk sağlayan rıza ayrımı yapıldığı görülmektedir.²⁰⁵ Genel olarak Alman doktrininde hakim olan bu görüşe göre rıza bazı durumlarda suçun maddi unsurları içinde tipikliğin²⁰⁶ bir unsuru olarak ele alınmaktadır. Bu konuda kanunda yazan suç tanımı esas alınarak bir belirleme yapılmaktadır. Alman doktrininde, cinsel suçlarda kişinin iradesi hilafına ifadesi dikkate alınarak bazı cinsel suçlarda rızanın “tipikliğe engel olan rıza (einverständnis)” olduğu kabul edilmektedir.²⁰⁷

Suçun “tipiklik”, “hukuka aykırılık” ve “kusurluluk” şeklinde üç temel unsurdan oluştuğu kabul edildiğinde, rızanın “tipiklik” veya “hukuka uygunluk” içinde mütala edilmesi söz konusu olabilmektedir.²⁰⁸ Rızanın yasada özel bir hukuksal durumun unsuru olarak örneğin “rızaya dayalı adam öldürme”, “dolandırıcılık” ya da “cinsel saldırı” suçlarında olduğu gibi düzenlenmesi halinde, suçun kurucu unsurlarının oluşmadığı ve “ifsat edilmiş bir irade” olduğu kabulü yapılabilmektedir.²⁰⁹ Örneğin TCK’nın 141 inci maddesinde “Zilyedinin rızası olmadan” ifadesi gereği, suç tipini temellendiren durum kişinin iradesine aykırılığa dayandırılmıştır. Bu gibi durumlarda rızanın, tipikliğe engel olan bir nitelik olarak “tipikliğe engel olan rıza” olarak nitelendirilmesi daha uygun olmaktadır.²¹⁰

Hırsızlık suçunda cebir ve tehdidin bir unsur olduğu suç tiplerinde de, eylem hukuksal değer sahibinin iradesine aykırı olarak gerçekleştirildiğinde de “tipikliğe engel olan rıza” dan bahsedilebilir.²¹¹ Örneğin cebir, tehdit veya hilenin suçun bir unsuru olduğu cinsel saldırı suçlarında, suç olan eylem hukuksal değer sahibinin iradesi hilafına gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla bu tür cinsel suçlarda da suç olan eylemin, kişinin rızası olmaksızın gerçekleştirilmesi

²⁰⁵ Demirel M., s. 1474.

²⁰⁶ Tipiklik, bir fiilin görünümünü adeta resmini ifade etmektedir. Kavram bu anlamı ile hukuki düşünce içinde bir model işlevini yerine getirmekte ve tasavvur edilen fiili anlatmaktadır. Tipiklik suçun varlığı için zorunlu olan davranışın, bir ceza normunun tasvir ettiği tipe uygunluğudur. Tipiklik, fiilin kanundaki suç tanımına uygun olmasını içerir. Ceza hukukunda tipiklik kavramı için bkz. Selahattin Keyman, Tipiklik ve Ceza Hukuku, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 37, S. 1, 1980 (s. 59-105).

²⁰⁷ Demirel M., s. 1475.

²⁰⁸ Meral Ekici Şahin, Ceza Hukukunda Rıza, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2010., s. 62 vd.

²⁰⁹ Carlotta Cassani, Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza, Çeviren: Muharrem Özen, Mustafa Özen, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 77, 2008 (s. 236-248), s. 237.

²¹⁰ Demirel M., s. 1478.

²¹¹ Ekici Şahin, s. 63.



gerektiği, rızanın bulunmamasının suçun bir unsuru olduğu söylenebilecektir. Sonuç olarak rızanın bulunmamasının veya cebir ve tehdidin suç eyleminin bir unsuru olduğu suç tiplerinde, rızanın varlığı eylemin tipe uygun olmasına engel olacaktır. Rızanın bu nedenle cinsel suçlarda da “tipikliğe engel olan rıza” olarak nitelendirilmesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır.²¹²

Kişinin rızasının suçun kurucu unsuru olarak düzenlenmediği suç tiplerinde, suç VR/AR ortamında gerçekleşse dahi, rızanın bulunması suçun so-ruşturulmasına ve kovuşturulmasına engel olmayacaktır. Buna karşılık cinsel suçlarda rızanın suçun unsuru olarak yer aldığı durumlarda, geçerli bir rızanın suçun oluşumunu engellediğinden bahsetmek mümkündür. Anayasa'nın 20 nci maddesine göre özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Bu hüküm ile anayasal olarak korunan bireye ait mahrem alana bireyin cinsel hayatı da dahil edilmektedir. Cinsel özgürlüğe ilişkin haklar, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen haklardandır ve bu davranışlar yönünden gösterilen rıza geçerlidir. Bununla birlikte cinsel davranışlara karşı gösterilen rıza sınırsız değildir.²¹³

Kişinin rızasının dışsal davranışlarla ortaya konulması gerekir. Kimse kişinin deruni dünyasında ne olup bittiğini bilemez. Dolayısıyla rızanın hangi nesnel davranışlar ile etkin şekilde iletilmiş olduğunu kabul etmek gerektiği değerlendirilmelidir. Mimikler ve sözlü olmayan davranışlar ‘geçerli rıza’ olarak kabul edilecek midir? Bu durumun yorumu, sanal ortamlar söz konusu olduğunda daha da zorlaşmaktadır. Çünkü sanal ortamlarda kişi gerçek kimliğini bilmediği kişilerle iletişim kurmaktadır. Bu tür durumlarda, kişinin fiziki özellikleri yahut kimliği konusundaki aldatmaları (deception) rızayı fesada uğraticı hal olarak kabul edilecek midir? Mağdurun daha önceden bilinen bir karakterin kimliğine bürünme halinde, rızanın geçerli olmayacağı söylenebilir. Buna karşılık her VR/AR ortamının kendi özellikleri, ön kabuller, aldatmanın asıl eylemi etkilemediği durumlar dikkate alınarak “kandırılmaya” rağmen rızanın bulunduğu sonucunu da çıkarmak mümkün olabilecektir.

İngiltere’de 2008 yılında verilen Karar’a konu olayda Stephen Devonald isimli bir baba, kızının erkek arkadaşının kızına kötü davranması nedeniyle ondan intikam almak ister ve ‘Cassey’ takma adıyla 20 yaşında bir genç kız olarak kızının erkek arkadaşı ile çevrimiçi iletişime geçer. Devonald, bu şekilde kızının erkek arkadaşını web kamerası önünde uygunsuz olarak bulunmaya ikna etmiştir. Stephen Devonald, bu eyleminden dolayı İngiltere Cinsel Suçlar Yasası’nın 4 üncü bölümü uyarınca bir kişinin rızası olmaksızın cinsel aktiviteye neden olmak suçu nedeniyle suçlanmıştır. Söz konusu yasa kapsamında suçun oluşması için rızanın olmaması, davalının rızası olduğuna ilişkin makûl bir durumun olmaması aranmaktadır. 2003 tarihli Cinsel Suçlar Yasası’nın 76

²¹² Ekici Şahin, s. 63.; Demirel, s. 1479.

²¹³ Şare, s. 995.

ncı maddesine göre failin eyleminin doğası veya amacı konusunda mağdurun kasten aldattığı durumlar, rızanın yokluğuna veya rızaya makûl bir inancın bulunmadığına karine oluşturmaktadır.²¹⁴ Stephen Devonald, bu eylemi nedeniyle ceza almış ve karar Temyiz Mahkemesi tarafından da onanmıştır.²¹⁵

Bu davada, hem fail, hem mağdur sanal avatarlar vasıtasıyla iletişim kurmuştur. Sanal ortamda gerçekleşen eylem, gerçek dünyada da sonuçlar doğurmuştur. Bu tür davalar, VR/AR ortamlarında işlenen eylemlerin cezalandırılması konusunda mevcut ceza yasalarının da geçerli olarak uygulanabileceği fikrini güçlendirmektedir.²¹⁶ Bir görüşe göre VR/AR teknolojileri ile vücudunuza, mahremiyetinize cinsel saikle etkileşim kurma potansiyeline sahip bir uzam eklenmektedir ve bu nedenle bu konuda rızaya dair sorunlar oluşması kaçınılmazdır.²¹⁷

Cinsel saldırı suçlarında ‘karşı koyma’ ve ‘mukavemet gösterme’ de suçun oluşup oluşmadığı belirlenirken önem verilen hususlardandır. Bununla birlikte önceleri genel olarak maruz kalınan cinsel eyleme karşı itiraz etmeme, ses çıkarmama ya da hiçbir karşı koymama hali ‘zımnî rıza’ olarak da zaman zaman yorumlanırken; günümüzde bu tür bir anlayış kabul edilmemektedir. Cinsel saldırıya salt karşı koymama ‘rıza’ anlamını taşımayacaktır. Eylemin icrası sırasında fail ile mağdur arasındaki güç farklılıkları, mağdurun akıl zayıflığı hali, olayın geçtiği yer ve zaman, çevresel etkiler, uyku hali, bayılma, uyuşturucu madde verilmesi, sarhoşluk gibi etkenler de daima göz önünde bulundurulacak ve ‘geçerli rıza’ ortaya konulmaya çalışılacaktır. VR/AR ortamlarında, ‘karşı koyma’, ‘mukavemet’ olup olmadığının daha kolay tespit edilebileceği aşikardır. Kendi sanal karakterine karşı cinsel bir eylemde bulunulan mağdur, derhal o ortamdan uzaklaşabilir. Bu imkan her zaman mevcuttur. Kişi, VR başlığını çıkartmak suretiyle bu saldırıdan uzaklaşabilir. Ancak Jordan Belamire olayında olduğu gibi bu saldırı bir anda da gerçekleşebilir. Mağdurun bunu algılayıp, uzaklaşmasına imkan tanınmayabilir. Bir başka öneri olarak, VR/AR ortamlarında bu tür bir olayın yaşanma durumu doğduğunda, kişinin bu ortamlara hiç dahil olmaması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak bu öneri de, gerçek dünyada yaşanan cinsel saldırı eylemlerinde mağdurenin kıyafetini sorgulamak ile eşdeğer kabul edilmektedir.²¹⁸

²¹⁴ Rape and Sexual Offences, Chapter 6: Consent, <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/rape-and-sexual-offences-chapter-6-consent>

²¹⁵ R v. Devonald, The Court of Appeal (EWCA) Criminal Division, 527, 2008. Bkz. <https://www.coursehero.com/file/69104077/R-v-Devonald-2doc/>

²¹⁶ Danaher, s. 28.

²¹⁷ Virtual Rape and Sexual Abuse: The Dangers of Immersive Technology, December 11, 2020, <https://www.sbs.com.au/news/the-feed/virtual-rape-and-sexual-abuse-the-dangers-of-immersive-technology> (Son Erişim Tarihi: 22.04.2022)

²¹⁸ Danaher, s. 33.



ABD Yüksek Mahkemesi tarafından gündüz kuşağında yayınlanan bir radyo programında çocuklar için uygun olmayan ifadeler kullanılmasına ilişkin verilen Karar'da şu ifadeler kullanılmıştır:²¹⁹

“Radyo/TV yayınları dinleyicisi/izleyicisi sürekli olarak yayını takip etme ya da etmeme seçeneğine sahiptir bu yüzden yayına ilişkin önceden yapılan uyarılar dinleyici ve izleyiciyi istenmeyen program içeriğinden büsbütün korumak için yeterli olmaz. Bir kişinin, yayında uygunsuz bir dil duyduğunda radyoyu kapatarak daha fazla suça ortak olmaktan kaçınabileceğini söylemek, kavga anında ilk darbeden sonra kaçmanın çare olduğunu söylemekten farksızdır. Uygunsuz bir telefon görüşmesi kapatılabilir, ancak bu seçeneğin olması uygunsuz davranışta bulunan kişiye anayasal bir dokunulmazlık sağlamaz veya daha önce meydana gelen bir zararın oluşmasını engellemez.”

VR/AR ortamlarında da kullanıcılar varsayılan ayarlarını değiştirmek yahut uygun konfigürasyonlarla, maruz kalabilecekleri davranışların bir kısmını başlangıçta önleyebilme imkanına sahiptirler. Bununla birlikte hayatın bir deneyim olduğu gerçeği gibi sanal ortamlar da deneyimleme aşamasındadır. Kullanıcılar genellikle maruz kalabilecekleri olayları yaşamadan bu tür önlemleri almazlar. Yasalar çoğunlukla suça ilişkin hazırlık hareketlerini önceden yasaklayamazlar. Marketten suç işlemek için alınacak bir malzemenin satışını önceden yasaklamak mümkün değildir. Aynı şekilde önceden e-posta gönderilmesi veya kapiya broşür konulmasını yasaklamak da genel olarak yasak değildir. Ancak yukarıda ifade edilen Pasifica kararında geçtiği üzere, mağdurun telefonu kapatabilmesi imkanına sahip olması yahut uygunsuz içerikli bir yayını kapatma seçeneği bulunması, bu içeriklerin hukuka aykırılık yönünün değerlendirme dışı bırakılmasını gerektirmez. VR/AR ortamlarında gerçekleşen hukuka aykırı davranışlar için de başta ilgili ortam sağlayıcısı olmak üzere yasaların kayıtsız kalmasının doğru bir yaklaşım olmayacağını düşünüyoruz. Hiç kimse mağdur ve güçsüz hissetmekten kurtulmak için bir VR/AR deneyiminden kaçmak zorunda bırakılmamalıdır.²²⁰ Bu nedenle VR/AR ortamlarında gerçekleştirilen cinsel suçlara ilişkin olarak da ilgili VR/AR ortamından çıkmamanın “rıza” anlamını taşımayacağı dikkate alınmalıdır.

²¹⁹ “Because the broadcast audience is constantly tuning in and out, prior warnings cannot completely protect the listener or viewer from unexpected program content. To say that one may avoid further offense by turning off the radio when he hears indecent language is like saying that the remedy for an assault is to run away after the first blow. One may hang up on an indecent phone call, but that option does not give the caller a constitutional immunity or avoid a harm that has already taken place.” Federal Communications Commission v. Pacifica Foundation, 438, U.S.726, July 3, 1978.

²²⁰ “No one should ever have to flee from a VR experience to escape feeling powerless.” Bkz. Tanya Basu, The Metaverse has a groping problem already, December 16, 2021, <https://www.technologyreview.com/2021/12/16/1042516/the-metaverse-has-a-groping-problem/> (Son Erişim Tarihi: 30.05.2022)

6. Marka Suçları²²¹

Marka kanunları genel olarak bir kişinin mal veya hizmetlerini diğerlerinin mal ve hizmetlerinden ayırt edici nitelik taşıyan bir isim, sembol, kelime veya adlandırma olarak tanımlanmaktadır.²²² Markalar, aynı zamanda tüketicilerin satın alma kararı almalarında onlara yardımcı olan bir belirteç işlevi görürler. Marka koruması, bir yandan işaretin karıştırılabilir kullanımlarını önleyerek, marka sahibinin ürünün kalitesini iyileştirmeye yönelik yatırım yapmasını teşvik ederken, öte yandan da tüketicilerin de ürüne ilişkin bilgi almalarını ve kanaat oluşturmalarını kolaylaştırmaktadır.²²³

Markaların, karıştırılabilir kullanımlarının serbest bırakılmaları halinde, marka sahipleri ürünlerinin kalitesini geliştirmeye çok hevesli olmayabilecekti. Markalar temel olarak bölgesel ve ülkesel bir koruma getirirler. Geleneksel marka korumasında aynı bölge, coğrafi alan veya ülkedeki benzer işaretlerin tüketiciler nazarında karıştırılabilir olarak kullanılması engellenir. Eğer her iki kullanım birbirinden binlerce kilometre uzaktaki iki ülkede ise genel olarak markaların karıştırılma ihtimali oluşturmadığı varsayıldı. Bununla birlikte 1990'lı yıllar ile birlikte internetin kullanımıyla bölge ve ülkeler arasındaki farklılıklar ortadan kalkmaya başlamıştır. İnternet ulusal ve uluslararası ile yerel ve metropol ayırımını ortadan kaldırmıştır. Böylece markaların, koruma alanı genişlemiştir. Marka hukuku üzerinde bir diğer ciddi etki akıllı telefon ve uygulamalar ile gerçekleşmiştir. İnternetin ilk dönemlerinde alan adları (domain names) üzerinde “siber korsanlık (cyber-squatting)” eylemleri yoluyla oluşan yeni tür ihlallere²²⁴ benzer şekilde, akıllı telefon ve cihazlardaki uygulamalar ile yeni tür marka ihlalleri oluşmaya başlamıştır. Bu yeni tür ihlallere karşılık, marka hukukunda markanın fonksiyonları iletişim, yatırım ve reklam fonksiyonları ile genişletilmiş ve markanın koruma alanını artırılmıştır.²²⁵ Günümüzde VR/AR ortamlarının marka hukukunda üçüncü bir etki/dönüşüm (effect/transformation) dönemini başlatacağını söylemek mümkündür. VR/AR

²²¹ Marka hukuku düzenlemeleri genel olarak tüm dünyada küçük farklılıklar dışında yeknesak düzenlemelere konu olmuştur. Bir Avrupa Birliği aday ülkesi olarak Ülkemiz marka mevzuatı büyük ölçüde AB mevzuatı ile uyumludur. Bu nedenle bu kısımda yapılan açıklamalar, Türk hukuku bakımından da -mutatis mutandis- geçerli olacaktır.

²²² Soysal, Domain Name Law, 2014, s. 760.

²²³ Marka kavramı ve fonksiyonları için bkz. Tamer Soysal, Markanın İnternet Ortamında Eleştiri Amaçlı Kullanımı: Anayasa Mahkemesi'nin 9 Ocak 2019 Tarihli Naif Şaşma Kararı Çerçevesinde Bir Değerlendirme, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 11, S. 40, Ekim 2019 (s. 53-111)., s. 61-63.; Soysal, Domain Name Law, 2014, s. 750-753.

²²⁴ Soysal, Domain Name Law, 2014, s. 315.

²²⁵ Martin Senftleben, Adapting EU Trademark Law to New Technologies-Back to Basics, Constructing European Intellectual Property: Achievements and New Perspectives (Editors: C. Geiger), Edward Elgar Publishing, 2013 (s. 137-176)., s. 61.



teknolojilerinin gelişmesiyle birbirinden çok farklı marka ihlalleri oluşması gündeme gelecektir.

VR/AR ortamlarında marka ihlalleri başkasının ticari markası olan avatarların kullanılması yahut VR/AR ortamlarında herhangi bir hakka sahip olmaksızın markalı ürünlerin kullanılması veya artırılmış gerçeklik uygulamalarında kullanılan üç boyutlu reklamlar gibi araçlar ile gerçekleştirilebilecektir.²²⁶ Bir VR/AR oyununda markalı ürünlerin değiştirilerek kullanılması veya alaycı ve mizah içeren öğelerle kullanılması durumunda marka ihlali oluşabilecektir. Bununla birlikte bu tür kullanımların ticari kullanım oluşturmadığı sürece dürüst kullanım (fair use) olarak kabul edilebileceğini de hatırd tutmalıyız. Günümüzde sanal ortamlarda oluşturulan markalı tasarımların da üç boyutlu yazıcılar (three dimensional/3D printing) yoluyla gerçek dünyada fiziki kopyalarının oluşturulması mümkündür. Bu nedenle bu ortamlarda marka ihlalinin ve daha önemlisi cezai müeyyide içeren marka suçlarının oluşmasının da olası olduğunu düşünüyoruz.

Türk hukukunda marka hakkına tecavüze ilişkin cezaî hükümler 6769 sayılı Kanun'un 30 uncu maddesinde düzenlenmiştir. Başkasına ait markayı iktibas veya iltibas suretiyle²²⁷ tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezası ile cezalandırılabilir. VR/AR ortamlarında da olsa bir markanın karıştırılabilir şekilde ticari gayelerle kullanılması, söz konusu malların bu ortamlarda satışa sunulması ve bu ortamlardan başkasının markası ile hizmet sunulması durumunda bu maddenin uygulanması gündeme gelecektir. Bu konuda mevcut marka kanunlarının koruma kapsamı sadece gerçek malları kapsamaktadır yoksa maddi olmayan, sanal ortamda oluşturulan taklitlerini de kapsayacak şekilde geniş olarak mı yorumlanmalıdır, bu husus önem taşımaktadır. VR/AR ortamlarındaki eylemlerin gerçek dünyaya yansımaları ve zararın oluşumuna göre marka kanunlarının uygulanması daima mümkündür. Bununla birlikte Metaverse benzeri yeni ticari VR/AR platformlarının yaygınlaşmasıyla bu ortamlarda da hizmet markalarının yaygınlaşacağı ve marka koruma alanının genişleyeceği göz önünde bulundurulmalıdır.

ABD'de video oyunlarına ilişkin verilen ilk kararlar, genel olarak sanal kullarımların ticari marka ihlaline vücut vermeyeceği yönünde olmuştur. 2005 yılında görülen *Marvel v. NCSOFT* davasında,²²⁸ *Marvel Enterprises*, tescilli marka olan kahramanlarının NCSOFT (*City of Heroes*) çevrim içi rol yapma

²²⁶ Lemley; Volokh; s. 1111.

²²⁷ Marka hukukunda iktibas markanın aynen kullanımını, iltibas ise markanın benzerinin kullanımını ifade etmektedir. Bkz. Soysal, *Domain Name Law*, 2014, 787-790.

²²⁸ *Marvel Enterprises, Inc. vs. NCSOFT Corporation*, No. 04-9253, 2005.

oyununda izinsiz olarak kullanıldığını iddia ederek marka ihlali davası açmıştır. Buna karşılık Mahkeme, Marvel süper kahraman isimlerinin sadece oyun içinde kullanılmasını markanın ticari kullanımı olarak görmemiş ve davayı reddetmiştir.²²⁹

2009 yılında görülen bir başka marka ihlali davasında davalı Second Life oyunu geliştiricisi Linden Research Şirketi'dir. Second Life oyununda, oyunculara kendi sanal evlerini, işletmelerini oluşturma, yeni ürünler tasarlama özgürlüğü vermektedir. Second Life oyuncuları üç boyutlu modelleme ile Tasers marka elektroşok silahlar üretebilmekte ve Tasers markası ile de sanal mağazada satışı yapabilmektedir. Bunun üzerine Tasers, Linden Research'a marka ihlali davası açmıştır. Tasers, bazı Second Life oyuncularının kendi markalı silahlarını sanal pornografik materyal ve uyuşturucular ile birlikte sattığını, bunun şirketin marka itibarına zarar verdiğini iddia etmiştir. 2009 yılında açılan dava tarafların anlaşmasıyla sonuçlanmış ve oyunun çevrimiçi mağazalarından Tasers silahları kaldırılmıştır.²³⁰

2014 yılında karara bağlanan bir başka uyuşmazlıkta²³¹ Mil-Spec Monkey (MSM) Şirketi, askeri yamalar ve tasarım konusunda uzmanlaşmış askeri tedarik ve teçhizat şirketi olarak faaliyet göstermektedir. 2007 yılından beri "kızgın maymun (angry monkey)" tescilli markalı yama ve ürünlerini satmaktadır. Davalı Activision Blizzard, "Call of Duty: Ghosts" isimli video oyununun geliştiricisidir. Davacı, davalının oyununda kendi tescilli "kızgın maymun" temasını izinsiz kullandığını iddia ederek marka ihlali davası açmıştır. Davalı oyununda deniz piyadeleri, hava kuvvetleri gibi gerçek ABD askeri kuruluşlarının temalarını içeren, tek oyunculu veya çok oyunculu oyunları yer almaktadır. Oyunda bulunan 600'den fazla üniforma yamasından birisi de "kilidi açılmadan" kullanılabilen "kızgın maymun" işaretidir.²³² Bununla birlikte Mahkeme, davalının kullanımını ticari kullanım olarak nitelendirmemiş ve söz konusu kullanımı ifade özgürlüğü kapsamında kalan bir kullanım olarak kabul etmiştir.²³³

Marka sahibinin, VR/AR ortamlarında zarar oluştuğunu ispatlaması da güç olacaktır. Bu ortamlarda yapılan marka ihlalleri sonucu gerçek dünyadaki mar-

²²⁹ Computer Games and Virtual Worlds, A New Frontier in Intellectual Property Law, Editors: Ross A. Dannenberg; Steve Mortinger ve Diğerleri, 2010, s.. 173.

²³⁰ Taser International vs. Linden Lab: Lawsuit Dropped, May 7, 2009, <https://www.engadget.com/2009-05-06-taser-international-vs-linden-lab-lawsuit-dropped.html> (Son Erişim Tarihi: 24.01.2022)

²³¹ Mil-Spec Monkey, Inc. v. Activision Blizzard, Inc., Case No. 14-CV-02361-RS, November 24, 2014.

²³² Mil-Spec Monkey, Inc. v. Activision Blizzard, Inc., November 24, 2014, <https://www.loeb.com/en/insights/publications/2014/12/milspec-monkey-inc-v-activision-blizzard-inc> (Son Erişim Tarihi: 24.01.2022)

²³³ Aynı yönde Brown v. Entertainment Merchants Association, 564, U.S., 2011.



kanın zarar görmesi veya satışların olumsuz etkilenmesinin ortaya konulması kolay olmayacaktır. Buna karşılık örneğin Pokemon Go oyunu, gerçek dünya ile etkileşimli bir oyundur ve bir ticari markanın bu oyun ile izinsiz olarak ilişkilendirilmesi halinde zararın oluştuğunu ispat daha kolay olacaktır.

Deepfake gibi yeni teknolojiler yoluyla çok kolay bir şekilde ünlü bir kişinin avatarına bürünen kişinin o kişi olmadığı bilinse dahi, ünlü kişinin tanınmışlığı ve marka itibarının zedelenmesi ve sulandırılması (dilution)²³⁴ söz konusu olabilecektir. Benzer şekilde ünlü olmayan kişilerin avatarına bürünme ve deepfake teknolojileriyle karşı tarafı aldatmak da çok daha kolay olabilecektir.

VR/AR ortamlarında markaların ticari kullanımları da söz konusu olabilecektir. Sanal dünyadaki alışveriş merkezlerinde tanınmış markaların kullanılması veya bir AR uygulamasında bir binanın üzerine bindirilmiş bir marka yahut sanal mağaza oluşturulması bu tür ortamlarda da marka ihlallerini gündeme getirebilecektir. Üç boyutlu ve gerçekçi bir sanal ortamda “karıştırma ihtimali (likelihood of confusion)” oluşumu da daha kolay bir şekilde gerçekleştirilecektir.²³⁵

ABD’den 2008 yılında karara bağlanan bir marka uyuşmazlığında E.S.S. Entertainment ‘Play Pen’ adlı Los Angeles eğlence kulübünün işleticisidir. Davalı ise Grand Theft Auto: Sand Andreas isimli video oyununda “Pig Pen” adıyla bu eğlence kulübünün sanal kopyasını oluşturmuştur. Video oyunu, Los Santos şehrinde geçmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi Dokuzuncu Dairesi, davacının tescilli markasının olduğu eğlence kulübünün gerçek dünyada halka açık bir yer olduğunu, davalının oyununun ise ekran önünde oynandığını, iki kullanım arasında mekânsal bir farklılık olduğunu belirtmiş ve karıştırma ihtimalinin oluşmadığına karar vermiştir. Bununla birlikte gelişen teknolojilerin yoğun olarak kullanıldığı VR/AR ortamlarında mekânsal farklılığın büyük ölçüde ortadan kalktığı ve karıştırma olasılığının oluşmasının çok daha kolay olduğu görüşü belirtilmektedir.²³⁶ VR/AR ortamlarında mekânlar gerçekçi bir şekilde tasvir edilebilir ya da örneğin ünlü bir çanta markası çok daha gerçekçi şekilde kullanılabilir. VR/AR ortamlarında kullanıcılar oluşturdukları avaturları kişiliklerinin bir uzantısı olarak görürler ve orada kullanılan markalı aksesuarlar da kişiliklerini tamamlayıcı nitelik taşırlar. AR ortamları ise mekânsal farklılıkları ortadan kaldırabilmektedir. VR ortamlarında koku ve his simü-

²³⁴ Marka hukukunda sulandırma (dilution) tanınmış bir markanın eşsiz ve tekil anlamının zarar görmesini ifade eder. Marka hukukunda dilution kavramı için bkz. Soysal, Domain Name Law, 2014, 571-574.

²³⁵ James Yang, Trademark Law in the Virtual Realism Landscape, New York University, Journal of Intellectual Property and Entertainment Law-JIPEL, V.8, N. 2, Spring 2019, (s. 409-433), s. 420., https://jipel.law.nyu.edu/wp-content/uploads/2019/06/Yang_Article.pdf (Son Erişim Tarihi: 30.05.2022)

²³⁶ Yang, s. 423.

lasyonlarının da hızla gelişmekte olduğu düşünüldüğünde bu ortamlarda fikri mülkiyet ihlallerinin de yakın bir zamanda önemli bir konu haline geleceği değerlendirilmektedir.

VR/AR teknolojileri ile yeni tür bir hiper gerçeklik oluşturulmaktadır.²³⁷ Bu teknolojiler ile oluşan etkileşimli deneyimler ile markalar adeta yeniden oluşturulmaktadır. Markalı ürünler, sanal karakterlerin bir uzantısı olabilir veya kap-kaç gibi eylemlere konu oluşturabilir. VR/AR ortamlarındaki oyunlar, oyun karakterlerinin markalı aksesuarlarla donatılmasına izin vermektedir. Bu tür mikro işlemler ve hiper gerçeklik deneyimlerinin marka tecavüzlerinde yeni bir yaklaşımı zorunlu kıldığını düşünüyoruz.²³⁸

IV. CEZAHUKUKU FELSEFESİ/SUÇ TEORİLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Ceza hukuku, suçun bastırılmasında baskın faktördür.²³⁹ Ceza hukuku gerçek dünyaya yansıyan davranışlarla ilgilenir ve suç olarak nitelendirilen eylemleri müeyyide uygulanmasını içerir. Bununla birlikte hukuk boşlukta işlemez. Ceza hukukunun konusunu gerçek eylemler oluşturur. Sanal ortamlarda işlenen eylemler bu neviden kabul edilmeli midir sorusu suç teorilerine yaklaşım ile de bağlantılı olacaktır.

1764 yılında Beccaria “Suçlar ve Cezalar Hakkında (Dei delitti e delle pene); 1876’da Lombroso “Suçlu Adam (L’uomo delinquente)”²⁴⁰ başlıklı eserleri suçu bireyin kontrolü dışında cereyan eden bir olay olarak ele alan pozitivist okulun ortaya çıkışında önemli dönüm noktaları olmuştur. Lombroso, eserinde İtalyan mahkûmların baş, vücut, kol, deri gibi fiziksel özelliklerini incelemiş ve suçluların normal vatandaşlarından fiziksel özellikler açısından ciddi farklılıklar oluştuğu kanaatine varmıştır.

Kriminolojinin ilk zamanlarında üretilen bilgiler ağırlıklı olarak suçluların bireysel farklılıkları ve eksikliklerine yönelmiş, genel olarak biyolojik ve psikolojik nedenler öne çıkarılmıştır. Buna karşılık daha yakın dönemlerde suçun toplumsal yanına yönelik araştırmalar artmıştır. Bilhassa sanayileşme ve kentleşme süreçlerinin hız kazanması ile suçun sosyal çevreye yönelik yaklaşımlarına yönelik çalışmalar artmıştır. Sosyolojik suç teorileri olarak isimlendirilen

²³⁷ Yang, s. 431.

²³⁸ Yang, s. 433.

²³⁹ “The criminal law is the dominant factor in crime repression.” Bkz. Albert J. Harno, Some Significant Developments in Criminal Law and Procedure in the Last Century, Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science, November-December 1951, V. 42, No. 4, (s. 427-467)., s. 440 (<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/>).

²⁴⁰ Lombroso, 1893 yılında ise “Suçlu Kadın (La Donna Delinquente: La prostituta e la donna normale)” başlıklı eserini yazmıştır.



bu teoriler, her geçen gün yeni tanımlar ve tekniklerle gelişimini sürdürmektedir. Sosyolojik suç teorileri genel olarak “gerilim teorileri”, “sosyal öğrenme teorileri” ve “sosyal kontrol teorileri” başlıkları ile sınıflandırılmaktadır. Bu teorilerin internet ile birlikte yeni bir evreye girdiği görülmektedir. Günümüzde bilişim suçları yahut siber suç ya da internet suçları olarak da adlandırılan suç tipleri, suç teorilerini de dönüştürmüştür. Sosyal öğrenme teorisine göre suç, bireyin sosyalleşme sürecinde edindiği davranışlar sonucu ortaya çıkmaktadır.²⁴¹ Bireylerin anti-sosyal akran grubu ile etkileşime girmeleri, bu etkileşim sonucu suça dönüşen eylemi öğrenme, pekiştirme ve taklit gibi bileşenleri bünyesinde barındırmaktadır.

Amerikalı kriminolojist Ronald Akers, sapkın davranışa maruz kalmanın, bireylere davranışı onaylayan ve etkisiz hale getiren tanımlar sağladığını öne sürmüştür. Bu tanımlar, suç işlerken suçlular için rasyonalizasyon haline dönüşmektedir. Suç içeren davranış, başlangıçta, bireylerin başkalarını izleyerek ve dinleyerek eylem ve davranışları öğrendiğinde ortaya çıkan taklit süreci yoluyla öğrenilmektedir. Dolayısıyla, bir kişi bir suç işlediğinde, başkalarının yaptığı ve gördüğü eylemleri taklit etmektedir.²⁴² Bilişim alanında işlenen pek çok suçun sosyal öğrenme teorisi yoluyla oluştuğunu söylemek mümkündür. Örneğin yazılım korsanlığı ya da çeşitli bilişim sistemlerine izinsiz girme gibi suçların genel olarak bu kapsamda ele alındığı görülmektedir.²⁴³ Yapılan çalışmalar, diğer kişilerin suça katılım için olumlu pekiştirme (positive reinforcement) gördüklerinde, bireylerin yazılım korsanlığı gibi suçlara katılım olasılıklarının da yüksek olduğunu ortaya koymuştur.

Bağımlılıkların ve siber etkileşimlerin genel olarak düşük öz denetim (low self-control) ile birlikte oluştuğu görülmektedir. Bireylerin sahip olduğu, öz denetim mekanizması, oto-kontrol olarak da anılır ve insan benliğinin bir parçasını oluşturur.²⁴⁴ Bireyin kendini kontrol etme, düşünceler ve duyguları üzerinde denetim kurmasının, bu sayede oluştuğunu söylemek mümkündür. Kişinin yaşadığı dünya ile uyumunun bozulması ile öz denetiminin de düşmeye başladığı söylenmektedir.²⁴⁵ Dijital bağımlılıkların da, kişinin kendini kontrol etme konusunda zafiyet göstermesi sonucu ortaya çıktığı belirtilmelidir.

²⁴¹ Püren Demirel, Yetişkin Suçluluğuna Neden Olan Sosyoekonomik Faktörler, Hacettepe Üniversitesi, Sosyoloji Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2017., s. 43 vd.

²⁴² Ronald Akers, Social Learning Theory, Encyclopedia of Criminological Theory, 2010, Sage Publications (s. 22-30).

²⁴³ Applying Criminological Theories to Cyber Crime, UKEssays, November 2018, <https://www.ukessays.com/essays/criminology/explaining-cybercrime-using.php?vref=1> (Son Erişim Tarihi: 05.11.2021)(Kısaltması: UKESSAYS)

²⁴⁴ Murat Söker, Özdenetim ve Bağımlılık, <https://www.renkpsikoloji.com/oz-denetim-bagimlilik/> (Son Erişim Tarihi: 10.11.2021)

²⁴⁵ Söker, agm.

Sosyal öğrenme teorileri, genel olarak suça iten dış faktörlere vurgu yaparken, düşük öz denetim teorisi, kişinin öz denetim eksikliğinin suçluluğa iten temel bir faktör olduğuna vurgu yapar.²⁴⁶ Teori, kriminologlar Michael Gottfredson ve Travis Hirschi tarafından 1990'lı yıllarda geliştirilmiştir.²⁴⁷

Düşük öz denetime sahip bireyler, dürtüsel davranışlar sergiler ve fazla düşünmeden ve o anda ne hissettiklerine bağlı olarak eylemde bulunurlar.²⁴⁸ Bu tür kişiler genelde empatiden yoksun bir durum sergilerler. Düşük öz denetim teorisi siber suçların oluşmasında başvurulan temel suç teorilerinden birisini oluşturmaktadır. VR/AR teknolojilerinin de düşük öz denetime yol açmak suretiyle sanal ortamlarda suça eğilimli bireyler oluşturabilecekleri dikkate alınmalıdır.

Robert Agnew tarafından ortaya atılan “genel gerilim teorisi (general strain theory)”, gerginliğin olumsuz duygulara yol açtığı ve bu durumun da suçluluk dahil olmak üzere bazı olumsuz sonuçlara yol açtığını öne sürer.²⁴⁹ Birey, uyumsuzluk gibi nedenlerle de negatif ilişkiler yaşayabilir ve bu da bireyde suç işleme güdüsünün artmasına neden olabilir.²⁵⁰ Dijital ortamlarda mevcut olan anonimlik ve süreklilik her an yeni mağduriyetler ortaya çıkarmaktadır. Agnew'in gerginlik teorisinde öfkeli ve stresli insanın mağdur üzerinde bir baskı oluşturduğu ve mağdurların da bu baskıya karşılık “düzeltici bir eylemde (corrective action)” bulunmak suretiyle tepki verdiği, bunun da siber zorbalık gibi yeni tür suç tiplerini ortaya çıkardığı belirtilmektedir.²⁵¹ VR/AR ortamları da katılımcılarda negatif duygular ve uyumsuzluk sorunları oluşturmaktadır. Bu ortamlardaki suça ilişkin araştırmalarda genel gerilim teorisinden faydalanılmasının mümkün olduğunu düşünüyoruz.

Siber uzayda işlenen suçların nedenlerine yönelik olarak ortaya atılan “uzay geçiş teorisi (space transition theory)” kişilerin bir ortamdan diğerine geçişte farklı davranışlara girmesini bu iki ortamın farklılıklarına dayalı olarak açıklamaya çalışmıştır.²⁵² Bastırılmış suç davranışına sahip kişilerin, yeni ortamda anonimlik, caydırıcılık unsurunun eksikliği, norm/değer eksikliği gibi nedenlerle suç işleme eğilimlerinin artabilecekleri söylenmiştir.²⁵³ VR/AR ortamları

²⁴⁶ UKESSAYS (05.11.2021)

²⁴⁷ Michael Gottfredson, Self-Control Theory and Crime, July 27, 2017, <https://oxfordre.com/criminology/view/10.1093/acrefore/9780190264079.001.0001/acrefore-9780190264079-e-252>

²⁴⁸ UKESSAYS (05.11.2021)

²⁴⁹ UKESSAYS (05.11.2021).

²⁵⁰ Demirel, s. 28.

²⁵¹ UKESSAYS (05.11.2021)

²⁵² Karuppanan Jaishankar, Space Transition Theory of Cyber Crimes, İçinde; Frank Schmallegger; Michael Pittaro, Crimes of the Internet, Part III, (s. 283-302).

²⁵³ Jaishankar, s. 287.

rının da yeni bir uzam olarak, kişide algı ve perspektif farklılıkları oluşturmak suretiyle yeni suçlara sebep olması muhtemeldir.

VR/AR ortamlarının gelişmesiyle birlikte mevcut suçların dönüşeceği ve yeni tür suçların ortaya çıkacağı düşünülmektedir. Bu ortamlarda işlenen suçlu davranışlarının tek bir teoriyle açıklanamamakla birlikte, yukarıda ifade edilen teorilerden faydalanılması mümkündür. Her teori farklı yönleriyle, bu yeni suç tiplerine uygulanabilecektir.

Günümüzde ‘dünya toplumu’, ‘bilgi toplumu’ ve ‘risk toplumu’ gibi yeni toplumsal özellikler dikkate alınarak ceza hukukunun temel norm ve ilkele-
rinin değişime uğradığı belirtilmektedir. Almanya’da Max-Planck Enstitüsü tarafından 2004 yılından beri yürütülen çalışmalarda, bu değişimin en önem-
li sebeplerinden birisi olarak dünya çapındaki veri ağlarının suç işlemek için kullanılması ve siber suç ya da bilişim suçları adı verilen karmaşık nitelikteki yeni suç türlerinin görülmesi gösterilmektedir.²⁵⁴ Bilişim suçlarının konusunun maddi varlığı olmaması nedeniyle maddi objeler üzerinde çalışmaya alışmış olan ceza hukuku sistemlerini reforma zorladığı ifade edilmektedir.²⁵⁵ VR/AR ortamları ile yukarıda ifade edilen ‘bilgi toplumu’ ve ‘risk toplumu’ anlayışı yeni bir evreye girmiştir. Bu yeni ortamda ceza kanunlarında bu yeni suç tiplerine uygun bir anlayış benimsenmesi kaçınılmaz görünmektedir.

V. PENOLOJİ BAKIMINDAN

“Ceza, ceza hukukunun en hoş gitmeyen yanındır”
(Punishment is the bite noire of the criminal law.)²⁵⁶

Albert J. Harno-1951.

Penoloji, suçluların cezalandırılması ve ardından topluma kazandırılması yöntemlerini araştıran bir suç bilimi dalıdır. Temel çalışma alanları ceza-
landırma ve ıslahıdır.²⁵⁷ Penoloji kelimesi ceza anlamındaki “punishment” ve “penalty” kelimelerinden türetilmiştir. Penoloji, hapisane reformuna yönelik çalışmalarla birlikte ortaya çıkan bir suç bilimi alanıdır.²⁵⁸

²⁵⁴ Ulrich Sieber, Bilişim Teknolojisi ile Globalleşen Dünyadaki Tehlikelerin Önlenmesi ve Ceza Hukuku, Seçilmiş Makaleler, Editörler: Feridun Yenisey; Salih Oktar; Zehra Başer Doğan, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021., s. 40 ve 94.

²⁵⁵ Sieber, s. 264.

²⁵⁶ Harno, s. 466.

²⁵⁷ Mustafa Doğan, Penoloji, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 8, S. 75, Şubat 2016 (s. 7-26), s. 7.

²⁵⁸ Shokry El-Dakkak, Criminology and Penology, The Abu Dhabi Judicial Department, 2014, s. 117 (<https://www.adjd.gov.ae/sites/Authoring/EN/ELibrary%20Books/Criminology%20And%20Penology.pdf>)

Penolojide modern teori, hükümlülerin bireyselleştirilmiş ve özel usuller yoluyla rehabilitasyonunu öne çıkarmaktadır. Cezaevi mimarisinde değişim ve sınıflandırmanın geliştirilmesi, ceza ve güvenlik tedbirleri hukukunda en önemli değişimlerden birisini oluşturmuştur. Radzinowicz, cezalandırma sistemine ilişkin iki önemli amaçtan bahsetmektedir: i. Ceza, suça karşı geliştirilmiş bir tepki olmaktan öte olmalıdır. Cezanın tekrar suç işlenmesinin önlenmesi amacını da içermesi gerekir. ii. Aynı eylemlere, aynı cezaların verilmesi kural ise de, cezanın faillerin kişiliğine göre belirlenebilmesi de önem taşımaktadır.²⁵⁹

Cezanın infazı ve güvenlik tedbirleri hukukunda suçun cezalandırılması yanında hükümlünün ıslahı, yeniden suç işlenmesinin önüne geçilmesi amaçlarını da içerir. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hakkında Kanun'un 3 üncü maddesinde cezanın infazındaki temel amaç, "Öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlenmesini engelleyici etkileri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmak" olarak açıklanmıştır. Bununla birlikte geçmişten bu yana bu amaçların dengeli bir şekilde yürütülmesi kolay olmamıştır. VR/AR teknolojilerinin hükümlülerin yeniden suç işlenmesini engelleyici etkilerin güçlendirilmesi, yeniden sosyalleşmesinin teşviki ve yasalara ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırıcı etkiler doğuracağına inanıyoruz. Küreselleşen ve çeşitlenen ilişkiler ağı ceza hukukunda yeni suç tipleri ortaya çıkarmakla birlikte aynı zamanda yeni teknolojiler suç ile oluşan olumsuz durumu eskiye oranla daha kalıcı şekilde izole edici olanaklar oluşturmaktadır. Bu yeni olanakların hükümlülerin lehine olarak onların rehabilitasyonu ve topluma uyumunu teşvik edici olarak yorumlanması büyük önem taşımaktadır.

VR/AR teknolojileri uyuşturucu bağımlılarının daha kolay ve hızlı rehabilitasyon programları için etkin şekilde kullanılmaktadır. Bağımlıların tedavisinde, en önemli iki hal remisyon ve depreşme olarak ifade edilmektedir. Remisyon hali, en az 1 ay süreyle madde bağımlılığı ölçütlerinin tamamının ortadan kalkması durumunu ifade etmektedir. Bununla birlikte remisyon, bağımlılığı sona erdirmemektedir. İçsel ve dışsal hatırlatıcılar (cue) ve bu hatırlatıcılara karşı olan tepkilere (cue reactivity) ilişkin çalışmalarda VR/AR ortamları çok önemli işlevler görmektedir. Bu teknolojiler yoluyla uyuşturucu bağımlılarının fizyolojik uyarılma, uyuşturucu arama davranışları daha kolay şekilde çözülebilmektedir. Bağımlılar, VR ortamlarında bağımlılığa karşı yeni davranışlar geliştirme ve bilişsel öğrenme düzeylerini artırmaktadır.²⁶⁰ AB desteği ile 2019

²⁵⁹ Harno, s. 450.

²⁶⁰ Using Advanced Virtual Reality Technology for treating Drug Addiction in prison and probation settings, February 4, 2019, <https://justice-trends.press/using-advanced-virtual-reality-technology-for-treating-drug-addiction-in-prison-and-probation-settings/> (Son



yılında Torbalı Kaymakamlığı, Sosyal Proje ve Etüt Merkezi ile İzmir Dene-
timli Serbestlik Müdürlüğü ve Ege Üniversitesi Madde Bağımlılığı Toksikoloji
ve İlaç Bilimleri Enstitüsü işbirliği ile hayata geçirilen kısa adı “Uyuşturucu
Rehabilitasyonu için Sanal Gerçeklik (VRforDrugRehabilitation)” olan “De-
netimli Serbestlik Hizmetlerinde Uyuşturucu Kullanıcılarının Rehabilitasyonu
için Sanal Gerçeklik Teknolojisinin Geliştirilmesi ve Kullanılması (Developing
and Using Virtual Reality Technology for Rehabilitaion of Drug Users in Pro-
bation Service)” projesinde bağımlılık tedavisinde VR teknolojilerinden başarı-
lı şekilde yararlanılabileceği ortaya konulmuştur.²⁶¹ Proje kapsamında Portekiz,
İspanya ve Romanya ise işbirliği yapılan ülkeler olarak yer almaktadır.²⁶²

ABD’de 2016 yılından beri Kolorado Ceza İnfaz Kurumu (Colorado Depart-
ment of Corrections-DOC) tarafından VR teknolojileri uzun sürelerle hükümlü
olanların rehabilitasyonu ve toplumu yeniden kazandırılmasında başarılı şekil-
de kullanılmaktadır. Kolorado’da 2012 yılında 48 çocuk suçlu üzerine yapılan
araştırmada, bu kişilerin pek çoğunun gündelik işlerin yürütülmesine yabancı
oldukları örneğin hiç araba kullanmadığı, banka kartı ya da çamaşır makinesi
kullanmadıkları tespiti yapılmış ve ardından eyalet yasasında yapılan değişik-
lik ile VR başlıkları ve yazılımı kullanmak için anlaşma yapılmıştır. Program
kapsamında fırında yemek pişirme, çamaşır yıkama, kalabalık caddede yürü-
me, banka kartı kullanımı gibi yetiler VR teknolojileri yoluyla öğretilmektedir.
Programı başarı ile tamamlayan hükümlülerin şartlı tahliye olabilecekleri kabul
edilmiştir. Daha sonra Alaska ve Pennsylvania gibi başka eyaletlerde de benim-
senen uygulamalar sayesinde hükümlülerin cezaevinden çıktıktan sonra sosyal
yaşama uyuma ilişkin endişelerinin azaldığı gözlemlenmiştir.²⁶³

Son yıllarda gerek aile içi şiddet gerekse genel olarak fiziksel şiddet sözlü
taciz, psikolojik şiddet ve cinsel saldırı ve taciz eylemleri artma eğilimi taşı-
maktadır. Şiddeti azaltmaya dönük etkili strateji arayışları çerçevesinde şiddet-
tin tarafı olanlar ile görgü tanıklarına yönelik eğitim ve farkındalık programla-
rında VR/AR uygulamaları son yıllarda başarı ile uygulanmaktadır.²⁶⁴ VR/AR

Erişim Tarihi: 07.12.2021)

²⁶¹ VRforDrugRehabilitation, <https://www.vr4drugrehab.org/about-vrfordrugrehabilitation.html> (Son Erişim Tarihi: 07.12.2021)

²⁶² VRforDrugRehabilitation, <https://www.vr4drugrehab.org/partners.html> (Son Erişim Tarihi: 07.12.2021)

²⁶³ Some Prisons are Using Virtual Reality for Reentry and other Programs, July 2, 2019, <https://www.prisonlegalnews.org/news/2019/jul/2/some-prisons-are-using-virtual-reality-reentry-and-other-programs/> (Son Erişim Tarihi: 07.12.2021)

²⁶⁴ Jia Xue; Ran Hu; Wenzhao Zhang; Yaxi Zhao ve Diğerleri, Virtual Reality or Augmented Reality as a Tool for Studying Bystander Behaviors in Interpersonal Violence: Scoping Review, JMIR Publications, February 2021, <https://www.jmir.org/2021/2/e25322/> (Son Erişim Tarihi: 10.12.2021)

ortamları katılımcılar için sürükleyici ve deneyimsel bir ortam oluşturmakta ve çevrenin çatışma senaryolarına psikolojik mesafeleri kısaltan, etrafında olan biteni gerçekmiş gibi davranmaya davet eden sürükleyici bir deneyim sağlamaktadır. Bu şekilde davranışsal ölçüm ve izleme mümkün hale gelmekte çatışmaların meydana geldiği gerçek ortam hakkında ek bilgiler sağlanmaktadır. CAVE (Cave Automatic Virtual Environment/Mağara Otomatik Sanal Ortamı) adı verilen duvar, zemin ve tavanların projeksiyon perdesi olarak kullanıldığı küp şeklindeki sanal ortamda kullanıcı başlığa takılan baş ekranları ile bir görüntüyü her açıdan inceleyebilmekte, etrafında dolaşabilmekte ve odadaki sensörler aracılığıyla perspektifi hizalayabilmektedir. CAVE uygulaması, şiddet eğilimi, şiddet karşısında takınılan tutum gibi durumları ortaya koymada başarıyla uygulanmaktadır.²⁶⁵

Montreal’de bulunan maksimum güvenli bir akıl sağlığı tesisinde, cinsel suç işleyen kişilere çocuğun cinsel istismarı görüntülerini göstermek için “mağara benzeri” bir sanal gerçeklik kabini uygulanmaktadır. Oluşturulan VR kabinde, doğal ortamlarında bulunan çocuk ve yetişkin animasyonları yansıtılmakta ve çeşitli yaş ve şekillerde sentetik karakterler oluşturularak hastanın yüz ifadesi, genital boyut, göz ve saç rengi gibi özelliklerinin gözlemlenmesi suretiyle analizler yapılmaktadır. Sensörler ve uygulanan yöntemler tartışmalı da olsa, proje uzmanları uygulama sayesinde pornografik içerikli animasyon ve görüntüler geliştirdiklerini ancak bu verilerin yalnızca kişinin suç işleme potansiyeli/ıslah olma durumunu ölçmek için kullanıldığını belirtmektedir.²⁶⁶ Danimarka’da Aalborg Üniversitesi tarafından yapılan bir başka projede, kişilerin VR başlıklarıyla hayvanlara karşı tutumları ölçülmekte ve izletilen görüntüler sonrasında kişilerin daha duyarlı bir bakış geliştirmeye başladıkları gözlemlenmektedir.²⁶⁷

VI. SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELER

2019 yılında 7,5 milyon olan VR/AR kulaklık setleri, 2022 yılında 50 milyon aşmıştır. Bu rakamın 2023 yılında 70 milyon aşması beklenmektedir. 2025 yılında dünya genelinde 216 milyon VR/AR oyunu kullanıcısı olacağı tahmin edilmektedir. Günümüzde internet kullanıcılarının % 12’si metaverse

²⁶⁵ Xue; Hu; Zhang ve Diğerleri. (Son Erişim Tarihi: 10.12.2021)

²⁶⁶ Polygraph for pedophiles: How Virtual Reality is Used to Assess Sex Offenders, June 7, 2017, <https://www.theguardian.com/technology/2017/jun/07/virtual-reality-child-sexual-abuse-pedophile-canada-research> (Son Erişim Tarihi: 24.12.2021)

²⁶⁷ Virtual Reality is Saving Animals, February 6, 2017, <https://animalequality.org/news/virtual-reality-is-saving-animals/> (Son Erişim Tarihi: 24.12.2021); Animal Welfare Groups Have a New Tool: Virtual Reality, July 6, 2017, <https://www.nytimes.com/2017/07/06/dining/animal-welfare-virtual-reality-video-meat-industry.html> (Son Erişim Tarihi: 24.12.2021)



ile ilgilenmektedir.²⁶⁸ Bu oran ile birlikte VR/AR ortamlarında geçirilen vak-
tin de her geçen gün arttığı gözlemlenmektedir. VR/AR teknolojilerinin seyri
internetin ve akıllı telefonların ilk zamanlarındaki durumunu hatırlatmaktadır.
Rakamlar esas alındığında, bilhassa 2025 yılından sonra bu teknolojik ortam-
lara özgü suçların hızlı bir artış ve farkındalık durumuna erişeceğini söyleme-
nin mümkün olduğunu düşünüyoruz. Bir teknolojinin, özelinde VR/AR tekno-
lojilerinin ceza hukuku tarafından özel olarak düzenleme yapılacak alan olarak
kabul edilebilmesi için bir ‘etki eşiği (impact threshold)’ belirlenmesi gerek-
tiği ve bu eşiği geçen eylemlerin hukuk tarafından düzenleme altına alınması
önerilmektedir.²⁶⁹ Günümüzde, bilhassa Covid-19 pandemisinin de etkisiyle bu
etki eşiğinin sıklıkla aşılmasına başladığı kabul edilmelidir.

VR/AR ortamlarında işlenen suçlar da internetin ilk gelişmeye başladığı
zamanlarda olduğu gibi uluslararası yetki problemleri içermektedir. Ancak bu
sorun, bu ortamlarda işlenen eylemlerin cezasız bırakılmasına sebep olmama-
lıdır. İnternet suçlarına benzer şekilde suç teşkil eden eylemin kısmen veya
tamamen gerçekleştiği yer, zararın olduğu yer, VR/AR sistemine erişilen
yer gibi ölçütlerle yetki sorunlarının aşılması mümkündür. 5237 sayılı TCK
sistemine, suça ilişkin eylemin kısmen de olsa Türkiye’de gerçekleşmesi ya
da sonucun Türkiye’de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye’de işlenmiş kabul
edilecektir. Failin yabancı ülkede bulunması halinde, suçlu iadesi (extradition)
gündeme gelecektir.²⁷⁰ 6706 sayılı Cezaî Konularda Uluslararası Adli İşbirli-
ği Kanunu’nun 10/2 maddesine göre ancak üst sınırı bir yıl veya daha fazla
hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlarda iade talep edilmesi mümkündür.
Ayrıca kesinleşmiş mahkûmiyet halinde, failin iadesinin talep edilebilmesi için
en az dört ay hürriyeti bağlayıcı ceza olmuş olması aranmaktadır (Suçluların
İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi, m. 2/1 ve 6706 sayılı Kanun, m. 10/2). Bu
nedenle VR/AR ortamlarında işlenen suçların da bu esasa tabi olacağı ve bir
yılın altında hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülen eylemlerde, başka bir ülkedeki
suçlunun iadesinin mümkün olmayacağı dikkate alınmalıdır.

Bir başka potansiyel sorun olarak, sosyal medya şirketlerine ilişkin Ül-
kemizde temsilci/ofis bulundurması tartışmalarının bir süre sonra VR/AR
platformları için de tartışılabileceği düşünülmektedir. Ülkemizde 5651 sayılı
Kanun’un 3 üncü maddesiyle içerik, yer ve erişim sağlayıcılarının tanıtıcı
bilgilerini kendilerine internet ortamında kullanıcıların ulaşabileceği şekilde
ve güncel olarak bulundurma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ayrıca 7253 sayılı

²⁶⁸ Rakamlar için bkz. <https://www.statista.com/topics/8652/metaverse/#dossierKeyfigures>

²⁶⁹ Hansen, 23.

²⁷⁰ Suçlu iadesi kavramı için bkz. Tamer Soysal, Sınır Dışı (Deportation) ve Suçluların İadesi (Extradition) İlişkisi: Bağlantılar, Farklar ve Değerlendirmeler, Adalet Dergisi, S. 59, Eylül 2017 (s. 7-31);; Suçlu iadesinin tarihi için bkz. Tamer Soysal, Suçlu İadesinin Tarihsel Kökenleri, Uluslararası Hukuk Bülteni, S. 24, Eylül 2021 (s. 4-9).

Kanun²⁷¹ ile 5651 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikler²⁷² ile sosyal ağ sağlayıcılarına Türkiye'de temsilci olarak bulundurma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu düzenleme, gerek bu ortamlar yoluyla işlenen hukuka aykırı eylemlerde faillere ulaşılabilmesini hem de verilen hükümlerin yerine getirilmesini temin etmeye yöneliktir. Benzer yönde düzenlemelerin, hızla gelişmekte olan VR/AR platformları için de benimsenmesi kaçınılmaz görünmektedir. 5651 sayılı Kanun hükümlerindeki söz konusu düzenlemelerin VR/AR platformlarını da içerecek şekilde güncellenmesi de bir başka yol olacaktır.

VR/AR geliştiricilerinin sanal ortamları güvenli hale getirmeleri, etkin bir güvenlik, takip ve şifreleme sisteme oluşturmaları da önem taşımaktadır. VR/AR uygulamalarında çocukların korunması için de özel tedbirler geliştirilmelidir. Kendisini erişkin gibi göstererek sisteme giriş yapan bir çocuk ile erişkin sanarak etkileşime giren kişilerin durumları da tartışılmalıdır. Bu konuda en önemli yükümlülük VR/AR geliştiricilerine düşmektedir.

VR/AR teknolojileri her geçen gün gelişmektedir. Hukuk gelişmelere kayıtsız kalmaz. Bu ortamlarda her geçen gün farklı suç potansiyellerinin oluştuğu yadsınamaz. Dolayısıyla bir fenomen olarak bu gerçekleri kabul edip, çözüm üretmeye çalışmak daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Öncelikle bir şemsiye kavram olarak Endüstri 4.0 olarak kabul edilen yeni teknolojik ortam, hukukça nazara alınmalıdır. VR/AR teknolojileri de bu alanın en dikkat çekici başlıklarından birisi olarak hukuk tarafından yasal metinler oluşturulurken dikkate alınmalıdır. Oluşturulacak yeni yasal metinlerin hızlı değişimlerin olduğu bu teknolojilere ilişkin 'nötr' bir dil ile yazılması (technology-neutral language) sürekli düzenleme ihtiyacını azaltacak ve esneklik sağlamaya da elverişli olacaktır. Bu ortamlarda işlenen cezai eylemlerde, mağdur-fail niteliği ve özerklik alanı, sürükleyici (immersive) teknoloji yoğunluğu ve etkileşimin derecesi mutlaka her somut olayda dikkate alınmalıdır. Makalede bu ortamlarda işlenen eylemlerin de gerçek dünyada zarar oluşturma potansiyeli ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bir kısım eylemler, mevcut ceza yasaları uyarınca suç olarak soruşturulmaya müsaittir. Bununla birlikte VR/AR ortamlarının gelişen yapısı, bu ortamlara özgü yeni suç kategorileri oluşturulmasını da akla getirmektedir.

VR/AR ortamlarına özgü cezaî düzenlemeler yapılması da alternatifler arasında düşünülmelidir. Bu düzenlemeler yapılırken, eylemin ilk işlenişine sanal platformlardan yasaklanma şeklinde denetim içeren müeyyideler

²⁷¹ İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No: 7253, Kabul Tarihi: 29 Temmuz 2020, Resmi Gazete: 31 Temmuz 2020, 31202.

²⁷² 7253 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen "Ek Madde 4" ile söz konusu düzenleme yapılmıştır.



uygulanması, sonraki ihlal durumlarında cezaî müeyyideler öngörülmesi de düşünülebilecektir. Bu tür tedbirlerin ne ölçüde uygulanabilir olduğu her zaman tartışmaya açıktır. Bunun için sanal platformların kapsamlı yöntemler geliştirmesinin yanında kişinin farklı kişilerin avatar ve bilgisayarlarından bağlantı yapmasını önlemek de çok mümkün görünmemektedir. İnternetin dünya genelinde ticari olarak kullanılmaya başladığı 1991 yılından sonra pek çok ülke internet üzerinden işlenen suçlara ilişkin “bilişim suçları” tabir edilen suç tiplerini uygulamaya geçirmiştir. VR/AR ortamlarının hızlı gelişimi, bu neviden suçlara ilişkin yeni bir paradigmaya geçişi zorunlu kılmaktadır. Çünkü her geçen gün teknolojinin etki ve kapsamı gelişmekle birlikte insan doğası da bu yeni dijital konseptte göre dönüşmektedir. Bu yeni ortamda, gerçek zararların oluşması ihtimali her geçen gün güçlenmektedir. Ceza hukukunun bu yeni konseptte duyarsız kalması düşünülemez.

Sanal gerçeklik uygulamaları, film yapımcısı Chris Milk tarafından 2015 yılında bir Ted konuşmasında “en büyük empati makinesi (the ultimate empathy machine)” olarak nitelendirilmiştir.²⁷³ Gerçekten de VR/AR teknolojileri ile mültecilerin olumsuz yaşam koşullarından iklim değişikliğine kadar insanlığın karşı karşıya kaldığı pek çok zorluk çok daha gerçekçi olarak deneyimlenebilmektedir. Örneğin; Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan “Clouds Over Sidra” başlıklı belgeselde Ürdün’de yaşayan 12 yaşındaki Suriyeli mülteci Sidra’nın yaşamını gerçekçi bir şekilde deneyimlemek mümkündür.²⁷⁴ Bununla birlikte pek çok uzman VR/AR teknolojilerinin insan yaşamında uzun vadeli değişiklikler oluşturma konusunda şüphe ile yaklaşmaktadır. VR ve AR ortamlarında şiddet, cinsel saldırı gibi olumsuz ve hoş olmayan deneyimlere maruz kalmanın “ikincil travmatizasyon (secondary traumatization)” ve “şefkat yorgunluğu (compassion fatigue)” gibi olumsuz durumlara yol açtığı ifade edilmektedir.²⁷⁵ Şiddete tanık olmanın özellikle çocuklarda kalıcı psikolojik hasarlara yol açabileceği belirtilmektedir.²⁷⁶ VR/AR ortamlarında sıklıkla şiddete ve olumsuz davranışlara maruz kalma “şefkat yorgunluğu (compassion fatigue)” adı verilen duruma da yol açabilmektedir.²⁷⁷ Şefkat yorgunluğu, genellikle bakımın olumsuz maliyeti olarak tanımlanan, empati kurma, başkaları için merhamet hissetme yeteneğinin azalmasına yol açan duygusal ve fiziksel

²⁷³ Chris Milk, How Virtual Reality can create the ultimate empathy machine, TED2015, https://www.ted.com/talks/chris_milk_how_virtual_reality_can_create_the_ultimate_empathy_machine?language=en (Son Erişim Tarihi: 30.05.2022)

²⁷⁴ Clouds Over Sidra, United Nations Virtual Reality, http://unvr.sdgactioncampaign.org/cloudsoversidra/#.YpU_XWhBxPY (Son Erişim Tarihi: 30.05.2022)

²⁷⁵ Mary Anne Franks, The Desert of the Unreal: Inequality in Virtual and Augmented Reality, University of California Davis Law Review, V. 51, 2017 (s. 499-538), s. 516.

²⁷⁶ Franks, s. 517.

²⁷⁷ Franks, s. 516.

yorgunluk halini ifade etmektedir. Edebiyat kuramcısı Geoffrey Hartman'a göre insanların maruz kaldığı acıların medyada sürekli yer alması, insanların kayıtsızlığına karşı umut edilen uyanışı sağlamamaktadır. Tersine sıklıkla bu olumsuz davranışların işlenmesi, kayıtsızlığı artırmaktadır. Hartman bu konuda şöyle demektedir:²⁷⁸

“Medya bizi her türlü şiddet ve ihlal eylemine seyirci kılıyor...İçimizde korkunç bir atalet oluşuyor. Vücudumuzdaki tepki refleksimizde bir tür antikör oluşturur ve olayları kınarken bile bir süre sonra John Keats'in “hissetmeme hissi (the feel of not to feel it)” dediği şeyi yaşamaya başlarız.”

VR/AR teknolojileri hızla gelişmektedir. İnsanların bu platformlarda geçirdiği ortalama süreler de hızlı bir şekilde artış göstermektedir. Bu teknolojilerin hukuktan arı bir alana dönüştürülmesi sorunları çözülemeyecek bir düzeye getirebilecektir. VR/AR teknolojileri şiddet, terör, cinsel olumsuzluklar gibi davranışları sonsuz bir döngüde izleme olanağı vermektedir. Bu maruz kalmanın etkisinin “duyarlılık (sensitization)” yerine “duyarsızlaştırma (desensitization)” durumuna yol açabileceği belirtilmektedir.²⁷⁹ Bu nedenle bu ortamlarda gerçekleşen bir takım eylemlerin, cezalandırılabilir olup olmadıklarının tartışılmasının büyük önem taşıdığına inanıyoruz. Bu tartışma bir takım eylemlerin cezalandırma ile sonuçlanmasa dahi VR/AR platformları tarafından engellenebilir/kısıtlanabilir hale getirilmesine de katkı sağlayacaktır. Bu nedenle söz konusu sakıncaları azaltmak üzere bu aşamada genel olarak ‘metaverse’ olarak ifade edilmeye başlanan VR/AR teknolojilerinin ceza hukuku üzerindeki olası etkilerinin tartışılmaya başlamasının önemine inanıyoruz. Bu yapılırken de, sanal ortamlarda gerçekleşen bir takım eylemlerin gerçek dünyada da etkiler doğurabileceğinin dikkate alınması önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

AGRAWAL, Sarvesh; SIMON, Adèle; BECH, Søren; BÆRENTSEN ve Klaus; FORCHHAMMER, Søren; Defining Immersion: Literature Review and Implications for Research on Immersive Audiovisual Experiences, Audio Engineering Society, October 2019, New York, United States, <https://hal.archives-ouvertes.fr/> (Son Erişim Tarihi: 17.12.2021).

AKERS, Ronald; Social Learning Theory, Encyclopedia of Criminological Theory, 2010, Sage Publications (s. 22-30).

AKSOY RETORNAZ, Eylem; Bir Siber Taciz Biçimi: Cinsel İçerikli Görüntüleri Rızaya Aykırı Olarak İfşa Etme, Yayma, Erişilebilir Kılma veya Üretme Suçu (Revenge Porn ve Deep Fake, Oniki Levha Yayınları, Mayıs 2021).

²⁷⁸ Geoffrey Hartman, The Longest Shadow: In the Aftermath of the Holocaust, 1996, s. 72. Aktaran; Franks, s. 517.

²⁷⁹ Franks, s. 517.



ALAYDIN, Halil Can; Benlik Algısının Motor Korteks Uyarılabilirliği Üzerindeki Etkisi, Gazi Üniversitesi, Tıp Fakültesi, Nöroloji Ana Bilim Dalı, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2018.

ALGAN CANSEVEN, Hazal; Hayasızca Hareketler Suçu (TCK m. 225), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 10 (1), 2022 (s. 235-279).

ARAL, Vecdi; Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 1979.

ARK, Ümmühan; Hukuk-Ahlak İlişkisi Bağlamında Divan-ı Hikmet, International Journal of Cultural and Social Studies, V. 2, Ağustos 2016 (s. 257-268).

ARTUK, Mehmet Emin; Cinsel Taciz ve Ceza Hukuku, Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Y. 1994, V. 49, I. 3, (s.31-50), s. 38. (Artuk, 1994).

AY, Yunus Anıl; Müstehcenlik Suçu, Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017.

BAŞ, Eylem; Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, S. 65, I. 4 (s.1135-1215).

BITTLINGER, Peter August; Government Enforcement of Morality: A Critical Analysis of the Devlin-Hart Controversy, University of Massachusetts, Doctor of Philosophy, December 1975, <http://www.scholarworks.umass.edu> (Son Erişim Tarihi: 11.04.2021).

BRINSON, Sam; A Deep Dive on Deepfakes, <https://www.sambrinson.com/deepfakes/> (Son Erişim Tarihi: 09.01.2022).

BRUNDIN, Malin Brundin, The Rubber Hand Illusion Effectiveness on Body Ownership Induced by Self-Produced Movements: A Meta-Analysis, Master Degree Project in Cognitive Neuroscience, 2020, <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1445768/FULLTEXT01.pdf> (Son Erişim Tarihi: 15.04.2022).

CASSANI, Carlotta; Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza, Çeviren: Muharrem Özen, Mustafa Özen, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 77, 2008 (s. 236-248).

CATAGNOTI, Amalia; Ritual circumambulations in the Syro-Mesopotamian cuneiform texts: An Overview, (İçinde Defining the Sacred: Edited by: Nicola Laneri, Oxbow Books, 2015).

CURRIER, James; The Psychology of Focus: How Great Teams Find Traction Amid Distraction, <https://www.nfx.com/post/psychology-of-focus/> (Son Erişim Tarihi: 29.03.2022).

ÇAM, Şerife; Çocuk Pornografisi Tartışmalarına İlişkin Sorular, Ankara Üniversitesi, İletişim Araştırmaları Dergisi, 2003 (s. 55-86).

ÇELİK, Gaffari Çelik; TALU, Muhammed Fatih; Çekişmeli Üretken Ağ Modellerinin Görüntü Üretme Performanslarının İncelenmesi, Balıkesir Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, 22 (1), 2020 (s. 181-192).

DANAHER, John, The Law and Ethics of Virtual Sexual Assault (Barfield, W.; Blitz, M; The Law of Virtual and Augmented Reality, Cheltenham, United Kingdom, Edward Elgar Publishers, 2018.

DANNENBERG, Ross A.; MORTINGER ve Diğerleri, Computer Games and Virtual Worlds, A New Frontier in Intellectual Property Law, 2010.

DE SIO, Filippo Santoni; MECACCI, Giulio; Four Responsibility Gaps with Artificial Intelligence, Why they matter and how to adress them?, Delft University of Technology, Philosophy and Technology, 34 (4), (s. 1057-1084).

DEMİREL, Muhammed; Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (3), 2019 (s. 1469-1523). (Kısaltması: DEMİREL, M.)

DEMİREL, Püren; Yetişkin Suçluluğuna Neden Olan Sosyoekonomik Faktörler, Hacettepe Üniversitesi, Sosyoloji Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2017.

DEVLIN, Patrick; Morals and the Criminal Law, 179, <https://faculty.berea.edu/faculty/butlerj/Devlin.pdf> (Son Erişim Tarihi: 11.04.2021).

DOĞAN, Mehtap; Biyolojik Doğalcılık Ekseninde John Searle ve Zihin Beden Problemi, Yapay Zeka ve Zihin Felsefesi Dergisi, C. 1, S. 2, Aralık 2018, (s. 227-240), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/625095> (Son Erişim Tarihi: 15.04.2022).

DOĞAN, Mustafa; Penoloji, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 8, S. 75, Şubat 2016 (s. 7-26).

DONGHEE, Shin, How Does Immersion Work in Augmented Reality Games? A User-Centric View of Immersion and Engagement, Communication & Society Journal, V. 22, 2019 (s. 1212-1229).

DOS SANTOZ, Renato P.; Second Life: Game, Simulator, or Serious Game?, Journal of Virtual Worlds Research, 2 (1), 2009 (s. 1-21).

DÖNMEZER, Sulhi; Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983.

DUMAN, Özge; Müstehcenlik Suçu (TCK m. 226), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.



EKİCİ ŞAHİN, Meral; Ceza Hukukunda Rıza, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2010.

EL-DAKKAK, Shokry; Criminology and Penology, The Abu Dhabi Judicial Department, 2014, s. 117 (<https://www.adjd.gov.ac/sites/Authoring/EN/ELibrary%20Books/Criminology%20And%20Penology.pdf>).

ERANDARU, Erandaru; Augmented Reality Applications in Hand-Held Devices in the light of Baudrillard's "Simulacra and Simulation", Nirmana Journal, V. 10, 2008 (s. 20-25), <https://nirmana.petra.ac.id> (Son Erişim Tarihi: 20.08.2022)

EREM, Faruk; Hümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. 3, Özel Hükümler, AÜHF Yayınları, 1985.

ERYILMAZ, Kadir; Türk Yargısının Ahlâkla İmtihani: "Doğal Olmayan" İlişki, Hukuk Kuramı, C. 2, S. 5, Eylül-Ekim 2015 (s. 11-19).

FRANKS, Mary Anne; The Desert of the Unreal: Inequality in Virtual and Augmented Reality, University of California Davis Law Review, V. 51, 2017 (s. 499-538).

GEORGIEV, Danko D.; GEORGIEV, Iva ve Diğerleri, Virtual Reality for Neurorehabilitation and Cognitive Enhancement, Brain Sciences Journal, February 2021, <https://www.mdpi.com/2076-3425/11/2/221/htm> (Son Erişim Tarihi: 21.12.2021).

GOTTFREDSON, Michael; Self-Control Theory and Crime, July 27, 2017, <https://oxfordre.com/criminology/view/10.1093/acrefore/9780190264079.001.0001/acrefore-9780190264079-e-252> (Son Erişim Tarihi: 30.05.2022).

GÜLOĞLU, Yavuz; Ahlak Kurallarının Türk Hukuk Sistemine Etkisi, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2020 (s. 1-18).

HALAÇOĞLU, Burcu Nehir; Panoramadan İçine-Gömülmeye; Video Oyunlarında Kusursuz İllüzyon, Sanat ve Tasarım Dergisi, S. 24, Yıl: 2019 (s. 171-193).

HAMACHER, Alaric; Stereoscopy in Virtual Reality, International Journal of Engineering Trends and Technology, V. 69, I. 6, June 2021, <https://ijettjournal.org/Volume-69/Issue-6/IJETT-V69I6P219.pdf> (s. 126-130).

HANSEN, Joshua; Virtual Indecent Assault: Time for the Criminal Law to Enter the Realm of Virtual Reality, Victoria University of Wellington, Faculty of Law, LLB Degree Thesis, 2018, <https://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/> (Son Erişim Tarihi: 30.05.2022).

HARNO, Albert J.; Some Significant Developments in Criminal Law and Procedure in the Last Century, *Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, November-December 1951, V. 42, No. 4, (s. 427-467)., s. 440 (<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/>).

HARTMAN, Geoffrey Hartman, *The Longest Shadow: In the Aftermath of the Holocaust*, 1996.

HEILIG, M.L., *Sensorama Simulator*, August 28, 1962, 3,050,870, <https://patentimages.storage.googleapis.com/90/34/2f/24615bb97ad68e/US3050870.pdf>

HUDSON, David L.; *Obscenity and Pornography*, <https://www.mtsu.edu/> (Son Erişim Tarihi: 22.05.2022).

HUSSERL, Edmund; *İçsel Zamanın Bilincinin Fenomenolojisi Üzerine*, Avesta Yayınları, 2011.

INGERSTAM, Karl; *Virtual Reality and Augmented Reality, A Survey from Scania's Perspective*, Royal Institute of Technology in Stockholm-KTH, Master of Science Thesis, 2019, <https://kth.diva-portal.org/smash/get/diva2:1317519/FULLTEXT01.pdf>, s. 7 (Son Erişim Tarihi: 22.02.2022).

İBN HALDUN, *Mukaddime*, Hazırlayan: Süleyman Uludağ, Dergah Yayınları, Nisan 2020., Bölüm VI, 7. İlmi Talim, s. 779.

JAISHANKAR, Karuppanan; *Space Transition Theory of Cyber Crimes*, İçinde; Frank Schmallegger; Michael Pittaro, *Crimes of the Internet*, Part III, (s. 283-302).

KEYMAN, Selahattin; *Tipiklik ve Ceza Hukuku*, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 37, S. 1, 1980 (s. 59-105).

KILIÇ, Muharrem; *Hukuk-Ahlâk İlişkisinin Temellendirilmesi ve Ayırım Kriterlerinin Analizi*, Teorik ve Pratik Yönleriyle Ahlak, Dem Yayınları, İstanbul 2007 (s. 585-602).

KINAĞ, Mustafa; *Dilin Oluşumu Bağlamında John Searle'ün Doğal Bilinç Kuramı Üzerine Bir İnceleme*, *Yapay Zeka ve Zihin Felsefesi Dergisi*, C. 3, S. 2, Aralık 2020, (s. 163-189), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1431995>(Son Erişim Tarihi: 15.04.2022).

KING, Brett; *Augmented Life in the Smart Lane*, Marshall Cavendish International, 2016.

KING, Brett; *Artırılmış Gerçeklik: Akıllı Dünyada Yaşam*, Maltepe Üniversitesi Kitapları, Kasım 2021.



KIPPER, Gregory; RAMPOLLA, Joseph; *Augmented Reality, An Emerging Technologies Guide to AR*, Syngress, Elsevier, 2013.

KOCASAKAL, Ümit; *Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK 123)*, Ankara Barosu Dergisi, 2015 (2), (s. 111-146).

LA VALLE, Steven M.; *Virtual Reality, Chapter 1. Introduction*, s. 1, <http://msl.cs.uiuc.edu/vr/vrch1.pdf> (Son Erişim Tarihi: 16.08.2021)

LANGGUTH, Johannes; POGORELOV, Konstantin ve Diğerleri, *Don't Trust Your Eyes: Image Manipulation in the age of Deep Fakes*, *Frontiers in Communication*, May 24, 2021, <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fcomm.2021.632317/full> (Son Erişim Tarihi: 24.05.2022).

LEMLEY, Mark A.; VOLOKH, Eugene; *Law, Virtual Reality, and Augmented Reality*, *University of Pennsylvania Law Review*, V. 166, No. 5, April 2018, 1051-1138).

LISZIO, Stefan; GRAF, Linda; MASUCH, Maic; *The Relaxing Effect of Virtual Nature: Immersive Technology Provides Relief in Acute Stress Situations*, *Annual Review of Cyber Theraph and TeleMedicine*, June 2018 (s. 87-93), <https://psycnet.apa.org/record/2019-27383-012> (Son Erişim Tarihi: 21.12.2021).

MANDAL, Sharmistha; *Brief Introduction of Virtual Reality & its Challenges*, *International Journal of Scientific & Engineering Research*, V. 4, I. 4, April 2013, (s. 304-309), <https://www.ijser.org/researchpaper/Brief-Introduction-of-Virtual-Reality-its-Challenges.pdf> (Son Erişim Tarihi: 20.08.2022)

MARQUEZ, Jessica J.; *An Introduction to Virtual Reality*, <https://web.mit.edu/16.459/www/VR1.pdf> (Son Erişim Tarihi: 16.08.2021)

MATTHIAS, Andreas; *The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata*. *Ethics and Information Technology* 6(3), 2004 (s. 175–183).

MAUCO, Olivier; *The Ideology of the Self in Ludic Digital Worlds*, (in *Digital Technologies of the Self*, Editors: Yasmine Abbas; Fred Dervin, Newcastle, Cambridge Scholars, 2009 (s. 109-123).

MESKYS, Edvinas; LIAUDANSKAS, Aidas ve Diğerleri; *Regulating Deep-Fakes: Legal and Ethical Considerations*, *Journal of Intellectual Property Law&Practice*, V. 15, I. 1, January 2020 (s. 24-31), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3497144 (Son Erişim Tarihi: 22.05.2022).

MILGRAM, Stanley; *Obedience to Authority: An Experimental View*, Harper & Row, 1974.

MILK, Chris; How Virtual Reality can create the ultimate empathy machine, TED2015, https://www.ted.com/talks/chris_milk_how_virtual_reality_can_create_the_ultimate_empathy_machine?language=en (Son Erişim Tarihi: 30.05.2022).

MILL, John Stuart; On Liberty, Karbon Kitaplar, Haziran 2020.

MILL, John Stuart; Özgürlük Üzerine, Çeviren: Berkay Tartıcı, Kutu Yayınları, Eylül 2019.

MOOSA, Ebrahim; Fetvalarda Teknoloji Sorunları: İnceliklerin Mercek Altına Alınması, Fıkıh ve Biyoetik, İslam Hukuku Bakımından Tıbbi Konularda Karar Verme Süreci-2, Editörler: M. İhsan Karaman; Hakan Erten; Mürteza Bedir, İsar Yayınları, İstanbul 2021 (s. 13-37).

O'BRIEN, Sara Ashley; She's been sexually assaulted 3 times, once in virtual reality, October 26, 2016, <https://money.cnn.com/2016/10/24/technology/virtual-reality-sexual-assault/index.html> (Son Erişim Tarihi: 21.05.2022).

ODABAŞ, Uğur Köksal; John Stuart Mill'in Düşüncesinde Özgürlük Sorunu, Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Aralık 2018, Sayı: 22 (s. 2685-2699).

OPPENHEIM, Charles; Virtual Reality and Virtual Library, Information Services and Use, V. 13, I. 3, 1993 (s. 215-227).

ÖZDAĞ, Sebile; İNKAYA, Bahar; Kanser Hastalarının Ağrı ve Kaygı Yönetiminde Sanal Gerçeklik Teknolojisi Kullanımı, Türkiye Sağlık Bilimleri ve Araştırmaları Dergisi, S, 4 (2), Mayıs 2021 (s. 44-51).

ÖZEN, Muharrem; KÖKSAL, Atacan; Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 68 (2), 2019 (s. 479-527).

ÖZTÜRK, Gülden Atilla; Türk Ceza Kanunu'nda Müstehcenlik Suçu, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2018.

PARIS, Britt; DONOVAN, Joan; Deepfakes and Cheap Fakes, The Manipulation of Audio and Visual Evidence, Data&Society, September 2019, https://datasociety.net/wp-content/uploads/2019/09/DS_Deepfakes_Cheap_FakesFinal.pdf (Son Erişim Tarihi: 09.01.2022).

PARMANAND, S.K.; Volenti non fit Iniuria in Roman Law, https://journals.co.za/doi/pdf/10.10520/AJA05872405_295 (Son Erişim Tarihi: 20.08.2022)

POBOŘILOVÁ, Michaela; Virtual Child Pornography, Masaryk University, Journal of Law and Technology, V. 5 (2), 2011 (s. 241-253).



PORTER, Zoe; HABLI, Ibrahim; MONKHOUSE, Helen; BRAGG, John; The Moral Responsibility Gap and Increasing Autonomy of Systems, First International Workshop Artificial Intelligence Safety Engineering, September 18, 2018, https://eprints.whiterose.ac.uk/133488/1/Resp_Gaps_paper_21.pdf (Son Erişim Tarihi: 30.05.2022).

RIEMER, Martin; TROJAN, Jörg; FUCHS, Xaver; The Rubber Hand Universe: On the Impact of Methodological Differences in the Rubber Hand Illusion, *Neuroscience & Biobehavioral Reviews*, July 2019 (s. 268-280).

ROHDE, Marieke Rohde; Massimiliano Di Luca; Marc O. Ernst, The Rubber Hand Illusion: Feeling of Ownership and Proprioceptive Drift Do Not Go Hand in Hand, *Plos One*, 6 (6), 2011, <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0021659> (Son Erişim Tarihi: 30.05.2022)

ROSEMOND, W. Calvin; Virtual Reality and Criminal Law, <https://royalelaw.ca/virtual-reality-and-criminal-law/> (Son Erişim Tarihi: 23.02.2022).

ROSENBERG, Roni; ROSENBERG, Hadar Dancig; Revenge Porn in the shadow of the first amendment, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, V. 24, 2022, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4021172 (Son Erişim Tarihi: 22.05.2022).

SAVRE, Francis Bowes; Mens Rea, *Harvard Law Review*, V. 45, I. 6, 1932 (s. 974-1026).

SCHMALZL, Laura; KALCKERT, Andreas; RAGNÖ, Christina; EHRSSON, Henrik; Neural Correlates of the Rubber Hand Illusion in Amputees: A Report of Two Cases, *Neurocase*, August 2014 (s. 407-420).

SENFTLEBEN, Martin; Adapting EU Trademark Law to New Technologies-Back to Basics, *Constructing European Intellectual Property: Achievements and New Perspectives* (Editors: C. Geiger), Edward Elgar Publishing, 2013 (s. 137-176).

SIEBER, Ulrich; Bilişim Teknolojisi ile Globalleşen Dünyadaki Tehlikelerin Önlenmesi ve Ceza Hukuku, Seçilmiş Makaleler, Editörler: Feridun Yenisey; Salih Oktar; Zehra Başer Doğan, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

SLATER, Mel; ANTLEY, Angus ve Diğerleri, A Virtual Reprise of the Stanley Milgram Obedience Experiments, December 2006, *PLOS One*, <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0000039> (Son Erişim Tarihi: 30.05.2022).

SOKULLU AKINCI, Füsün; Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi, *İÜHFİM*, C. 59, S. 1-2, 2001.

SOLOWEY, Rikki; A Question of Equivalence: Expanding the Definition of Child Pornography to Encompass “Virtual” Computer-Generated Images, *Tulane Journal of Technology & Intellectual Property*, V. 4, 2002 (s. 161-201).

SOYSAL, Tamer; Dijital Çağda Spor: Ekonomik ve Hukuki Yönleriyle E-Spor, *İstanbul Spor Hukuku Dergisi*, C. 3, S. 2, 2021 (s.75-141), s.124-129. (Kısaltması: Soysal, E-Spor, 2021)

SOYSAL, Tamer; İnternet Alan Adları Hukuku (Domain Name Law), *Adalet Yayınları*, Eylül 2014., s. 26-40. (Kısaltması, Soysal, Domain Name Law, 2014).

SOYSAL, Tamer; Markanın İnternet Ortamında Eleştiri Amaçlı Kullanımı: Anayasa Mahkemesi’nin 9 Ocak 2019 Tarihli Naif Şaşma Kararı Çerçevesinde Bir Değerlendirme, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 11, S. 40, Ekim 2019 (s. 53-111).

SOYSAL, Tamer; Unutulma Hakkının Avrupa Birliği’nin Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde İncelenmesi, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 13, 2019 (s.339-422).

SOYSAL, Tamer; Sınır Dışı (Deportation) ve Suçluların İadesi (Extradition) İlişkisi: Bağlantılar, Farklar ve Değerlendirmeler, *Adalet Dergisi*, S. 59, Eylül 2017 (s. 7-31).

SOYSAL, Tamer; Suçlu İadesinin Tarihsel Kökenleri, *Uluslararası Hukuk Bülteni*, S. 24, Eylül 2021 (s. 4-9).

SÖKER, Murat; Özdenetim ve Bağımlılık, <https://www.renkpsikoloji.com/oz-denetim-bagimlilik/> (Son Erişim Tarihi: 10.11.2021).

SÖZÜER, Adem; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bağlamında Çocukların Cinsel İstismarı Suçuna İlişkin Bir Değerlendirme, *İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Yayınları*, Ocak 2015 (s. 13-33).

STENERSEN, Anne; The Internet: A Virtual Training Camp?, *Terrorism and Political Violence*, 20 (2), 2008 (s. 215-233), <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09546550801920790> (Son Erişim Tarihi: 30.05.2022).

STEPHENSON, Neal; *Snow Crash*, Penguin, 1992.

STEUER, Jonathan; Defining Virtual Reality: Dimensions Determining Telepresence, *Journal of Communication*, V. 42, I. 4, December 1992, (s. 73-93).

STONE, Robert J.; Virtual Reality and Cyberspace: From Science Fiction to Science Fact, *Information Services and Use*, V. 11, I. 5, 1991 (s. 283-300).

ŞARE, Ersin; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası, *Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 2, 2019 (s. 977-1023).



ŞEN, Ersan; Sarkıntılık Suçu, 26 Haziran 2019, <https://www.hukukihaber.net/sarkintilik-sucu-makale,6797.html> (Son Erişim Tarihi: 12.04.2021).

TASSONE, Biagio G.; The Relevance of Husserl's phenomenological exploration of interiority of contemporary epistemology, Palgrave Communications, 2017, <https://www.nature.com/articles/palcomms201766> (Son Erişim Tarihi: 30.05.2022).

TİMUR, Beliz; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Taciz Suçu, Antalya Bilim Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2021.

UYYSAL, Dudu; Simülasyon Kavramı Çerçevesinde Wolfgang Hilbig'in "Ich" adlı Romanı, Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Nisan 2013.

WANG, Dangxiao; GUO, Yuan ve Diğerleri, Haptic Display for Virtual Reality: Progress and Challenges, Virtual Reality & Intelligent Hardware, V. 1, I. 2, April 2019 (s. 136-162), <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2096579619300130> (Son Erişim Tarihi: 15.05.2022).

WU, Yuanjie; WANG, Yu ve Diğerleri; Using a Fully Expressive Avatar to Collaborate in Virtual Reality: Evaluation of Task Performance, Presence, and Attraction, Frontiers in Virtual Reality, April 7, 2021, <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/frvir.2021.641296/full> (Son Erişim Tarihi: 21.12.2021).

XUE, Jia; HU, Ran ve Diğerleri; Virtual Reality or Augmented Reality as a Tool for Studying Bystander Behaviors in Interpersonal Violence: Scoping Review, JMIR Publications, February 2021, <https://www.jmir.org/2021/2/e25322/> (Son Erişim Tarihi: 10.12.2021).

YANG, James; Trademark Law in the Virtual Realism Landscape, New York University, Journal of Intellectual Property and Entertainment Law-JIPEL, V.8, N. 2, Spring 2019, (s. 409-433) (https://jipel.law.nyu.edu/wp-content/uploads/2019/06/Yang_Article.pdf).

YAVUZER, Hatice Esra; Kauçuk El Yanılsamasının Ayna Nöron Aktivitesi Üzerine Etkisinin Elektrofizyolojik Olarak İncelenmesi, Gazi Üniversitesi, Tıp Fakültesi, Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon Ana Bilim Dalı, Uzmanlık Tezi, Ankara, 2017.

YISROEL, Mirsky; LEE, Wenke; The Creation and Detection of Deepfakes: A Survey, ACM Computing Surveys, V. 1, No. 1, January 2020, <https://arxiv.org/pdf/2004.11138.pdf> (Son Erişim Tarihi: 09.01.2022).

YÜZÜGÜLLÜ, Halil Cihan; Müstehcenlik Suçu, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.

Bir defa atf yapılan internet kaynakları dipnotlarda yer almaktadır.

7406 SAYILI KANUN'UN SAĞLIK ÇALIŞANLARI BAKIMINDAN GETİRDİĞİ YENİ DÜZENLEMELER

New Regulations Brought by Law No. 7406 For Healthcare Workers

Serap KAYGUSUZ*

Özet

Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 7406 sayılı Kanun ile, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda hekimler ve diğer sağlık meslek mensupları bakımından önem arz eden değişiklikler yapılmıştır. Kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde görev yapan hekimler ve diğer sağlık meslek mensuplarının tıbbî uygulama hatalarını konu edinen soruşturmalar hakkında özel izin prosedürü getirilmiştir. Soruşturma izni verme yetkisi ise yeni düzenleme kapsamında oluşturulan Meslekî Sorumluluk Kurulu'na verilmiş; Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinde yer alan soruşturma usulüne tabi olanlar bu düzenleme dışında tutulmuştur. Meslekî Sorumluluk Kurulu'na tazminat konusunda da görevler verilmiştir. Yeni düzenleme ile artık, kamuya ait sağlık kurum ve kuruluşları ile Devlet Üniversitelerinde görev yapan hekimler ve diğer sağlık meslek mensupları hakkında, idare tarafından ödenen tazminatların ilgiliye rücu edilip edilmeyeceğine ve rücu miktarına Meslekî Sorumluluk Kurulu karar verecektir. Bunun yanında Türk Ceza Kanunu'nda, takdiri indirim hükümleri konusunda, kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarında, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunda, sağlık çalışanlarını da ilgilendiren önemli değişiklikler yapılmıştır. Sağlık çalışanlarına yönelik şiddet eylemlerinin yaptırımları bakımından değişikliklere gidilmiştir. Ayrıca, sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sırasında veya görevleri dolayısıyla işlenen kasten yaralama suçu, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer verilen katalog suçlar arasına eklenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Soruşturma izni, Rücu, Meslekî Sorumluluk Kurulu.

Abstract

With the Law on Amending the Turkish Penal Code and Some Laws, numbered 7406, important changes were made in the Health Services Basic Law, numbered 3359 for physicians and other healthcare professionals. A special permit procedure has been introduced for investigations on malpractices of physicians and other healthcare professionals working in public or private health institutions and organizations and foundation universities. The authority to authorize

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 01.07.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 21.12.2022*

* Hâkim, Türkiye Adalet Akademisi Öğretim Görevlisi, serap kaygusuz@taa.gov.tr, <https://orcid.org/0000-0001-6567-766X>



an investigation was given to the Professional Responsibility Board, which was established within the scope of the new regulation; those who are subject to the investigation procedure in Article 53 of the Higher Education Law are excluded from this regulation. The Professional Responsibility Board has also been assigned duties regarding compensation. With the new regulation, the Professional Responsibility Board would decide whether the compensation paid by the administration will be recourse to the relevant person and the amount of recourse, regarding physicians and other healthcare professionals working at public health institutions and organizations, and State Universities. Furthermore, important changes have been made in the Turkish Penal Code regarding the grounds for discretionary mitigation, in terms of crimes of murder and intentional injury, and the crime of preventing the right to benefit from public services. Changes have been made in terms of sanctions for acts of violence against healthcare workers. Moreover, the crime of intentional injury against the personnel working in health institutions and organizations, during or due to their duties, has been added to the catalog crimes included in the Criminal Procedure Law.

Key Words: Permission to investigate, Recourse, the Professional Responsibility Board.

GİRİŞ

12.05.2022 tarihinde kabul edilip 27.05.2022 tarihli ve 31848 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren **Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 7406 sayılı Kanun**, gerek sağlık çalışanlarına yönelik şiddet eylemlerinin yaptırımları bakımından gerekse de sağlık meslek mensupları tarafından gerçekleştirilen tıbbî uygulama hatası konulu cezaî ve hukukî uyuşmazlıklar bakımından, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda önem arz eden değişiklikler getirmiştir.

Bu çalışmada, maddî ceza hukuku ve muhakeme hukuku bakımından getirilen yeni düzenlemeler ile özel hukuk bakımından rücu tazminat davaları konusunda karşımıza çıkan değişiklikler çerçevesinde 7406 sayılı Kanun hükümleri irdelenmiş; ayrıca konuya ilişkin yüksek mahkeme içtihatları ile doktrindeki görüşlere yer verilerek, farklı bakış açıları ile aktarımda bulunulmaya çalışılmıştır.

I. TIBBÎ UYGULAMA HATASI KONULU CEZAÎ UYUŞMAZLIKLAR BAKIMINDAN GETİRİLEN YENİ DÜZENLEMELER

A. Genel Olarak Soruşturma İzni Konusunda Getirilen Yeni Düzenlemeler

7406 sayılı Kanun'un getirdiği en önemli yeniliklerden birisi, sağlık meslek mensuplarının tıbbî uygulama hatalarını konu edinen cezaî soruşturmalar ve kovuşturmalar konusunda 3359 sayılı Kanun'un ek 18. maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Yapılan bu yeni düzenleme ile, özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde veya kamuya ait sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan tüm sağlık meslek mensupları bakımından, sağlık mesleğinin icrası

kapsamında gerçekleştirilen tıbbî işlem ve uygulamalar sebebiyle yapılan soruşturmalar hakkında özel bir soruşturma izni müessesesi getirilmiştir.

7406 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile 3359 sayılı Kanun'un ek 18. maddesinin 1. fıkrasında soruşturma izni bakımından getirilen yeni düzenleme şu şekildedir:

“Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinde yer alan soruşturma usulüne tabi olanlar hariç olmak üzere, kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde görev yapan hekim ve diş hekimleri ile diğer sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbî işlem ve uygulamalar nedeniyle yapılan soruşturmalar hakkında 02.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Soruşturma izni, Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulan Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından verilir. Mesleki Sorumluluk Kurulu, özel sağlık kurum ve kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde görev yapan hekim ve diş hekimleri ile diğer sağlık meslek mensupları bakımından il sağlık müdürlüklerinde görevli başkan veya yardımcılarını da ön inceleme yapmak üzere görevlendirebilir. Soruşturma izni verilmesine ilişkin 4483 sayılı Kanunun 7 nci maddesindeki süreler, iki kat olarak uygulanır. Mesleki Sorumluluk Kurulunun kararlarına karşı Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz edilebilir.”

Soruşturma izni bakımından 7406 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde; sağlık çalışanlarının yaptıkları işin önemi, insan sağlığı ve hayatıyla doğrudan ilgili olması ve karmaşık niteliği dikkate alınarak tıbbî işlem ve uygulamalardan kaynaklanan suçlar nedeniyle adli soruşturma yapılabilmesi için var olan izin kurumunun gözden geçirilmesine ihtiyaç duyulduğu, bu çerçevede içinde uzmanların yer aldığı bir kurul oluşturulmak suretiyle sağlık mesleğinin icrası kapsamında işlenebilen suçlar bakımından cezaî soruşturma yapılabilmesinin bu kurulun iznine bağlandığı belirtilmiştir.

7406 sayılı Kanun'un 14. maddesinin gerekçesinde ise; hastaların şifa bulması ve tedavi sürecinde zarar görmemesi için meslekî tüm şartları yerine getirmek ve somut durumun gerektirdiği önlemleri almak zorunda olan sağlık çalışanlarının, fedakârca çalışmalarına ve sağlık hizmetlerinin sunumundaki tüm gayretlerine rağmen, hastaya, hastalığa veya sağlık imkânlarının niteliğine bağlı olarak beklentilerin tam olarak karşılanamadığı durumlarda mesleğin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbî işlem ve uygulamalar nedeniyle cezaî ve hukukî sorumluluklarının doğabilirdiği vurgulanmıştır. Bu açıklamalardan hareketle, soruşturma iznine ilişkin getirilen yeni değişikliklerin

ortak çıkış noktasının bu ekseninde yapılan değerlendirmeler olduğu, yeni düzenleme getirilirken sağlık hizmeti kapsamında kalan mesleklerin icrasında risk unsurunun fazlası ile ön planda olmasının gözetildiği anlaşılmaktadır.

B. Getirilen Yeni Düzenleme Kimleri Kapsayacaktır?

En başta belirtmek gerekir ki, 3359 sayılı Kanun'un ek 18. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde açıkça vurgulandığı ve madde gerekçesinde açıklanıldığı üzere; 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinde yer alan soruşturma usulüne tabi olanlar, yani **kamuya ait üniversite hastanelerinde görevli olan hekimler ve diğer sağlık meslek mensupları** hakkında, hatalı tıbbî uygulamalar dolayısıyla gerçekleştirilecek ceza soruşturmaları konusunda 7406 sayılı Kanun ile getirilen soruşturma izni prosedürü uygulanmayacak; bu kişiler bakımından 2547 sayılı Kanun'un 53. maddesinde düzenlenen soruşturma usûlleri uygulanmaya devam edecektir.

Bunun yanında düzenlemenin gerekçesinde belirtildiği üzere, halihazırda, **kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan hekimler ve diğer sağlık meslek mensuplarının** icra ettikleri tıbbî işlem ve uygulamalar sebebiyle yapılacak adlî soruşturmalar bakımından 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kapsamında kabul edilmiş izin usulleri bulunmaktadır. Bu kapsamda **Devlet Hastaneleri, Sağlık Ocakları, Dispanserler, Sağlık Merkezleri** gibi kamuya ait sağlık kurum ve kuruluşlarında, **kamu tüzel kişileri** bünyesinde veya **katma bütçeli kuruluşlar** bünyesinde görev yapan hekimler, diğ hekimleri ile diğ er sağlık meslek mensuplarının, sağlık mesleğinin ve dolayısıyla tıbbî müdahalenin icrası kapsamında gerçekleştirdikleri tıbbî işlem ve uygulamalar nedeniyle yapılan soruşturmalar hakkında 4483 sayılı Kanun hükümleri gereğince soruşturma izni talep edilmektedir.¹ Kamuda görev yapan hekimler ve diğ er sağlık meslek mensupları hakkında yapılacak tıbbî uygulama hatası konulu adlî soruşturmalar izin prosedürü konusunda yine 4483 sayılı Kanun hükümlerine tabi iken, yeni düzenleme ile sadece izin verme yetkisine sahip olan kurum bakımından değişikliğe gidilerek, bu yetki Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulan Meslekî Sorumluluk Kuruluna verilmiştir.

Aile hekimleri ile aile sağlığı çalışanları ise, 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu hükümleri gereğince sağlık hizmetinin icrası kapsamında işledikleri suçlar bakımından Devlet memuru gibi kabul edildiklerinden, bu kişiler hakkında yapılacak adlî soruşturmalar konusunda 4483 sayılı Kanun hükümleri kapsamında özel izin prosedürü uygulanmaktadır. Aile hekimleri ile aile sağlığı çalışanları hakkında tıbbî müdahalenin icrası sebebiyle yapılacak soruştur-

¹ Ahmet Er, Ömür Topaç ve Serap Kaygusuz, Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukukî, Cezaî ve İdarî Sorumluluk, (Adalet Yayınevi, Ankara 2021) 1053.

malar 4483 sayılı Kanun hükümleri kapsamında soruşturma iznine tabi olmaya devam ederken, yeni düzenleme ile artık soruşturma izni kararını Meslekî Sorumluluk Kurulu verecektir.

Özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde görev yapan hekimler, diş hekimleri ve diğer sağlık meslek mensupları hakkında, tıbbî müdahalenin icrası kapsamında yapılan işlem ve uygulamalar sebebiyle gerçekleştirilen adli soruşturmalar bakımından özel bir izin müessesesi bulunmadığından, Cumhuriyet savcıları tarafından soruşturmalara genel hükümlere göre devam edilmekte idi. Ancak yeni düzenleme ile, özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde görev yapan hekimler ve diğer sağlık meslek mensupları bakımından da izin usulü getirilmiştir.

Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık meslek mensuplarının tıbbî uygulama hataları bakımından, tıpkı memurlar ve diğer kamu görevlileri gibi 4483 sayılı Kanun hükümleri kapsamında Meslekî Sorumluluk Kurulu tarafından verilecek soruşturma izni prosedürüne tabi kılınması, Anayasa'nın 'kanun önünde eşitlik' ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile çeşitli tartışmalara konu olmuştur. Anayasa Mahkemesinin benzer bir konuya ilişkin değerlendirmesini içeren 16.12.2021 tarihli ve 2021/122 Esas – 2021/92 Karar sayılı kararına burada değinmek faydalı olacaktır.

İlgili karar, 3359 sayılı Kanun'un 12. maddesine 15.04.2020 tarihli ve 7243 sayılı Kanun'un 28. maddesiyle eklenen 2. fıkranın (a) ve (b) bentlerinin Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği iddiası ile yapılan başvuruya ilişkin değerlendirmeyi içermektedir. 3359 sayılı Kanun'un belirtilen hükümlerinde; kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli ile yardımcı sağlık personeline karşı görevleri sebebiyle işlenen kasten yaralama, tehdit, hakaret ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarında, ilgili maddelere göre tayin edilecek cezaların yarı oranında arttırılacağı ve bu suçlar bakımından hapis cezasının ertelenmesi hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararında; Anayasa'nın 10. maddesi kapsamında kanun önünde eşitlik ilkesinin amacının, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlayarak bu kişiler arasında ayırım yapılmasını önlemek olduğuna, bu ilkenin herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmediğine, durumlarındaki özellikler sebebiyle kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kural ve uygulamaların gerekli olabileceğine işaret edilmiş; Anayasa'nın 10. maddesi bağlamında aynı ya da benzer durumda bulunan kişilere farklı muamelenin mevcut olup olmadığı belirlendikten sonra, yapılan farklı muamelenin nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığının ve ölçülü olup olmadığının irdelenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Aynı kararda; kanun koyucu tarafından 7243 sayılı Kanun'un getiriliş amacının, sağlık personeline karşı gerçekleştirilen anılan nitelikteki suçların işlenmesini önlemek olduğu vurgulanarak, bu amaçla öngörülen farklı

muamelenin makul ve nesnel bir temele dayanmış olduğunun kabulünün gerekeceği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin, sağlık çalışanlarına karşı işlenen suçlar bakımından “kanun önünde eşitlik” ilkesi kapsamında yaptığı yorumundan hareketle, 7406 sayılı Kanun’la getirilen düzenleme bakımından değerlendirme yapılsa; Kanun’un 14. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere; herhangi bir izin usulüne tabi tutulmadan başlatılan adli soruşturmaların, sağlık meslek mensuplarının zaman kaybıyla karşılaşmalarına, hissedilen güvencesizliğe bağlı olarak motivasyonlarının düşmesine ve işlerinde verimsizliğe neden olduğu, bu durumun da sunulan hizmetin kalitesine zarar verdiği ve kanun koyucu tarafından düzenlemenin bu amaçla yapıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararda yaptığı yorumun ve gösterdiği gerekçenin, özel sağlık kurumlarında görev yapan sağlık meslek mensuplarının tıbbi uygulama hatalarına ilişkin soruşturma izni alınması zorunluluğu getiren yeni düzenleme açısından da kabul edilebilirliği mümkün olabilecektir. Özellikle son yıllarda sağlık meslek mensuplarının cezaî ve malî yönden sorumluluk doğurabilecek uygulamalardan kaçındıkları ve bu durumun da defansif tıp uygulamalarına sebebiyet verdiği düşünüldüğünde, kanun koyucunun yeni düzenlemedeki amacının sunulan sağlık hizmetinin kalitesini arttırmak olduğu, bu amaçla yapılan farklı uygulamanın da kabul edilebilir olduğu söylenebilir. Ancak özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık meslek mensuplarının soruşturma izni sistemi açısından memur ve kamu görevlileri ile aynı usule tabi kılınmış olmaları, uygulamada, bu kişilerin ceza hukuku bakımından kamu görevlisi kabul edilmelerinin gerekip gerekmeyeceği noktasında farklı tartışmaları beraberinde getirmiştir.² Konunun zaman içerisinde yüksek mahkemelerin içtihatları ile netlik kazanacağı düşünülmektedir.

Özetlemek gerekirse; 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 53. maddesinde yer alan soruşturma usulüne tabi olanlar hariç olmak üzere, gerek kamuya ait sağlık kurum ve kuruluşlarında, gerekse de özel sağlık kurum ve kuruluşlarında veya vakıf üniversitelerinde görev yapan hekimler, diş hekimleri ve diğer tüm sağlık meslek mensuplarının, sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları tıbbî işlem ve uygulamalar sebebiyle yapılacak adli soruşturmalar bakımından, 4483 sayılı Kanun kapsamında izin verme yetkisi Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulan Meslekî Sorumluluk Kuruluna verilmiştir. Kanun koyucu 7406 sayılı Kanun’un 14. maddesinin gerekçesinde; uygulamada birlik sağlamak amacıyla, hâlihazırda 4483 sayılı Kanun’daki izin usulüne tabi, kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık meslek mensupları bakımından soruşturma izninin, 4483 sayılı Kanun’da belirtilen merciler yerine Meslekî Sorumluluk Kurulu tarafından verilmesinin öngörüldüğünü belirtmiştir.

² Konuya ilişkin doktrinde benzer ve farklı görüşler ileri sürülmekle birlikte, makalemizin ana eksenini yeni düzenlemeye ilişkin uygulamaya yönelik aktarımlarda bulunulması olduğundan, konunun bu kapsamda ele alınması yeterli görülmüştür.

Tüm bu aktarılanlar ve madde gerekçesindeki açıklamalar kapsamında söylemek gerekirse, getirilen yeni düzenleme ile; **gerek kamu gerekse özel sektör bünyesinde** ruhsatlandırma, izin veya ilgili mevzuat uyarınca faaliyette bulunan **her basamaktan sağlık hizmet sunucusunda görev yapan** hekim, diş hekimi ve diğer sağlık meslek mensubunun; sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptığı muayene, tetkik, tahlil, teşhis, tedavi, tıbbî bakım, rehabilitasyon ve bunlar gibi tüm tıbbî işlem ve uygulamalar sebebiyle yapılacak adli soruşturmalar için izin alınması usulü getirilmiştir. Kanun gerekçesinde de belirtildiği üzere; **aile sağlığı merkezleri, kurum tabiplikleri, özel veya resmi poliklinikler, semt poliklinikleri, muayenehaneler, Devlet hastaneleri, özel hastaneler, tıp merkezleri, ağız ve diş sağlığı merkezleri, diyaliz merkezleri, toplum ruh sağlığı merkezleri** gibi her basamaktan kamu veya özel sağlık hizmet sunucusunda görev yapan, ister askeri ister sivil olsun, tüm hekim, diş hekimi ve diğer sağlık meslek mensupları hakkında yapılacak soruşturmalarda bu usul uygulanacaktır.

Soruşturma izni düzenlemesinin hekim ve diş hekimleri yanında sağlık meslek mensupları bakımından da uygulanacağı maddede açıkça belirtilmiş olduğundan, “sağlık meslek mensubu” kavramının kapsamına hangi sağlık çalışanlarının dahil olacağı konusuna da değinmek gerekmiştir.

15.06.2022 tarihli ve 31867 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren **Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbî İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’te “sağlık meslek mensubu”** kavramının; hekim, **diş hekimi ve eczacı** ile Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik’te sayılan diğer meslek mensuplarını ifade ettiği belirtilmiştir.

22.05.2014 tarihli ve 29007 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren **Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmeliğin 4. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde “sağlık meslek mensupları”:** “*Tabip, diş tabibi, eczacı, hemşire, ebe ve optisyen ile 1219 sayılı Kanun’un ek 13 üncü maddesinde tanımlanan diğer meslek mensupları*” şeklinde tanımlanmıştır.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’da, sağlık meslek mensupları tek tek görev tanımları ile birlikte belirtilmiştir. Burada tanımlanan sağlık meslek mensupları; **hekimler, diş hekimleri, ebeler, sünnetçiler, hastabakıcı hemşireler, diş protez teknikerleri** ile anılan Kanun’un ek 13. maddesinde görev tanımları yapılan; **klirik psikolog, fizyoterapist, odyolog, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, podolog, sağlık fizikçisi, anestezi teknisyeni/teknikeri, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikeri, tıbbi laboratuvar teknisyeni, tıbbi görüntüleme teknisyeni/teknike-**



ri, ağız ve diş sağlığı teknikeri, diş protez teknikeri, tıbbi protez ve ortez teknisyeni/teknikeri, ameliyathane teknikeri, adli tıp teknikeri, odyometri teknikeri, diyaliz teknikeri, fizyoterapi teknikeri, perfüzyonist, radyoterapi teknikeri, eczane teknikeri, iş ve uğraşı terapisti (ergoterapist), iş ve uğraşı teknikeri (ergoterapi teknikeri), elektronörofizyoloji teknikeri, mamografi teknikeri, acil tıp teknikeri, hemşire yardımcısı, ebe yardımcısı, sağlık bakım teknisyenidir.

Tüm bu düzenlemeler kapsamında; 3359 sayılı Kanun'un 7406 sayılı Kanun ile getirilen ek 18. maddesinde belirtilen "sağlık meslek mensubu" tanımının içeriğini, yukarıda ismi zikredilen sağlık meslek mensuplarının tamamının oluşturduğunu söylemek mümkündür.

Bunların dışında, sağlık meslek mensubu olmadığı hâlde, sağlık hizmetlerinde farklı kademelerde görev yapan çeşitli meslek mensupları da bulunmaktadır. Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmeliğin 4. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde, "**sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensupları**": "*Sağlık meslek mensubu olmadığı halde, sağlık hizmet sunumu çerçevesinde özgün görevi olan ve bu alanda çalışan diğer meslek mensupları*" olarak tanımlanmıştır. Sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensupları, sağlık meslek mensubu olarak kabul edilmezler. Örneğin; Bir hastanede görev yapan elektrik teknisyeni, hastanenin güvenlik görevlisi veya yemekhanesinde çalışan aşçı, sağlık meslek mensubu olmamakla birlikte, sağlık hizmetinin sunumunda görev alan diğer meslek mensupları olarak kabul edilmektedir. Sağlık meslek mensupları, tıbbî müdahalenin icrası sürecine meslekî bilgileri ile çeşitli aşamalarda katılan kimselerden oluşurken, sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensuplarının bu süreçte görevleri bulunmamaktadır. Bu kapsamda, 3359 sayılı Kanun'un 7406 sayılı Kanun ile getirilen ek 18. maddesinde belirtilen "sağlık meslek mensubu" tanımının içeriğine, sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensupları dâhil değildir. Zira Kanun koyucu burada belirtilen "sağlık meslek mensubu" kavramını titizlikle seçmiş; soruşturma izni sürecine ilişkin yeni düzenlemenin kapsamına, tıbbî müdahalenin icrası sürecinde yer alan ve tıbbî işlem ve uygulamalara katılan kişileri dahil etmek istediğini açıkça ifade etmiştir.

7406 sayılı Kanun çalışmalarında **eczacıların** sağlık meslek mensubu kavramı içerisine dahil edilip edilmediği konusunda tartışmalar yaşanırken, Adalet Komisyonu tarafından eczacıların sağlık meslek mensubu olarak kabul edildiği vurgulanarak, bu kavramın içeriğine ve dolayısıyla soruşturma iznine ilişkin yeni düzenlemeye dahil oldukları kabul edilmiştir. Adalet Komisyonu Raporlarında; 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 1. maddesinde eczacılık hizmetinin bir sağlık hizmeti olduğunun belirtildiği, Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensup-

larının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik'te sağlık meslek mensupları arasında eczacıların da sayıldığı, 1219 sayılı Kanun'un ek 13. maddesinde 39 adet sağlık meslek mensubunun tanımının yapıldığı, dolayısıyla getirilen düzenlemede kapsam bakımından bir belirsizlik ve ihtilafın bulunmadığı, diğer taraftan 1219 sayılı Kanun'un içeriğinde "tabip" ve "diş tabipleri" ibareleri geçtiğinden yapılacak bir değişikliğin, Kanun'un lafzından bir sapmaya ve diğer meslek mensuplarının kapsamda olup olmayacağı noktasında tereddütlere yol açabileceği belirtilmiştir.³ Nitekim Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbî İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te sağlık meslek mensubu kavramının içerisine eczacıların da dahil olduğu belirtilmiştir.

Tüm bunların yanında, kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan hekim ve diş hekimleri ile diğer sağlık meslek mensuplarının, sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbî işlem ve uygulamalar **dışında kalan** görevleri sebebiyle işledikleri suçlar bakımından, mevcut uygulama korunacak ve yapılacak adli soruşturmalar için 4483 sayılı Kanun'un 3. maddesinde gösterilen yetkili mercilerden izin istenilmesine devam olunacaktır.⁴ Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbî İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 2. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinde; bu Yönetmeliğin soruşturmaya ilişkin hükümlerinin, Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinde yer alan soruşturma usulüne tabi olanlar dışında kalan hekim ve diş hekimleri ile diğer sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbî işlem ve uygulamalar **haricindeki** fiillerinden doğan soruşturmalar hakkında uygulanmadığı belirtilmiştir.

C. Getirilen Yeni Düzenlemenin Kapsadığı Tıbbî İşlem ve Uygulamalar

3359 sayılı Kanun'a 7406 sayılı Kanun ile eklenen ek 18. maddede; sağlık meslek mensuplarının "**sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbî işlem ve uygulamalar**" nedeniyle yapılan soruşturmaların yeni düzenleme kapsamında olduğu belirtilmiştir. Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbî İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te "**Tıbbî işlem ve uygulama**" kavramı; "**Sağlık meslek mensupları tarafından sağlık mesleğinin icrası kapsamında yapılan muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin işlem ve uygulamalar**" şeklinde tanımlanmıştır. Yeni düzenleme-

³ Bkz. 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adalet Komisyonu Raporları, sayfa 106-107.

⁴ Bkz. 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesinin gerekçesi, Kabul Tarihi:12.05.2022, RG 27.05.2022/31848.



ye ilişkin 7406 sayılı Kanun'un 14. maddesinin gerekçesinde ise, hekimler, dış hekimleri ve diğer sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları **muayene, tetkik, tahlil, teşhis, tedavi, tıbbî bakım, rehabilitasyon ve bunlar gibi tüm tıbbî işlem ve uygulamalar** sebebiyle yapılacak adli soruşturmalar için izin alınması usulünün getirildiği belirtilmiştir.

Bu tanımlama ve açıklamalardan hareketle; Meslekî Sorumluluk Kurulu'nun soruşturma izni verme noktasındaki yetkisinin, hekimler ve dış hekimleri ile diğer sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tüm tıbbî işlem ve uygulamaları konu edinen adli soruşturmaları kapsadığını söylemek mümkündür.

Burada "tıbbî müdahale" kavramının irdelenmesi ve düzenlemede yer alan tanımın tıbbî müdahale kavramını kapsayıp kapsamadığının açıklanması gerekli görülmüştür.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde "**Tıbbî Müdahale**" kavramı; "*Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim*" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım ile mevzuatta yapılan diğer düzenlemeler çerçevesinde; hastalıkların teşhisi, tedavisi, teşhis ve tedavi ile tedavi sonrası süreçte yapılan tetkik ve tahliller, adli muayene, cerrahi girişimler, ilaçla tedavi yöntemleri şeklindeki tıbbî girişim ve uygulamalar tıbbî müdahale kapsamında kalmaktadır.⁵

Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından birisi, endikasyona yani tıbbî gerekliliğe dayalı olarak icra edilmesi, tedavi ve iyileştirme amacının bulunmasıdır. Bunun yanında, tedavi ve iyileştirme amacı bulunmakla birlikte; doğum kontrolüne ilişkin veya deney amaçlı icra edilen tıbbî müdahalelerde olduğu gibi, yasal endikasyona dayalı olarak gerçekleştirilen tıbbî müdahaleler; sünnet ve estetik amaçlı müdahalelerde olduğu gibi, sosyal veya psikolojik endikasyona dayalı olarak gerçekleştirilen tıbbî müdahaleler de bulunmaktadır.⁶ Fiziksel bir görünüm bozukluğunun veya ruhsal rahatsızlığın giderilmesi amaçlı yapılan estetik müdahalelerde tedavi amacı bulunduğu açıktır.⁷ Bununla birlikte sadece güzelleştirme amacı ile yapılan estetik müdahalelerde tedavi amacı bulunmamaktadır.

Yasal endikasyona veya sosyal ya da psikolojik endikasyona dayalı olarak gerçekleştirilen bu tür tıbbî müdahalelerin tedavi ve iyileştirme amacı bulunmadığından, 3359 sayılı Kanun'un ek 18. maddesinde yer alan "*sağlık mesleğinin icrası kapsamında yapılan muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin işlem ve*

⁵ Er, Topaç ve Kaygusuz (n 1) 33.

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ibid 336-338.

⁷ ibid 526.

uygulamalar” kapsamında kalıp kalmadığı sorusu akla gelebilecektir. Bununla birlikte Kanun koyucunun amacının, insan vücudu üzerinde ve tıp biliminin sınırları çerçevesinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî tüm tıbbî girişim ve uygulamalardan, dolayısıyla tüm tıbbî müdahalelerden kaynaklanan tıbbî uygulama hatalarını konu edinen soruşturmaların yeni düzenleme kapsamında kabul edilmesi olduğu da açıktır. Zira 7406 sayılı Kanun’un 14. maddesinin gerekçesinde; maddede belirtilen tıbbî işlem ve uygulamaların kapsamına, **muayene, tetkik, tahlil, teşhis, tedavi, tıbbî bakım, rehabilitasyon ve bunlar gibi tüm tıbbî işlem ve uygulamaların** dahil olduğu tek tek sayılmak suretiyle belirtilirken, sınırlayıcı olmamak ve belirtilen tıbbî işlem ve uygulamalar dışında kalan tüm tıbbî işlem ve uygulamaların da düzenleme kapsamında olduğunu vurgulamak adına “gibi” ifadesi kullanılmıştır.

D. Meslekî Sorumluluk Kurulunun Yapısı ve Çalışma Esasları

Meslekî Sorumluluk Kurulu üyelerinin tamamı Sağlık Bakanı tarafından belirlenen; Sağlık Bakan yardımcısı, Sağlık Hizmetleri, Kamu Hastaneleri, Hukuk Hizmetleri, Yönetim Hizmetleri genel müdürleri veya yardımcıları ile profesör veya doçent unvanlı biri dâhilî, diğeri cerrahi branştan iki hekim olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur. Sağlık Bakanı gelen işin niteliği ve sayısına göre, başka bir Bakan yardımcısının başkanlığında birinci fıkrada belirtilen unvan ve nitelikleri haiz kişilerden yeni kurullar oluşturabilir. Meslekî Sorumluluk Kurulunun başkanı Bakan yardımcısıdır. Kurulun profesör veya doçent unvanlı biri dâhilî, diğeri cerrahi branştan iki hekim üyesinin görev süresi iki yıl olup, süresi sona eren üyelerin yeniden seçilebilmesi mümkündür.⁸ Düzenlemede, Meslekî Sorumluluk Kurulunun profesör veya doçent unvanlı biri dâhilî, diğeri cerrahi branştan iki hekim üyesi dışında kalan diğer üyeleri bakımından görev süresi belirtilmemiştir.

Yeni düzenleme ile, Meslekî Sorumluluk Kurulu üyelerinin rücu konusunda verdikleri kararlar sebebiyle malî ve idarî yönden sorumlu tutulabilmeleri için, görevlerinin gereklerine aykırı hareket ettiklerinin kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararıyla tespit edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.⁹

⁸ 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun (Kabul Tarihi: 07.05.1987 RG 15.05.1987/19461.) ek 18. maddesi (12.05.2022-7506/14 md.), Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbî İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin (RG 15.06.2022/31867.) 5. maddesinin 1, 2 ve 9. fıkraları.

⁹ 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 14. maddesinin gerekçesi, Kabul Tarihi:12.05.2022, RG 27.05.2022/31848, Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbî İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin (RG 15.06.2022/31867.) 14. maddesi.



Meslekî Sorumluluk Kurulu **ayda en az bir kez** ve **en az dört üyenin** katılımı ile toplanır. Kurul kararlarını **üye tam sayısının salt çoğunluğuyla** alırken, üyeler tarafından oylamalarda çekimser oy kullanılamaz. Görüşülmekte olan veya Meslekî Sorumluluk Kuruluna gelmesi muhtemel güncel konular hakkında görüş ve düşünceler toplantı dışında açıklanamaz; toplantının ve oylamanın gizliliği muhafaza edilir. Kararlar ve varsa karşı oylar, gerekçeleri ile birlikte yazılarak imzalanır.¹⁰

Meslekî Sorumluluk Kurulunun gündemi kurul başkanı olan Bakan yardımcısı tarafından zamanaşımı ve hak düşürücü süreler dikkate alınarak belirlenir ve Kuruldaki görüşmeler gündemdeki sıraya göre yapılır. Aynı konuyu içeren veya benzerlik gösteren gündem maddelerinin birleştirilerek görüşülmesine veya gündemdeki maddelerin sırasının değiştirilmesine Meslekî Sorumluluk Kurulu Başkanı tarafından karar verilebilir.¹¹

Meslekî Sorumluluk Kurulu toplantılarında ele alınacak teknik ve uzmanlık gerektiren konular hakkında danışma görevi yapmak, görüş ve önerilerini sunmak üzere en az üç kişiden oluşan ihtisas komisyonları kurulabilir. İhtisas komisyonu üyeleri Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından teklif edilen konunun uzmanı adaylar arasından Kurul Başkanı tarafından seçilirken, komisyon üyeleri Kurulda oy kullanamazlar.¹²

E. Meslekî Sorumluluk Kurulunun Soruşturma İzni Verilmesine Dair Görevleri

Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbî İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinin 1. fıkrasında, Meslekî Sorumluluk Kurulunun soruşturma izni verilmesine dair görevleri şu şekilde düzenlenmiştir:

*“1) Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinde yer alan soruşturma usulüne tabi olanlar dışındaki sağlık meslek mensupları hakkında tıbbî işlem ve uygulamaları nedeniyle **ön inceleme** yapmak veya yaptırmak,*

*2) Ön inceleme raporundaki bulgulara göre gerek gördüğünde **yeniden inceleme** yapmak veya yaptırmak,*

¹⁰ 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun (Kabul Tarihi: 07.05.1987 RG 15.05.1987/19461.) ek 18. maddesi (12.05.2022-7506/14 md.), Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbî İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin (RG 15.06.2022/31867.) 5. maddesinin 3, 4 ve 6. fıkraları.

¹¹ Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbî İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin (RG 15.06.2022/31867.) 5. maddesinin 5. fıkrası.

¹² Aynı Yönetmeliğin (RG 15.06.2022/31867.) 5. maddesinin 7. fıkrası.

3) Soruşturma izni verilip verilmemesine **karar** vermek,

4) Soruşturma iznine ilişkin kararın yetkili merciye **intikal** ettirilmesini temin etmek.”

Yeni düzenleme kapsamında, gerek kamuda gerekse de özel sektörde veya vakıf üniversitelerinde görev yapan hekimler ve diğer sağlık meslek mensupları tarafından, sağlık mesleğinin icrası kapsamında yapılan muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbî işlem ve uygulamalar sebebiyle soruşturma izni vermeye yetkili tek merci, Sağlık Bakanlığı bünyesinde oluşturulan Meslekî Sorumluluk Kuruludur. 4483 sayılı Kanun’un 3. maddesinde belirtilen mercilerin bu konuda soruşturma izni yetkileri artık bulunmamaktadır.

Soruşturma izni; Meslekî Sorumluluk Kurulunun; Cumhuriyet başsavcılığının sağlık meslek mensubu hakkında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre soruşturma yapabilmesine izin vermesidir.¹³

Meslekî Sorumluluk Kurulu, sağlık meslek mensuplarının 3359 sayılı Kanun kapsamına giren bir suç işlediğini öğrendiğinde, 4483 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatının öngördüğü usule göre bir ön inceleme yapar veya yaptırır.¹⁴ **Ön inceleme;** Sağlık meslek mensuplarının tıbbî işlem ve uygulamaları nedeniyle Meslekî Sorumluluk Kurulu tarafından bizzat yapılan veya kamuda görevli sağlık meslek mensupları hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanununun 5. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen görevlilere ya da özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde görev yapan sağlık meslek mensupları hakkında il sağlık müdürlüklerinde görevli başkan veya yardımcılara yaptırılan incelemedir.¹⁵ Bu düzenleme kapsamına Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinde yer alan soruşturma usulüne tabi olan sağlık meslek mensupları girmemektedir.

Ön incelemeyi Meslekî Sorumluluk Kurulu bizzat yapabileceği gibi, kamuda görevli hekimler ve diğer sağlık meslek mensupları bakımından, görevlendireceği bir veya birkaç denetim elemanı veya hakkında inceleme yapılanın üstü konumundaki memur ve kamu görevlilerinden biri veya birkaçı eliyle de yaptırabilir.¹⁶

¹³ Aynı Yönetmeliğin (RG 15.06.2022/31867.) 9. maddesinin 1. fıkrası.

¹⁴ Aynı Yönetmeliğin (RG 15.06.2022/31867.) 8. maddesinin 1. fıkrası.

¹⁵ Aynı Yönetmeliğin (RG 15.06.2022/31867.) 7. maddesi.

¹⁶ 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un (Kabul Tarihi: 02.12.1999, RG 04.12.1999/23896) 5. maddesinin 3. fıkrası. Aynı fıkranın devamında; “İnceleme yapacakların, izin vermeye yetkili merciin bulunduğu kamu kurum veya kuruluşunun içerisinden belirlenmesi esastır. İşin özelliğine göre bu merci, anılan incelemenin başka bir kamu kurum veya kuruluşunun elemanlarıyla yaptırılmasını da ilgili kuruluştan isteyebilir. Bu isteğin yerine getirilmesi, ilgili kuruluşun takdirine bağlıdır.” hususları hüküm altına alınmıştır.



Ayrıca yeni düzenleme ile, özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde görev yapan hekim, diş hekimi ve diğer sağlık meslek mensuplarının, kamu yönetimindeki hiyerarşik yapıya dahil olmadıkları hususu dikkate alınarak; belirtilen sağlık meslek mensupları hakkında 4483 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre yapılacak ön incelemede, il sağlık müdürlüklerinde görevli başkan veya yardımcılarının da görevlendirilebilmesi imkânı getirilmiştir.¹⁷ Buradaki başkan ve başkan yardımcısı; il sağlık müdürlüğü bünyesinde ihtiyaca göre halk sağlığı, kamu hastaneleri, ilaç ve tıbbî cihaz, sağlık ve acil sağlık hizmetleri ile personel ve destek hizmetlerini yürütmek üzere yönetici pozisyonunda istihdam edilen personeli ifade eder.¹⁸

Yapılacak ön inceleme sırasında; şikâyet konusunun münhasıran 3359 sayılı Kanun kapsamındaki sağlık meslek mensuplarının tıbbî işlem ve uygulamalarına ilişkin olduğu tespit edilir ise inceleme tamamlanarak rapor düzenlenecek; bunun yanında; inceleme sırasında fiilin faili veya konusu bakımından tefrik edilmesi gerektiği anlaşılır ise, 3359 sayılı Kanun kapsamında olan kısım tefrik edilerek buna ilişkin ön inceleme ayrıca yürütülerek sonuçlandırılacaktır.¹⁹

Ön inceleme neticesinde hazırlanan raporun karar vermeye yeterli olduğu değerlendirilir ise, Meslekî Sorumluluk Kurulu tarafından soruşturma izni konusunda gerekçeli olarak bir karar verilir; bunun yanında; Meslekî Sorumluluk Kurulu aydınlatılması gereken hususlar tespit ederse, bizzat veya ön inceleme yapıp aynı veya başka görevliler eliyle yeni bir inceleme yaptırabilir.²⁰

Meslekî Sorumluluk Kurulu tarafından soruşturma izni verilmesine ilişkin **sürelerle** geldiğimizde; 3359 sayılı Kanun'un ek 18. maddesinde, 4483 sayılı Kanun'un 7. maddesindeki sürelerin iki kat uygulanacağı belirtilmiştir. Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbî İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 9. maddesinin 2. fıkrasına göre; Meslekî Sorumluluk Kurulu tarafından soruşturma izni konusundaki karar, suçun Kurul tarafından öğrenildiği tarihten itibaren ön inceleme dâhil **en geç altmış gün içinde** verilecektir. Bu süre, zorunlu hallerde **otuz günü** geçmemek üzere bir defa uzatılabilmekte; sürenin son günü bir tatil gününe rastlarsa süre, tatil gününü izleyen

¹⁷ 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesinin gerekçesi. (Kabul Tarihi:12.05.2022, RG 27.05.2022/31848), 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun (Kabul Tarihi: 07.05.1987 RG 15.05.1987/19461.) ek 18. maddesi (12.05.2022-7506/14 md.).

¹⁸ Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbî İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin (RG 15.06.2022/31867.) 4. maddesi.

¹⁹ Aynı Yönetmeliğin (RG 15.06.2022/31867.) 8. maddesinin 2. fıkrası.

²⁰ Aynı Yönetmeliğin (RG 15.06.2022/31867.) 8. maddesinin 3. fıkrası.

çalışma gününün bitimine kadar uzamaktadır. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise, Meslekî Sorumluluk Kurulu tarafından her halde ikinci fıkrada belirtilen süreler içinde soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi konusunda gerekçeli olarak karar verilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Meslekî Sorumluluk Kurulunun soruşturma izni verilmesine ya da verilmesine dair kararı; **Cumhuriyet başsavcılığına**, hakkında ön inceleme yapılan **sağlık meslek mensubuna, şikâyet edene ve il sağlık müdürlüğüne** gönderilir.²¹ Meslekî Sorumluluk Kurulu, kararlarının ilgililere hangi kanun yolları ve mercilere hangi süre içinde başvurulabileceği belirtilerek bildirilmesini temin etmekle görevlidir.²² Soruşturma izni verilmesine dair karara karşı hakkında inceleme yapılan sağlık meslek mensubu, soruşturma izni verilmemesine dair karara karşı Cumhuriyet başsavcılığı veya şikâyetçi, işleme koymama kararına karşı da şikâyetçi tarafından, Meslekî Sorumluluk Kurulu kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren **on gün içinde Ankara Bölge İdare Mahkemesine** itiraz edebilir.²³ Düzenlemede, 4483 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtildiğinden, haliyle 4483 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca bu kapsamda yapılan itirazlar da öncelikle incelenecek ve **en geç üç ay içinde kesin olarak** karara bağlanacaktır.²⁴ İtiraz üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesi tarafından verilen kararlar kesindir.

Malpraktis konulu cezai ve hukukî uyuşmazlıklarda, sağlık meslek mensubunun tıbbî uygulama hatasının bulunup bulunmadığının, aynı zamanda hareket ile ölüm veya yaralanma şeklinde ortaya çıkan netice arasında nedensellik ilişkisinin tespiti çok özel tıp bilgisini gerekli kılmaktadır. Yeni düzenleme yapılırken bu husus gözetilerek, Meslekî Sorumluluk Kuruluna karar verme sürecinde ön inceleme yapılmasını sağlamak ve gerekli görülmesi hâlinde alanında uzman kurum ve kuruluşlardan bilirkişi görüşü istemek imkânı tanınmıştır. Bununla birlikte tıp biliminin çok çeşitli uzmanlık alanlarına ve alt dallara ayrılmış olduğu düşünüldüğünde, soruşturma izni ve rücu konusunda karar verecek Meslekî Sorumluluk Kurulunda daha fazla sayıda ve çeşitli branşlarda hekim bulundurulması ya da teknik ve uzmanlık gerektiren konularda danışma görevi yapacak ihtisas komisyonlarının oluşumunda bu hususun gözetilmesi fayda sağlayacaktır. Kanun koyucu da düzenlemeyi yaparken aynı düşünceyle hareket etmiş, Meslekî Sorumluluk Kuruluna soruşturma izni ve rücu konusunda bilirkişi hizmetlerinden faydalanma ve danışma görevi yapmakla yetkili ihtisas komisyonları oluşturma görevi vermiştir. Ayrıca, özel sağlık kurum ve

²¹ Aynı Yönetmeliğin (RG 15.06.2022/31867.) 10. maddesi.

²² Aynı Yönetmeliğin (RG 15.06.2022/31867.) 6. maddesinin 1-(d) bendi.

²³ Aynı Yönetmeliğin (RG 15.06.2022/31867.) 11. maddesi.

²⁴ 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesinin gerekçesi, Kabul Tarihi:12.05.2022, RG 27.05.2022/31848.



kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde görev yapan sağlık meslek mensupları hakkında soruşturma izni bakımından ön inceleme yapmak üzere, il sağlık müdürlüklerinde görevli başkan ve başkan yardımcılarının da Meslekî Sorumluluk Kurulu tarafından görevlendirilebilmesine imkân tanınmıştır.

1219 sayılı Kanun'da hekimler ve diğ er hekimleri dahil yaklaşık 39 sağlık meslek mensubunun görev tanımı yapılmıştır. Tıp biliminin birbirinden farklı çok sayıda tıbbî branşa ayrılmış olması itibarıyla, ülkemiz genelinde gerek özel sektörde gerekse de kamuda görev yapan tüm sağlık meslek mensuplarının tıbbî uygulama hatalarına ilişkin soruşturma izni ve rücu konularında karar vermekle yetkilendirilen Meslekî Sorumluluk Kurulunun muhtemel iş yükü göz etilerek, birden fazla sayıda kurullar oluşturulmasına imkân tanınması isabetli olmuştur.

F. Yeni Düzenlemenin Derdest Olan Soruşturma ve Kovuşturmalara Etkisi

7406 sayılı Kanun ile, hekimler ve diğ er sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbî işlem ve uygulamalar sebebiyle yapılacak soruşturmalar konusunda, izin prosedürü bakımından kapsamlı değişiklikler getirilmiştir. Halihazırda önem arz eden konulardan birisi de, belirtilen yeni düzenlemelerin derdest olan soruşturma ve kovuşturmalarda uygulanma zorunluluğ unun bulunup bulunmadığı konusudur.

1. Haklarında Kesinleşmiş Soruşturma İzni Kararı Bulunanlar

7406 sayılı Kanun'un 15. maddesinin gerekçesinde; uygulamada sorun yaşanmaması ve hak ihlallerine neden olunmaması için, 3359 sayılı Kanun'a eklenen 18. maddeyle getirilen düzenlemelere ilişkin geçiş hükümlerinin belirlendiği belirtilmiştir. Bu kapsamda 3359 sayılı Kanun'a 7406 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile eklenen geçici 13. maddenin 1. fıkrasına göre; 3359 sayılı Kanun'un soruşturma iznine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı ek 18. maddesinin birinci fıkrası hükümleri, 4483 sayılı Kanun hükümleri uyarınca haklarında kesinleşmiş bir soruşturma izni verilenler bakımından uygulanmaz ve soruşturma veya kovuşturmalara devam olunur.

Kamu görevlisi olan hekimler ile diğ er sağlık meslek mensupları bakımından düzenleme öncesinde de 4483 sayılı Kanun hükümleri kapsamında soruşturma izni müessesesi uygulanmakta idi. Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinde yer alan soruşturma usulüne tabi olan hekimler ve diğ er sağlık meslek mensupları ise zaten yeni düzenlemenin kapsamı dışında tutulmuştur. Kanun koyucu yeni düzenlemenin gerekçesinde; kamuya ait sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan hekimler ve diğ er sağlık meslek mensuplarından, haklarında kesinleşmiş bir soruşturma izni kararı bulunanlar bakımından dava şartı gerçekleşmiş olduğ undan usul ekonomisi dikkate alınarak Meslekî So-

rumluluk Kurulundan yeniden izin istenilmesine gerek görülmediğini, bu nedenle mevcut soruşturma ve kovuşturmalara aynen devam olunacağını hükme bağlandığını vurgulamıştır. Bu kapsamda haklarında **düzenleme öncesinde alınmış ve kesinleşmiş soruşturma izni kararı bulunan hekimler ve diğer sağlık meslek mensuplarının halihazırda devam eden soruşturma ve kovuşturmaları bakımından, yeni düzenleme kapsamında Meslekî Sorumluluk Kurulundan soruşturma izni alınmasına gerek bulunmamaktadır.** Bu kişiler bakımından soruşturma ve kovuşturmalar aynen devam edecektir.

2. Haklarında Kesinleşmiş Soruşturma İzni Verilmeme veya İşleme Koymama Kararı Bulunanlar

Düzenleme öncesinde de 4483 sayılı Kanun hükümleri kapsamında soruşturma iznine tabi olan ve yine düzenleme öncesinde 4483 sayılı Kanun kapsamında **haklarında kesinleşmiş bir soruşturma izni verilmeme veya işleme koymama kararı bulunanlar bakımından** ise soruşturma veya kovuşturmaya devam edilmesi zaten mümkün olmadığından, ek 18. maddenin birinci fıkrası kapsamında **yeniden işlem yapılmasının söz konusu olmayacağı** madde gerekçesinde belirtilmiştir. Buna göre haklarında, Kanun'un yürürlüğe girdiği 27.05.2022 tarihinden önceki bir tarihte verilmiş ve kesinleşmiş soruşturma izni verilmemesine veya işleme konulmamasına ilişkin karar bulunan kişiler bakımından, yeni düzenleme gereğince yeniden soruşturma izni süreci işletilmeyecektir.

3. Haklarındaki Soruşturma İzni Süreci Devam Edenler

Kamuya ait sağlık kurum ve kuruluşlarında görevli olan ve 7406 sayılı Kanun kapsamındaki düzenlemenin yürürlüğe girdiği **27.05.2022** tarihi itibarıyla, 4483 sayılı Kanun hükümleri gereğince haklarında soruşturma izni talep edilmiş olup da, henüz soruşturma iznine ilişkin süreci tamamlanmamış olan hekimler ve diğer sağlık meslek mensupları bakımından soruşturma izni sürecinin nasıl işletileceği konusu irdelenmelidir. 7406 sayılı Kanun'un 15. maddesinin gerekçesinde açıklandığı üzere; ek 18. maddenin birinci fıkrası kapsamında olup da haklarında 4483 sayılı Kanun hükümleri uyarınca kesinleşmiş bir karar bulunmayanlar, başka bir ifade ile soruşturma iznine ilişkin süreci henüz tamamlanmayanlar bakımından **soruşturma veya kovuşturmaya devam edilebilmesi için Meslekî Sorumluluk Kurulundan izin istenilmesi gerekmektedir.** Bu kapsamda 27.05.2022 tarihi itibarıyla haklarında 4483 sayılı Kanun hükümleri gereğince soruşturma izni süreci devam edenler bakımından mevcut soruşturma izni süreci işletilmemeli, 7406 sayılı Kanun kapsamındaki yeni düzenleme gereğince Meslekî Sorumluluk Kurulundan izin talebinde bulunulmalı ve yeni düzenleme hükümlerinin uygulanması sağlanmalıdır.



4. Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşları ile Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapanlar

7406 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 27.05.2022 tarihi öncesinde, özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde görev yapan hekimler ve diğer sağlık meslek mensuplarının tıbbî uygulama hatalarının soruşturulması özel izne tabi değilken, yeni düzenleme ile bu soruşturmalar da 4483 sayılı Kanun kapsamında soruşturma iznine tabi hâle getirilmiştir. 7406 sayılı Kanun'un **yürürlük tarihinden sonra** işlenen bu kapsamdaki suçlar bakımından artık Meslekî Sorumluluk Kurulundan soruşturma izni talep edilmesi dava şartıdır. Özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde görev yapan hekimler ve diğer sağlık meslek mensupları hakkında, tıbbî uygulama hatalarından dolayı bu izin alınmadan soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte, **suç tarihi** 7406 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği **27.05.2022 tarihinden önce olan** bu kapsamdaki suçlar bakımından, Kanun'un yürürlük tarihi itibarıyla halihazırda devam eden soruşturma ve kovuşturmalarda, izin prosedürüne ilişkin yeni düzenleme hükümlerinin uygulanmasının gerekli olup olmadığı sorusu akla gelecektir. 7406 sayılı Kanun'un geçiş hükümlerinin düzenlendiği 15. maddesinin gerekçesinde açıklandığı üzere; özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde görev yapan hekim ve diş hekimleri ile diğer sağlık meslek mensupları bakımından ek 18. maddenin 1. fıkrasıyla, muhakeme şartı niteliğini haiz izin müessesesi getirildiğinden, bu kişiler hakkında sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbî işlem ve uygulamalar nedeniyle halen yürütülen soruşturma veya kovuşturmalarda Meslekî Sorumluluk Kurulundan izin alınması gerekmektedir. Bu kapsamda, 7406 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla devam eden soruşturmalar bakımından Meslekî Sorumluluk Kurulundan izin talep edilerek, izin verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi durumunda soruşturmaya devam edilmelidir. 7406 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla haklarında kamu davası açılmış olup da kovuşturma süreci devam eden hekimler ve diğer sağlık meslek mensupları bakımından ise, izin sürecinin işletilmesi için derhal durma kararı verilerek Meslekî Sorumluluk Kurulundan izin istenmeli, izin verilmesi durumunda kovuşturmaya devam edilmelidir.

Uygulamada da **Yargıtay 12. Ceza Dairesinin ve İstinaf Mahkemelerinin**, özel sağlık kurumlarında görev yapan hekimler ve diğer sağlık meslek mensupları hakkında tıbbî uygulama hatalarını konu edinen ve henüz temyiz veya istinaf sürecinde olan dosyaları, Meslekî Sorumluluk Kurulundan izin talep edilmesinin sağlanması bakımından bozma kararı vermek suretiyle iade ettiği görülmektedir. Nitekim Yargıtay 12. Ceza Dairesinin konuya ilişkin 06.10.2022 tarihli ve 2022/1005-2022/6290 sayılı kararında; özel bir hastane-

de pratisyen hekim olarak görev yapan sanık hekim hakkında tıbbî uygulama hatası iddiası ile taksirle yaralama suçundan devam eden yargılama neticesinde verilen mahkûmiyet hükmüne yönelik yapılan temyiz incelemesi neticesinde, 7406 sayılı Kanun değişikliği kapsamında Meslekî Sorumluluk Kurulundan soruşturma izni istenmesi ve sanık hekimin hukukî durumunun buna göre değerlendirilmesi zorunluluğunun bulunması bozma konusu yapılmıştır.²⁵

Önemle belirtmek gerekir ki, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında veya vakıf üniversitelerinde görev yapan hekimler ile diğer sağlık meslek mensupları hakkında, sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbî işlem ve uygulamalar sebebiyle yapılacak soruşturmalar bakımından 4483 sayılı Kanun kapsamında Meslekî Sorumluluk Kurulundan soruşturma izni alınması zorunluluğu getirilmiş ise de, bu durum, adı geçen hekimler ve diğer sağlık meslek mensuplarının kamu görevlisi olduğu anlamına gelmemektedir. 5237 sayılı TCK'nın 6. maddesinde ceza kanunlarının uygulanmasında kamu görevlisi; "*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*" şeklinde tanımlanmıştır. Özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde görev yapan hekimler ve diğer sağlık meslek mensupları bu tanıma uymadığından, ceza hukuku bakımından kamu görevlisi olarak kabul edilmezler. Bu kişiler bakımından 4483 sayılı Kanun kapsamında soruşturma izni zorunluluğunun getirilmesi, bu kişilerin kamu görevlisi olduğunu kabule yetmez. Dolayısıyla **özel sağlık kurum ve kuruluşlarında veya vakıf üniversitelerinde görev yapan hekimler ile diğer sağlık meslek mensupları ceza hukuku bakımından kamu görevlisi olarak kabul edilmediklerinden**, bu kişiler TCK'nın 257. maddesinde tanımlanan **görevi kötüye kullanma suçunun faili de olamazlar**. Zira görevi kötüye kullanma suçu kamu görevlileri tarafından işlenebilen özgü suç niteliğindedir. Kamu görevlisi olmayanlar tarafından bu suçun işlenebilmesi mümkün değildir. Bu kişilerin görevi kötüye kullanma suçu bakımından ceza sorumlulukları bulunmamaktadır. Kamu görevlisi olmayan bu kişiler hakkında yapılan soruşturmaların hangi usule tabi olduğu önem arz etmeksizin, bu kişiler yönünden görevi kötüye kullanma suçu işlenemez suç niteliğinde olduğundan, adı geçenlerin bu suç bakımından cezalandırılabilmeleri mümkün değildir.

²⁵ Benzer şekilde Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 06.09.2022 tarihli ve 2020/3969-2022/5360 sayılı, 29.09.2022 tarihli ve 2020/4301-2022/6103 sayılı, 20.09.2022 tarihli ve 2022/1635-2022/5834 sayılı kararları ile Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 12. Ceza Dairesinin 06.06.2022 tarihli ve 2021/979-2022/1662 sayılı, Adana Bölge Adliye Mahkemesi 14. Ceza Dairesinin 14.06.2022 tarihli ve 2022/845-2022/2246 sayılı, Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 11. Ceza Dairesinin 14.10.2022 tarihli ve 2022/2321-2022/2739 sayılı, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 19. Ceza Dairesinin 06.10.2022 tarihli ve 2021/1183-2022/2153 sayılı kararları.



II. TIBBÎ UYGULAMA HATASI KONULU RÜCUAN TAZMİNATLAR BAKIMINDAN GETİRİLEN YENİ DÜZENLEMELER

A. Genel Olarak Rücu Konusunda Getirilen Yeni Düzenlemeler

7406 sayılı Kanun'un kamuya ait sağlık kurum ve kuruluşları ile Devlet Üniversitelerinde görev yapan sağlık meslek mensupları bakımından getirdiği en önemli yeniliklerden bir diğeri de, rücu konusuna ilişkindir. Bu konuda 7406 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile getirilen yeni düzenleme, 3359 sayılı Kanun'un ek 18. maddesinin ikinci fıkrasında karşımıza çıkmaktadır. Yapılan bu yeni düzenleme ile; kamuya ait sağlık kurum ve kuruluşları ile Devlet Üniversitelerinde görev yapan hekimler, diş hekimleri ve diğer sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbî işlem ve uygulamalar nedeniyle, idare tarafından ödenen tazminatların ilgili hekime ve diğer sağlık meslek mensubuna rücu edilip edilmeyeceğine ve rücu miktarına, ilgilinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanıp kullanmadığı ve kusur durumu gözetilerek Meslekî Sorumluluk Kurulu tarafından karar verilecektir.

Vakıf üniversitelerinde görev yapan sağlık meslek mensupları ise rücu bakımından bu düzenleme kapsamına dahil edilmemiştir. Doktrinde; vakıf üniversiteleri açısından rücu konusunda farklılık yaratılmasının Anayasa'nın 10. maddesi kapsamında eşitlik ilkesine aykırı olduğuna ilişkin görüşler bulunmaktadır.²⁶ Bunun yanında *Yargıtay*; kamu tüzel kişisi olarak kanunla kuruldukları ve kamu hizmeti sundukları tartışmasız olan vakıf üniversiteleri hastanelerinin, Devlet üniversiteleri hastanelerinden farklı tutulmasının hukuken olanaksız olduğunu; sağlık hizmetinin sunulmasından kaynaklanan zararların tazmin sorumluluğunun doğup doğmadığının, idari yargı yerince hizmet kusuru ilkesi kapsamında incelenerek karar verilmesi gerektiğini kabul etmektedir.²⁷

Rücu isteminin temel dayanağını **Anayasa'nın** 129. maddesinin 5. fıkrası oluşturmaktadır. Buna göre; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri **kusurlardan** doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir. Anayasa'daki amir hüküm doğrultusunda **657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun** 13. maddesinde de idarenin rücu hakkına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Anayasa'nın yukarıda zikredilen amir hükmü kapsamında rücu idare açısından bir haktır. Bu sayede ilgili kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği kusurdan kaynaklanan tazminat yükünün Devlet üzerinde bırakılmaması sağlan-

²⁶ Serkan Çınarlı, Munise Seray Göncü Döner, Kerim Azak, Kamu görevlilerine Rücu Davaları, (Adalet Yayınevi, Ankara 2022) 83.

²⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2014/13-566 K 2015/1339, 13.05.2015.

maktadır. Bununla birlikte idarenin her durumda, ödediği tazminatı ilgiliye rücu etme zorunluluğunun bulunup bulunmadığı sorusu akla gelebilecektir. *Doktrin-de*; Anayasa’da yer verilen “rücu edilmek kaydıyla” ifadesinden, idare tarafından ödenen tazminatın kamu görevlisine rücu edilmesinin zorunluluk olduğu,²⁸ idarenin rücu etmek dışında bir yetkisi bulunmadığından idare tarafından ilgili sağlık meslek mensubuna rücu için bir karar alınmaması durumunda bireylerin rücu kararı alınması için idareye başvurma yetkilerinin bulunduğu,²⁹ yönünde görüşler bulunmaktadır. *Danıştay* kararlarında, rücu hakkının kural değil istisna olmasının gereği olarak bu hakkın ancak mevzuatın açıkça izin verdiği hâllerde kullanılabilmesinin mümkün olduğu vurgulanmaktadır.³⁰

Yargıtay; Anayasa’nın 129/5. maddesinde “kusur” şartından bahsedildiğine göre, zararlar zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında ilişki kurulabilmekte ise, bu tür davranışların **kasten veya ihmalen** işlenmesine bakılmaksızın kamu personelinin hizmetten ayrılmayan kişisel kusurları olarak ortaya çıktığını, eylemin kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın idarenin sorumluluğu ile güvence altına alındığını ve bu eylemlerden doğan davaların ancak idare aleyhine açılması gerektiğini kabul etmekte;³¹ ceza yargılamasında tıbbî eylem ile hasta zararı arasında nedensellik ilişkisinin kurulamadığı durumlarda rücu tazminat koşullarının oluşmadığına karar vermektedir.³²

Rücu hakkının en temel dayanağını oluşturan Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında, rücu konusundaki temel ölçütün kusur olduğu vurgulanmıştır. Bu düzenlemede yer alan “*yetkilerini kullanırken işledikleri kusur*” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği konusu **Yargıtay** tarafından da tartışılmış; Yüksek Mahkeme kararlarında; sorumluluk hukuku açısından kusurun, kast ve ihmâl (taksir) olmak üzere ikiye ayrılacağı, **kast** hukuka aykırı sonucun bilerek ve istenerek meydana getirilmesi iken, **ihmalin**, hukuka aykırı sonuç istenmemekle birlikte böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması ve gereken özenin gösterilmemesi olduğunu kabul etmiş; Anayasa’nın 40/3, 125/son ve 129/5. maddeleri ile uygulamanın çerçevesi net olarak çizildiğinden, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, ancak rücu edilmek şartı ile idare aleyhine açılabileceği açıkça ifade edilmiştir.³³

²⁸ Çınarlı, Göncü Döner, Azak, (n 26) 39.

²⁹ Ramazan Yıldırım, Kamu Hastanelerinde Çalışan Sağlık Çalışanlarına Karşı Açılan Rücu Davaları, Editörler Hakeri H, Doğan C, IV. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, (Aristo Yayınevi, İstanbul 2021) 421-423.

³⁰ Danıştay 15. Daire, E 2015/3117 K 2016/3761, 25.05.2016.

³¹ Er, Topaç ve Kaygusuz (n 1) 877, (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E 2011/4-592 K 2012/25, 01.02.2012).

³² ibid 881.

³³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2011/4-592 K 2012/25, 01.02.2012.



7406 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenleme ile, ilgilinin görevinin gereklerine aykırı davrandığına ilişkin kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı bulunması hâlinde, somut olaydaki kusur durumu da değerlendirilerek, idarenin ödediği tazminatın ilgiliye rücu edilmesine Meslekî Sorumluluk Kurulu tarafından karar verilecektir. Yine mevcut düzenleme ile, kamu görevlisine rücunun belirli koşullara bağlı kılındığını söylemek mümkündür. Belirtilen şartların yerine getirilmesi hâlinde Kurulun tazminatın rücu edilmesi konusunda olumlu karar vermesi gerekecektir. İdare tarafından ödenen tazminatın ilgisine rücu edilmesi konusunda Meslekî Sorumluluk Kurulu yetkili kılınırken, kanun koyucu tarafından sağlık meslek mensuplarının tazminat baskısından kurtarılmasının ve bu sayede sunulan hizmetin kalitesinin artırılmasının amaçlandığı açıktır. Meslekî Sorumluluk Kurulunun rücu konusundaki kararlarının yargısal denetimi, bu kararların iç hukukta yer alan düzenlemelere uygunluğu ve mahkemelerin rücu davalarındaki inceleme yetkilerinin Kurul tarafından belirlenen rücu miktarları ile sınırlı olup olmadığı konularında tartışmalar bulunmakla birlikte, tüm bu hususlar bakımından konunun zaman içerisinde Yüksek Mahkemelerin içtihatları ile netlik kazanacağı düşünülmektedir.

Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbî İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 12. maddesinin 2. fıkrasına göre **rücu istemi**; kamu kurum ve kuruluşları ve Devlet üniversitelerinde görev yapan sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar sebebiyle idare aleyhine açılan davada mahkeme kararına göre idarece ödenen meblağın; ancak **kasten** görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullandığı kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı ile tespit edilmesi halinde, ilgili sağlık meslek mensubundan tazminata konu olaydaki kusur oranı gözetilerek Meslekî Sorumluluk Kurulu tarafından belirlenen miktarının ödenmesinin istenilmesidir.

3359 sayılı Kanun'un ek 18. maddesinde rücu konusunda, **ilgilinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanıp kullanmadığı ve kusur durumu gözetilerek** karar verileceği belirtilmekle birlikte; kanun hükmü yönetmelikte yer alan düzenleme ile bir bütün olarak değerlendirildiğinde, rücu konusunda belirlenen ölçütün, ilgilinin **ancak kasten görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullandığının tespiti** olduğu anlaşılmaktadır.

7406 sayılı Kanundaki düzenlemede yer alan “**ilgilinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanıp kullanmadığı ve kusur durumu**” ibaresinin içerisine, hem **icrai** davranışla hem de **ihmali** davranışla görevin gereklerine aykırı davranılması şeklinde gerçekleştirilen görevi kötüye kullanma eylemleri girmektedir. Zira görevin kötüye kullanılması şeklindeki eylemlerin icrai veya ihmali hareketle gerçekleştirilebilmesi müm-

kündür. Yasal düzenlemede yer almayan “*kasten görevin gereklerine aykırılık*” şartına yönetmelikte yer verilmesi tartışmalı olmakla birlikte³⁴, düzenleme bir bütün olarak değerlendirildiğinde; yukarıda ifade edildiği üzere rücu konusunda getirilen yeni ölçüt ile Kanun koyucunun amacının, idare tarafından ödenen tazminatın ancak kasten görevin gereklerine aykırı hareket edilerek görevin kötüye kullanıldığına tespiti halinde ilgisine rücu edilmesinin mümkün kılınması olduğu düşünülmektedir.

Rücu konusunda karar verilirken, ilgilinin kasıtlı şekilde görevinin gereklerine aykırı hareket etmiş olması yanında somut olaydaki kusur durumu da değerlendirilecek, böylelikle ikili bir değerlendirme yapılması gerekecektir. Zira Meslekî Sorumluluk Kurulu rücuya izin verir ise rücu edilecek miktarı da belirleyeceğinden, bu belirlemeyi ilgilinin somut olaydaki kusur durumunu gözeterek yapacaktır. Tüm bunların yanında ilgilinin görevinin gereklerine kasten aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullandığının kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı ile tespit edilmiş olması aranacaktır.

Sağlık meslek mensubunun görevinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle görevini kötüye kullandığına ilişkin ceza mahkemesi kararı bulunmadan ve bu karar kesinleşmeden Meslekî Sorumluluk Kurulu tarafından kusurun değerlendirilmesi ve dolayısıyla rücu konusunda karar verilmesi mümkün olmayacağından, Kurula başvuru imkânı da ortadan kalkacaktır. Bu itibarla ceza mahkemesinde ilgili hakkında söz konusu eyleme ilişkin devam eden bir ceza yargılaması bulunmakta ise, kovuşturma sürecinin tamamlanması ve hükmün kesinleşmesi beklenerek ceza yargılamasının sonucuna göre değerlendirme yapılmalıdır.

Yukarıda ifade edildiği üzere; ilgili hekim ve diğer sağlık meslek mensubunun kasten görevinin gereklerine aykırı hareket ederek görevini kötüye kullanmış olduğu ceza yargılaması neticesinde ceza mahkemesi tarafından tespit edilir ve ceza mahkemesinin bu husustaki kararı kesinleşir ise, ilgilinin tazminata konu somut olayın gerçekleşmesindeki kusur oranı göz önüne alınarak Meslekî Sorumluluk Kurulu tarafından belirlenen miktarın ödenmesi kendisinden istenebilecektir. Kamuya ait sağlık kurum ve kuruluşları ile Devlet Üniversitelerinde görev yapan hekimler ve diğer sağlık meslek mensuplarının, sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları tıbbî işlem ve uygulamalar sebebiyle idare tarafından ödenen tazminatın ilgilinin somut olaydaki kusur oranına göre rücu edilip edilmeyeceğine ve rücu edilecek ise miktarına, görevin kötüye kullanıldığına tespit eden ceza mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren 1 yıl içinde Meslekî Sorumluluk Kurulu tarafından karar verilecektir. 7406 sayılı Kanun’un 13. maddesinin 4. fıkrası kapsamında bu kararın verilmesi sırasında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanıp

³⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız Çınarlı, Göncü Döner, Azak, (n 26) 75-76.



kullanmadığı hususundaki kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı ile mahkûmiyete karar verilen sağlık meslek mensubunun tazminata konu olaydaki kusur oranı gözetilecektir.

Doktrinde, rücu konusunda karar vermekle yetkili Meslekî Sorumluluk Kurulunda daha fazla sayıda hekim bulundurulmasının faydalı olacağı, hatta soruşturma izni konusunda özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde görev yapan sağlık meslek mensupları açısından il sağlık müdürlüklerinde görevli başkan ve yardımcılarının Meslekî Sorumluluk Kurulu tarafından ön inceleme yapmak üzere yetkilendirilebilmesi imkânının, rücu konusunda da getirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.³⁵ Yukarıda “Meslekî Sorumluluk Kurulunun soruşturma izni verilmesine dair görevleri” başlığında bu konuya ilişkin görüşümüz ifade edildiğinden, tekrardan kaçınmak adına ilgili bölüme atıf yapmakla yetinilmiştir.

B. Rücu Usûl ve Esasları

Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbî İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinde Meslekî Sorumluluk Kurulu'nun rücuya dair görevleri şu şekilde belirlenmiştir:

“1) İdare aleyhine tazminata hükmeden mahkeme kararının, sağlık meslek mensubunun görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullandığını tespit eden kesinleşmiş ceza mahkemesi kararının, inceleme raporu ile ilgili diğer evrakın raporla birlikte eksiksiz olarak sekretarya tarafından Kurula sunulmasını sağlamak,

2) İdarece yapılan ödemeye, sağlık meslek mensubunun görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanmasının sebebiyet verdiğinin kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı ile tespit edildiği hallerde;

i) Gerektiğinde ilgili sağlık meslek mensubunu, zarar gören veya hak sahibini veya kanunî temsilcilerini ve varsa sigorta şirketinin temsilcisini dinlemek,

ii) İdarî yargı kararı uyarınca ödenen meblağın hangi miktarının sağlık meslek mensubunun kesinleşmiş ceza mahkemesi kararına konu fiilinden kaynaklandığını gerekirse uzman bilirkişiye tespit ettirmek,

³⁵ Çınarlı, Göncü Döner, Azak, (n 26) 78-79.

iii) Sağlık meslek mensubunun tazminata konu olaydaki kusur oranına göre rücu edilip edilmeyeceğine, edilecek ise miktarına görevin kötüye kullanıldığını tespit eden **ceza mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde** gerekçeli olarak karar vermek ve verilen kararın usulüne uygun olarak ilgili idarelere, sağlık meslek mensubuna ve varsa sigorta şirketine bildirilmesini sağlamak,

3) Rücu edilmesine karar verilen dosyaları ilgili idareye göndermek.”

Yeni düzenlemeye göre rücu davası açılmasının ön şartı Meslekî Meslekî Sorumluluk Kuruluna başvurulmasıdır. Kurula başvurulmadan rücu davası açılması hâlinde davanın usulden reddi gerekecektir.

Düzenlemede yer alan **ilgili idareler**; mesleğini icra eden sağlık meslek mensubu çalıştıran bütün kamu idarelerini ifade etmektedir. Yine Yönetmeliğin 13. maddesinin 1. fıkrasına göre, **inceleme**; mahkeme kararına göre idarece ödenen meblağın sağlık meslek mensubundan rücu tazmin edilip edilmeyeceği hususunda Kurul tarafından verilecek karara esas olmak üzere sağlık meslek mensubunun görevli olduğu idarece yaptırılan incelemedir. Aynı maddenin devamına göre; inceleme neticesinde tanzim edilen rapor, sağlık meslek mensubunun meslekî malî sorumluluk sigortası varsa, poliçe ve ekleri ile hadisenin sigortacıya ihbar edildiğine dair belge ve kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı ile birlikte rücu değerlendirmesine esas olmak üzere, incelemenin tamamlandığı tarihten itibaren **yedi gün** içinde idare tarafından Meslekî Sorumluluk Kuruluna intikal ettirilir. Meslekî Sorumluluk Kurulu sekretaryası evrakları şekli bakımından inceleyerek varsa eksikliklerin **on gün** içinde tamamlanmasını sağlar.

Meslekî Sorumluluk Kurulu'nun rücu konusunda karar verme süresi **1 yıl** olup bu süre, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanıp kullanmadığına ilişkin kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı ile mahkûmiyetine karar verilen sağlık meslek mensubunun tazminata konu olaydaki kusur oranı gözetilerek, ceza mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Rücu istemi, ceza mahkemesi kararının kesinleşmesi sonucunda tespit edilen sorumlu kişiye yöneltilir ve rücu miktarı belirlenirken ilgili sağlık mesleği mensubunun tazminata konu olaydaki kusur oranı gözetilerek karar verilir.³⁶

Meslekî Sorumluluk Kurulu tarafından rücu istemine ilişkin verilen kararın **yedi gün** içinde ilgili idarelere intikali sağlanarak, rücu edilmesine karar verilen miktar, ilgili idarelerce genel hükümlere göre tahsil edilir.³⁷

³⁶ Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbî İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin (RG 15.06.2022/31867.) 13. maddesinin 4. fıkrası ile 12. maddesinin 3. fıkrası.

³⁷ Aynı Yönetmeliğin (RG 15.06.2022/31867.) 13. maddesinin 5. ve 6. fıkraları.

C. Yeni Düzenlemenin Görülmekte Olan Rücu Davalarına Etkisi

3359 sayılı Kanun'a 7406 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile eklenen geçici 13. maddenin 2. fıkrasında; **Kamu kurum ve kuruluşları ve Devlet üniversitelerinde görev yapan hekim ve diş hekimleri ile diğer sağlık meslek mensuplarının** sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle idare tarafından ödenen tazminattan dolayı açılan rücu davalarından, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla yargılaması devam edenler bakımından, ek 18. maddenin ikinci fıkrası uyarınca karar verilmek üzere Mesleki Sorumluluk Kuruluna başvurusu için davacıya **iki aylık süre** verileceği hüküm altına alınmış; maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere bu düzenleme ile, 3359 sayılı Kanun'un ek 18. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen rücu davalarına ilişkin hükümlerin görülmekte olan davalar bakımından da uygulanması sağlanmıştır.

Devam eden rücu davasında verilen iki aylık süre içerisinde başvuru yapılması üzerine, rücu konusunda Meslekî Sorumluluk Kurulu tarafından karar verilecektir. Devam eden yargılamada mahkeme tarafından davacıya iki aylık sürenin verilmemesi durumunda, mutlaka davacı tarafça mahkemeden süre talebinde bulunulması gerektiği, talebin mahkemece olumsuz değerlendirilmesi hâlinde ise Kanun yoluna başvurularak bu konuda süre verilmesi imkânının sağlanması gerektiği düşünülmektedir.

Devam etmekte olan rücu davaları bakımından 2 aylık süre içerisinde yapılan başvuru üzerine Meslekî Sorumluluk Kurulu tarafından rücu konusunda karar verilirken, ilgilinin görevinin gereklerine kasten aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullandığının kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı ile tespit edilmiş olması şartının aranması gerektiği açıktır.

Devam etmekte olan rücu davasında belirtilen süre içinde Meslekî Sorumluluk Kuruluna başvuruda bulunulmasına rağmen, Kurul tarafından rücu edilmesine yer olmadığına kararı verilmesi durumunda, devam eden davada mahkeme tarafından esasa ilişkin bir hüküm kurulma imkânı da ortadan kalkmış olacaktır.

Düzenlemeye göre; davacı tarafından belirtilen süre içerisinde Meslekî Sorumluluk Kuruluna karar verilmek üzere başvuru yapılmaması hâlinde dava usûlden reddedilecek ve bu durumda yargılama gideri taraflar üzerinde bırakılarak davacı aleyhine vekâlet ücretine de hükmedilmeyecektir. Maddenin gerekçesinde açıklandığı üzere Kanun koyucu tarafından bu düzenleme ile, rücu davalarında uyuşmazlığın hem idarî yoldan çözülebilmesi hem de görülmekte olan davaların usul ekonomisi ilkesi dikkate alınarak sürüncemede kalmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

III. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ KONUSUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

5237 sayılı TCK'nın 62. maddesinde takdiri indirim nedeni olarak kabul edilen kriterler ve bu bağlamda takdiri indirim nedenlerinin neler olabileceği, sınırlı olmamak üzere ve örnekleme yolu ile belirlenmiş iken; ³⁸ 7406 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle yapılan değişiklikle maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "gibi hususlar" ibaresi çıkartılarak, değişikliğin gerekçesinde belirtildiği üzere takdiri indirim nedenleri tahdidi hâle getirilmiştir. ³⁹

Maddenin değişiklik öncesi hâlinde serbest değerlendirme sisteminin bir sonucu olarak takdiri indirim nedenleri maddede sayılanlar ile sınırlı tutulmamıştı. Yüksek mahkeme kararlarında da sıklıkla; maddede örnek olarak sayılan takdiri indirim nedenleri dışında veya bunlara ilaveten, her somut olayın özelliğine ve failin kişisel durumuna göre değişebilecek ve önceden öngörülemez nedenler de hâkim tarafından birlikte değerlendirilerek, bu konuda hak, adalet ve nasafet kurallarına uygun bir değerlendirme yapılması gerektiği vurgulanmakta idi. ⁴⁰

Elbette ki değişiklik öncesinde de hâkimin takdiri indirim nedenlerini değerlendirme konusundaki yetkisinin sınırsız olmadığı, takdiri indirimin uygulanmasına karar verirken olduğu gibi takdiri indirimin uygulanmamasına karar verirken de dosya kapsamına uygun, yeterli ve kanunî gerekçelere dayanması zorunluluğunun bulunduğu, 07.06.1976 tarihli ve 3-4 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı ile bu karara atıf yapan Yüksek Mahkeme kararlarında da açıklandığı üzere; uygulamada çıkabilecek olan ve önceden öngörülme imkânı bulunmayan çeşitli hâlleri kapsayacak bir kalıp bulmanın zorluğu sebebiyle kanun koyucu tarafından hâkimin bu yetkisinin sınırlandırılmasından özenle kaçınıldığı kabul edilmekte idi. ⁴¹

Yeni değişiklikle maddede yer verilen "gibi hususlar" ibaresinin hükümden çıkarılıp takdiri indirim nedenleri tahdidi hâle getirilmekle, takdiri indirim nedenleri bakımından sınırlayıcı bir değerlendirme sisteminin benimsendiğini söylemek mümkündür. Bu itibarla artık hâkim tarafından takdiri indirim nedeninin varlığı ya da yokluğu değerlendirilirken sadece maddede yer verilen nedenler ile sınırlı ve sayılan bu nedenler kapsamında takdir hakkının kullanılması mümkün olacak, maddede sayılanlar dışına çıkılarak farklı bir neden takdiri indirim nedeni olarak kabul edilemeyecektir.

³⁸ Bkz. Madde gerekçesi, Cumhuriyet Şahin, İzzet Özgenç, TC. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, 178, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı 2; Sıra Sayısı 664; sh. 470 vd.

³⁹ Bkz. 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesinin gerekçesi, Kabul Tarihi:12.05.2022, RG 27.05.2022/31848.

⁴⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E 2019/1-289 K 2021/109, 16.03.2021.

⁴¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E 2019/1-289 K 2021/109, 16.03.2021.



Yine maddenin ikinci fıkrasında belirtilen “failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları” nedeni, “*failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları*” şeklinde değiştirilerek, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışlarından pişmanlık göstergesi içermeyenlerin, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmeyeceği vurgulanmıştır. Bu itibarla failin sadece pişman olduğunu sözlü şekilde ifade etmesi yeterli görülmezken, pişmanlığını samimi davranışları ile ortaya koyması ve failin fiilden sonra samimi şekilde pişmanlık gösterdiğinin dosya içeriğine yansımaları aranacaktır.

Bunun yanında düzenlemenin gerekçesinde açıkça; TCK'nın 62. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen; “*Ancak failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaz.*” cümlesi ile, failin samimi pişmanlığını gösteren davranışları gözlemlenemediği hâlde, yalnızca takdiri indirimden faydalanmak için duruşmada pişman olduğunu söylemesi veya yargılama mercilerine karşı saygılı tutumunu ifade eden kılık ve kıyafeti dikkate alınarak verilecek cezada indirim yapılamayacağı vurgulanmıştır. Bu sayede failin sadece şekli tutum ve davranışları veya pişman olduğuna ilişkin beyanı ile yetinilmeyip, pişmanlığını samimi olarak ortaya koyması ve bu konuda mahkemenin ikna olması gerekecektir.

Yine düzenlemenin gerekçesinde açıklandığı üzere, yapılan tüm bu değişikliklerle, takdiri indirim nedenlerinin gerekçeli kararda failin eylemleriyle ve somut olayla ilişkilendirilerek, denetime açık ve kuşkuya yer bırakmayacak şekilde belirtilmesi amacı ile, TCK'nın 62. maddesinin 2. fıkrasının sonunda takdiri indirim nedenlerinin kararda gerekçeleriyle gösterileceği belirtilmiştir. Zira Anayasa'nın 141. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “Bütün mahkemelelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.” amir hükmü de gözetildiğinde, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına karar verilirken olduğu gibi uygulanmamasına karar verilirken de gerekçe gösterilmeli, gösterilen gerekçenin dosya içeriğine uygun, yasal ve yeterli olması gerekliliğine dikkat edilmelidir.

Sağlık çalışanlarına yönelik şiddet içerikli fiillere ilişkin yapılan yargılamalarda ya da sağlık meslek mensupları tarafından gerçekleştirilen tıbbî uygulama hatası sonucu cezaî uyuşmazlıklarda, ilgili suçların failleri bakımından takdiri indirim nedenlerinin değerlendirilmesi sırasında, 7406 sayılı Kanun ile takdiri indirim nedenleri konusunda getirilen yeni düzenlemeler göz önünde bulundurulmalıdır.

IV. KASTEN ÖLDÜRME VE KASTEN YARALAMA SUÇLARI BAKIMINDAN GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

5237 sayılı TCK'nın kasten öldürme suçunun nitelikli hâllerinin düzenlendiği 82. maddesinde 7406 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, suçun kadına karşı işlenmesi hâli nitelikli hâller arasına alındığından, kadın olan bir sağlık

çalışanının kasten öldürülmesi, kasten öldürme suçunun nitelikli hâli olarak kabul edilecektir.

Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesinin 2. fıkrasında; kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip oldukları, Devletin, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu ve bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı amir hükmü bulunmaktadır. Esasen, öldürme suçunun mağdurunun kadın olmasının nitelikli hâl sayılmasına ilişkin yeni düzenleme, Anayasa'nın amir hükmü doğrultusunda Devlet tarafından kadın erkek eşitliğinin yaşama geçirilmesinin sağlanması maksadıyla almış olduğu tedbirlerin yansması niteliğindedir. Zira Kanun koyucunun düzenlemedeki amacının, toplumun tamamı üzerinde olumsuz etkilere sebebiyet veren kadına yönelik şiddet içeren eylemleri engellemek ve bu eylemlerle daha etkin şekilde mücadele edilerek caydırıcılığı sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte Kanun'un düzenleniş biçimine baktığımızda, mağdurun kadın olması nitelikli hâl olarak karşımıza çıkarken faile yönelik bir özgülemeye gidilmemiştir. Dolayısıyla kadın bir fail tarafından kadın bir mağdura karşı işlenen öldürme suçunda da bu nitelikli hâlin uygulanması zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Konu çeşitli açılardan tartışmaları beraberinde getirmekle birlikte, uygulamanın zaman içerisinde Yüksek Mahkeme içtihatları ile netliğe kavuşması mümkün görünmektedir.

7406 sayılı Kanun ile kasten yaralama suçu bakımından da değişiklikler getirilmiştir. 5237 sayılı TCK'da kasten yaralama suçunun daha az cezayı öngören nitelikli hâlinin düzenlendiği 86. maddenin 2. fıkrasının sonuna; "*Suçun kadına karşı işlenmesi hâlinde cezanın alt sınırı altı aydan az olamaz.*" ibaresi eklenerek, basit tıbbî müdahale ile giderilebilecek şekilde kasten yaralama suçunun mağdurunun kadın olması durumunda temel cezanın alt sınırı 4 aydan 6 aya çıkarılmıştır. Kadın olan bir sağlık çalışanının kasten basit tıbbî müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanmasına sebebiyet verilmesi durumunda, TCK'nın 86. maddesinin 2. fıkrası gereğince belirlenecek temel ceza 6 ay hapis veya adlî para cezasından aşağı olamayacaktır.

7406 sayılı Kanun'un 3. maddesinin gerekçesinde açıklandığı üzere; basit tıbbî müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanan kadın mağdurun aynı zamanda sağlık çalışanı olması ve bu suçun görevi nedeniyle işlenmesi hâlinde verilecek ceza, 86. maddenin 3. fıkrası ve 3359 sayılı Kanun'un ek 12. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ayrı ayrı arttıırma tabi tutulacaktır. Zira 3359 sayılı Kanun'un ek 12. maddesine göre; kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli ile yardımcı sağlık personeline karşı görevleri sebebiyle işlenen kasten yaralama (madde 86) suçunda, ilgili maddelere göre tayin edilecek cezalar yarı oranında artırılır. Aynı zamanda TCK'nın 86. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendinde kasten yaralama suçunun kişinin yeri-



ne getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın verilecek cezanın yarı oranında arttırılacağı hüküm altına alınmıştır. Her iki arttırım düzenlemesi hem özel sağlık kurum ve kuruluşlarında hem de kamuya ait sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personellerine karşı işlenen kasten yaralama suçu bakımından uygulanmaktadır. Zira 3359 sayılı Kanun'un ek 12. maddesine göre; özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personel, bu görevleriyle bağlantılı olarak kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulanmasında kamu görevlisi sayılır.

Burada, kamu görevlisi olarak kabul edilen sağlık çalışanlarına karşı görevlerinden dolayı işlenen kasten yaralama suçunda iki nitelikli hâlin değerlendirilmesi suretiyle ayrı ayrı yarı oranında arttırım öngörülmesinin mükerrem cezalandırmaya sebebiyet verdiği iddiası ile yapılan başvuruda, Anayasa Mahkemesi 13.10.2021 tarihli ve 2020/91-2021/73 sayılı kararında; öngörülen yaptırımın niteliği ve ağırlığı ile kanun koyucunun Anayasa'ya bağlı kalmak şartıyla ceza siyasetinin bir parçası olarak takdir yetkisi kapsamında öngördüğü kuralla ulaşmak istediği amaç birlikte gözetildiğinde kuraldaki ceza artırımının orantılı olduğuna; kuralların sağlık personeline karşı anılan nitelikteki suçların işlenmesini önleme amacıyla düzenlendiği açık olup bu amaçla öngörülen farklı muamelenin makul ve nesnel bir temele dayandığına; yarı oranındaki ceza artırımının ölçüsüz bir yönünün bulunmadığına ve tüm bu sebeplerle ilgili düzenlemelerin Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal etmediğine karar vermiştir. Yine Anayasa Mahkemesi 3359 sayılı Kanun'un ek 12. maddesi ile ilgili benzer bir değerlendirme yaptığı 16.12.2021 tarihli ve 2021/122-2021/92 sayılı kararında; artırılmış ceza öngören söz konusu kuralların aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama ve cezalandırılmama ilkesiyle ilgisinin bulunmadığını vurgulamıştır.

Basit tıbbî müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanan kadın mağdurun aynı zamanda sağlık çalışanı olması ve bu suçun görevi nedeniyle işlenmesi hâlinde, TCK'nın 86. maddesinin 3. fıkrası ile 3359 sayılı Kanun'un ek 12. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ayrı ayrı arttırım uygulanmak suretiyle ulaşılabilecek netice hapis cezası bakımından, 3359 sayılı Kanun'un ek 12. maddesindeki yasal engel sebebiyle hapis cezasının ertelenmesi hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Bu itibarla failin hapis cezasının ertelenmesine ilişkin kişiselleştirme kurumundan yararlanma imkânı bulunmamaktadır. Bunun yanında hükmolunan netice cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması ve 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinde sayılan diğer koşulların bulunması durumunda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin uygulanmasına engel bir düzenleme bulunmamaktadır.

V. KAMU HİZMETLERİNDEN YARARLANMA HAKKININ ENGELLENMESİ SUÇU BAKIMINDAN GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

5237 sayılı TCK'nın "Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi" başlıklı 113. maddesinin 1. fıkrasında; cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla; bir kamu faaliyetinin yürütülmesine, kamu kurumlarında veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında verilen ya da kamu makamlarının verdiği izne dayalı olarak sunulan hizmetlerden yararlanılmasına engel olunması fiillerinin yaptırımı belirlenmiştir.

Maddeye 7406 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile, "Suçun konusunun sağlık hizmeti olması hâlinde, verilecek ceza altıda biri oranına kadar artırılır." şeklindeki düzenleme ikinci fıkra olarak eklenmiş; bu sayede, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun konusunun sağlık hizmetleri olması durumunda, temel cezada artırım uygulanması öngörülmüştür.

7406 sayılı Kanun'un 7. maddesinin gerekçesinden, sağlık hizmetlerinin, niteliği gereği belirli bir düzen içerisinde aralıksız sürdürülmesi gereken, kişilerin ve toplumun varlığı ile huzuru yönünden vazgeçilemez ve aynı zamanda ertelenemez hizmetlerden olması gözetilerek söz konusu artırım hükmünün getirildiği anlaşılmaktadır.

Kamu hizmetleri arasında yer alan sağlık hizmetinin icrasının ve bu bağlamda sağlık hizmetinden yararlanma hakkının engellenmesi fiilleri, değişiklik öncesinde de TCK'nın 113. maddesi kapsamındaki suç oluşturmakta idi. 7406 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik sebebiyle, cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla sağlık hizmetinden yararlanma hakkının engellenmesi fiilleri, ilgili suçun temel cezasında arttırima gidilmesini zorunlu kılmaktadır. Kanun koyucu tarafından bu düzenleme ile amaçlanan sağlık hizmetinin sürekliliğinin sağlanmasıdır. Sağlık hizmetinin ertelenemez hizmetlerden olması itibarıyla, hizmetin icrasına engel olmak adına gerçekleştirilen şiddet içerikli hareketler temel cezada arttırım yapılmasını gerekli kılacaktır.

7406 sayılı Kanun'un 7. maddesinin gerekçesinde açıklandığı üzere, bu suçla korunan hukukî yarar, kamu hizmetinin sağlıklı ve düzenli işleyişi ile kamu hizmetlerinde sürekliliğin sağlanması ve kişilerin bireysel olarak kamu hizmetinden istifade etmesidir. **Yargıtay**; kamu kurumu faaliyetinin cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engellenmesi suçunun oluşabilmesi için, failin eylemi sebebiyle, kamu kurum veya kuruluşunun faaliyetinin kesilmesi, durmuş olması veya faaliyete belli bir süre ara verilmesi neticesinin ortaya çıkmasını aramaktadır.⁴² Suçun oluşması için, fail tarafından kamusal faaliyetin icrasına veya sunulan hizmetten yararlanılmasına engel olunması, engel olma şeklindeki davranışın maddede sayılan cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla gerçekleştirilmesi ge-

⁴² Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E 2020/2168 K 2022/7461, 15.03.2022.



rekmedir. Suç konusunun sağlık hizmeti olması durumunda temel cezada arttırmaya gidilebilmesi için öncelikle suçun unsurlarının somut olayda gerçekleşmesi aranacaktır.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi konuya ilişkin bir kararında; sanığın Devlet Hastanesine alkollü şekilde giderek bağırup çağırdığı ve hastane çalışanlarına zorluk çıkararak çalışanları meşgul ettiği olayda, Devlet Hastanesinde icra edilen kamusal faaliyetin ne şekilde kesildiği, durduğu veya faaliyete belli bir süre ara verildiği tartışılmadan mahkûmiyet hükmü kurulmasını bozma konusu yapmıştır.⁴³ Yine aynı Dairenin benzer bir kararında ise; sanığın, 2 yıl içerisinde farklı tarihlerde, mağdurların görev yaptığı aile sağlığı merkezine gelerek ilaç yazdırma meselesi yüzünden görevli personelle sorunlar yaşamaması şeklinde gerçekleşen olayda, ilgili kurumun ne şekilde faaliyetinin kesildiği, durduğu veya faaliyete belli bir süre ara verildiğine ilişkin hangi delillere itibar edilerek hüküm kurulduğu yeterince açıklanmadan verilen mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar verilmiştir.⁴⁴

5237 sayılı TCK'nın 113. maddesinde tanımlanan suçun oluşması için, sadece kamu kurumu çalışanlarının kamusal faaliyeti icra etmelerinin engellenmesi yetmemekte; tamamen kamu kurumunun o yerde bulunan biriminin faaliyetinin ve görev yapmasının engellenmesi aranmakta; yalnızca bir veya birkaç kamu görevlisinin görevini icra etmesinin engellenmesi durumunda ise görevi yaptırmamak için direnme suçunun oluşacağı kabul edilmektedir.⁴⁵ Ayrıca, cebir tehdit veya hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen başka davranışın kime karşı gerçekleştirildiğinin önemi bulunmayıp, ister ilgili kamu kurumunda çalışanlara isterse de o faaliyetten yararlanmak için gelen kimselere karşı kullanılmış olsun, suçun oluşumu bakımından önemli olan, kamu kurumunun faaliyetinin engellenmesi için söz konusu hareketlerin yapılmasıdır.⁴⁶

Şiddet faillerinin sağlık kurum ve kuruluşunda kamusal sağlık hizmetinin icrasını engellemek amaçlı veya sağlık hizmetinden yararlanan kişilerin hizmetten yararlanmasına engel olmak amaçlı cebir, tehdit veya hukuka aykırılık içeren davranışlar sergileyerek şiddet uygulamak suretiyle ilgili kurumun faaliyetinin kesilmesine, durmasına veya faaliyete belli bir süre ara verilmesine sebebiyet vermeleri durumunda, TCK'nın 113. maddesinde tanımlanan suçun unsurları oluşacak ve şiddet faili hakkında tayin edilecek temel cezanın aynı maddenin 2. fıkrası gereğince arttırmaya tabi tutulması gerekecektir.

⁴³ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin E 2014/46664 K 2019/3542, 05.03.2019.

⁴⁴ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin E 2015/27507 K 2020/1974, 28.01.2020.

⁴⁵ Mustafa Artuç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, (Adalet Yayınevi, 5. Baskı, 2019) 681.

⁴⁶ Artuç, (n 44) 682.

TCK'nın 113. maddesinde tanımlanan suçun unsurlarının oluşup oluşmadığının belirlenebilmesi için, sağlık kurum ve kuruluşlarında cebir veya tehdit kullanan ya da hukuka aykırı başka bir davranışta bulunan kişilerin bu fiilleri gerçekleştirirken, kamusal sağlık hizmetinin icrasını veya sunulan sağlık hizmetinden yararlanılmasını engellemeyi amaçladıklarını tespit etmek gerekir. Zira yukarıda açıklandığı üzere, TCK'nın 113. maddesinde tanımlanan ve yaptırım altına alınan suç, tamamen ve bir bütün olarak kamu kurumunun faaliyetinin veya bu kurumda hizmetten yararlanılmasının engellenmesi amacıyla, maddede sayılan seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi ile oluşmaktadır. TCK'nın 113. maddesinde tanımlanan suçta failin kastı bir bütün halinde, ilgili sağlık kurumundaki kamusal sağlık hizmetinin yerine getirilmesini engellemek veya bu hizmetten kişilerin yararlanmasına engel olmaktır.

Nitekim Yargıtay da yukarıda ayrıntısına yer verilen kararlarında, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunun oluşup oluşmadığının tespiti bakımından, somut olayda failin davranışları neticesinde kamusal faaliyetin ne şekilde kesildiği, durduğu veya faaliyete belli bir süre ara verildiğinin açık bir biçimde belirlenmesini aramaktadır. Somut olayda fail tarafından sadece bir veya birkaç sağlık çalışanının hedef alınması, failin kastının hedef alınan sağlık çalışanının görevini icra etmesini engellemek olması hâlinde, suç vasfı değişikliğe uğrayacaktır. Bu tür durumlarda, hukuka aykırı davranış neticesinde sadece hedef alınan sağlık çalışanının sağlık hizmetini icra etmesi engellenmiş, bunun yanında sağlık hizmetinin icrasının ve bu hizmetten yararlanma hakkının bir bütün halinde engellenmesi gibi bir netice ortaya çıkmamış ise, failin hukukî durumunun ilgili sağlık çalışanına yönelik görevi yaptırmamak için direnme suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Keza somut olayda, şiddet faili tarafından sadece bir veya birkaç sağlık çalışanı hedef alınmak suretiyle, hukuka aykırı davranışlar ile bu kişilerin yaşam veya vücut dokunulmazlığı hakları ihlâl edilmiş ve failin kastının sadece hedef alınan sağlık çalışanını zarara uğratmak olduğu tespit edilmiş ise; mağdur sağlık çalışanının uğradığı zarara göre ilgili suçun unsurları ve failin hukukî durumu belirlenmelidir.

VI. TUTUKLAMA TEDBİRİ BAKIMINDAN GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

5271 sayılı CMK'nın 100. maddesinin 1. fıkrasına göre; kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması hâlinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. Madde- nin 2. fıkrasına göre; şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular bulunması; şüpheli veya sanığın davranışlarının, delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturması hallerinde bir tutuklama nedeni var sayılabilir.



Maddenin 3. fıkrasında, burada sayılan suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı durumunda tutuklama nedeninin var sayılabileceği belirtilirken, 7406 sayılı Kanun ile, bu fıkra da yer verilen ve uygulamada '*katalog suçlar*' olarak isimlendirilen suçlar arasında, **sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sırasında veya görevleri dolayısıyla işlenen kasten yaralama suçu** eklenmiştir. Belirtilen suçlardan dolayı tutuklama kararı verilebilmesi için tutuklama sebeplerinin varlığı aranmaz; söz konusu suçların işlendiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin var olması durumu, tutuklama nedenlerinin varsayılması için yeterli olmaktadır.⁴⁷ Yeni düzenlemenin madde gerekçesinde, bu sayede sağlık çalışanlarına karşı gerçekleştirilen kasten yaralama suçlarının işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı hâlinde tutuklama nedeninin varsayılabilceği vurgulanmıştır. Söz konusu değişiklik muhakeme hukukuna ilişkin bir değişiklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sırasında ve görevleri dolayısıyla kasten yaralama suçu işlenmiş olması durumunda da, belirlenen tüm bu kriterler ile birlikte, muhtemel ceza miktarı açısından tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmayacağı gözetilmelidir. Kanun koyucunun söz konusu düzenlemedeki amacının, sağlık personeline yönelik şiddet içeren eylemleri önlemek ve bu sayede sağlık çalışanlarının şiddet kaygısı altında görev yapmalarını engellemek olduğu son derece açıktır. Bu nedenle sağlık çalışanlarına yönelik kasten yaralama suçu bakımından farklı uygulama getirilmesinin bu açıdan kabul edilebilir olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte kasten yaralama suçunun özellikle daha az cezayı öngören nitelikli hâllerinin yaptırımını düşünüldüğünde, tutuklama tedbiri bakımından ölçülülük kriterinin önemi bir kez daha gündeme gelecektir.

Soruşturma konusu fiilin önemi ve uygulanabilecek ceza veya güvenlik tedbiri dikkate alındığında tutuklamanın haksızlığa sebebiyet verebileceği durumlarda tutuklama koruma tedbirine başvurulmaması gerekir.⁴⁸ Zira ölçülülük ilkesi göz ardı edilerek yapılacak bir değerlendirme, tutuklama koruma tedbirini infaz rejimi hâline dönüştürecek, tutuklamanın amacına aykırı bir uygulamaya sebebiyet verecektir. Oysa ki *doktrinde* de kabul edildiği üzere tutuklamanın amacı, ceza muhakemesinin gerçekleştirilebilmesi veya muhtemel bir mahkûmiyetin ileride yerine getirilebilmesidir.⁴⁹

5271 sayılı CMK'nın 100. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesine göre; işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması

⁴⁷ Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Beta Yayınevi, 20. Baskı, 2021) 412.

⁴⁸ Centel, Zafer, (n47), 415.

⁴⁹ ibid 408.

halinde tutuklama kararı verilemez. Bu düzenleme, tutuklamanın **ölçülü olması** gerekliliğini ortaya koymaktadır. Buna göre somut olayda hâkim tarafından karar verilirken; kuvvetli suç şüphesinin varlığı yanında bir tutuklama nedeninin bulunup bulunmadığı değerlendirilmeli, tüm bunlar akabinde somut olayın özelliklerine göre ölçülülük ilkesi kapsamında tutuklama yerine başka bir koruma tedbiri ile istenilen amaca ulaşılmasının mümkün olup olmadığı belirlenmelidir.

Öncesinde 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 12. maddesinin 1. fıkrasında; sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sırasında veya görevleri dolayısıyla işlenen kasten yaralama suçunun, 5271 sayılı CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrası kapsamında tutuklama nedeni varsayılan suçlardan olduğu belirtilmekte idi. 7406 sayılı Kanun ile, **kamu veya özel** sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sırasında veya görevleri dolayısıyla işlenen kasten yaralama suçu, 5271 sayılı CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasında sayılan tutuklamaya ilişkin katalog suçlar arasına alındığından, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 12. maddesinin 1. fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. 7406 sayılı Kanun'un gerekçesinde açıklandığı üzere, bu sayede düzenlemenin görünür hâle getirilmesi sağlanmıştır.

5271 sayılı CMK'nın 100. maddesinin 4. fıkrasına göre; sadece adlî para cezasını gerektiren suçlarda veya vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez. Maddenin 4. fıkrasında yer alan düzenleme tutuklama yasağına ilişkindir. Ancak söz konusu düzenleme vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenen bir suç olan kasten yaralama suçunu kapsamadığından, sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sırasında veya görevleri dolayısıyla işlenen kasten yaralama suçu bakımından tutuklama engeli değildir.

Tüm bunların yanında; 3359 sayılı Kanun'un ek 12. maddesinde şiddet mağduru olan sağlık çalışanları bakımından soruşturma sürecine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Maddeye 15.11.2018 tarihli ve 7151 sayılı Kanun'un 21. maddesi ile eklenen fıkraya göre: gerek özel gerekse de kamuya ait sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sebebiyle kasten işlenen suçların soruşturmasında, kolluk tarafından müşteki, mağdur veya tanık olan sağlık personelinin ifadeleri iş yerlerinde alınır. Aynı maddeye 15.04.2020 tarihli ve 7243 sayılı Kanun'un 28. madde ile eklenen fıkraya göre: şiddetin vuku bulduğu sağlık kurum ve kuruluşunda, faile veya yakınına mağdurun verdiği hizmeti verebilecek başka sağlık personeli ve yardımcı sağlık personeli bulunması halinde hizmet ilgili diğer personel tarafından verilir.

SONUÇ

27.05.2022 tarihinde yürürlüğe giren 7406 sayılı Kanun ile hekimler, diş hekimleri ve diğer sağlık meslek mensupları bakımından önem arz eden yeni değişiklikler getirilmiştir. Bu kapsamda ilk kez karşımıza çıkan Meslekî Sorumluluk Kurulunun çalışma usûl ve esaslarının mevzuatta ayrıntılı bir şekilde düzenlenmeye çalışıldığı görülmektedir. Özellikle son yıllarda hekimlerin cezaî ve malî yönden sorumluluk doğurabilecek uygulamalardan kaçınarak defansif tıbbî yöneldikleri, bu durumun çalışma performansına ve dolayısıyla sunulan sağlık hizmetinin kalitesine olumsuz yansımalarının olduğu bir gerçektir. Tıp mesleğinin hata yapma kaygısı ile ve yargılanma baskısı altında sağlıklı şekilde icrası mümkün değildir. Bu baskı, hastanın emniyetinin ve şifa bulmasının sağlanması amacını da engeller. Getirilen yeni düzenleme ile de, tüm bu çekincelerden yola çıkılarak sağlık meslek mensuplarının mesleklerini güven ortamında icra etmelerinin ve bu sayede sağlık hizmeti kalitesinin artırılmasının amaçlandığı görülmektedir. Bununla birlikte hatalı tıbbî işlem ve uygulamadan zarar gördüğü iddia olunan ve şifa bulma gayesinde olan hastanın en üstün yararının da göz önüne alınarak değerlendirme yapılması, hukukun temel ilkelerine bağlı kalınarak konunun çok taraflı şekilde ele alınıp çözüm yollarının üretilmesi, sağlık hizmetinin kalitesine olumlu yönde yansımaya sahiptir.

Yeni bir oluşum olarak karşımıza çıkan Meslekî Sorumluluk Kurulunun sistemsel işleyişinin, uygulamada zaman içerisinde yerleşeceği düşünülmektedir. Kurulun özellikle ceza soruşturmaları bakımından izin sürecindeki işlev ve fonksiyonu gözetildiğinde, iş yükü konusunda uygulamanın nasıl gelişeceği ve yeni düzenlemenin neler getireceği zamanla netlik kazanacaktır. Bununla birlikte Yüksek Mahkemelerin yol gösterici nitelikteki içtihatları ile, getirilen yeni düzenlemelere ilişkin uygulamanın daha iyi anlaşılması ve bu konudaki mevcut tereddütlerin giderilmesi sağlanacaktır.

7406 sayılı Kanun ile sağlık çalışanlarına yönelik şiddet eylemlerinin yaptırımları bakımından da önemli değişikliklerin getirildiği görülmektedir. Bu çalışmada, gerek maddî ceza hukukunu, gerek muhakeme hukukunu ve gerekse de tazminat hukukunu ilgilendiren boyutları ile 7406 sayılı Kanun hükümleri irdelenmeye çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

Artuç M, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, (Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2019)

Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Beta Yayınevi, 20. Baskı, 2021)

Çınarlı S, Göncü Döner M.S, Azak K, Kamu Görevlilerine Rücu Davaları, (Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2022)

Er A, Topaç Ö ve Kaygusuz S, Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukukî, Cezai ve İdarî Sorumluluk, (Adalet Yayınevi Ankara 2021)

Gökcan H. T, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, (Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2022)

Hakeri H, Tıp Hukuku Genel Hükümler, (Seçkin Yayınevi, 23. Baskı, Ankara 2021)

Hakeri H, Tıp Ceza Hukuku, (Seçkin Yayınevi, Ankara 2021)

Kaygusuz S, Taksirle Öldürme Taksirle Yaralama ve Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları, (Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2022)

Şahin C, Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, (TC. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 1. Baskı, Ankara 2007)

Yılmaz B, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, (Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2020)

IV. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, Editörler Hakeri H, Doğan C, (Aristo Yayınevi, İstanbul 2021)

Yargı Kararları

- ANAYASA MAHKEMESİ 13.10.2021 tarihli, E 2020/91, K 2021/73
- ANAYASA MAHKEMESİ 16.12.2021 tarihli, E 2021/122, K 2021/92.
- YARGITAY CEZA GENEL KURULU 16.03.2021 tarihli, E 2019/1-289, K 2021/109.
- YARGITAY HUKUK GENEL KURULU 13.05.2015 tarihli, E 2014/13-566, K 2015/1339.
- YARGITAY HUKUK GENEL KURULU 01.02.2012 tarihli E 2011/4-592, K 2012/25.
- YARGITAY 12. CEZA DAİRESİ 06.10.2022 tarihli, E 2022/1005, K 2022/6290.
- YARGITAY 4. CEZA DAİRESİ 15.03.2022 tarihli, E 2020/2168, K 2022/7461.
- YARGITAY 4. CEZA DAİRESİ 05.03.2019 tarihli, E 2014/46664, K 2019/3542.
- YARGITAY 4. CEZA DAİRESİ 28.01.2020 tarihli, E 2015/27507, K 2020/1974.
- DANIŞTAY 15. DAİRE 25.05.2016 tarihli, E 2015/3117, K 2016/3761.



EŞYANIN DOSYADA DELİL OLARAK SAKLANMASI KARARI ÜZERİNE BİR İNCELEME

An Examination of the Decision to Keep the Property as Evidence in the File

Uğur ERSOY*
Sibel CAN

Özet

Ceza yargılamasında sıkça karşılaşılan “eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararı” hakkında ne Türk Ceza Kanunu’nda ne Ceza Muhakemesi Kanunu’nda herhangi bir düzenleme bulunmaktadır. Bu karar çeşidine ilişkin mevzuatımızdaki dolaylı tek düzenleme Suç Eşyası Yönetmeliği’nin 18. maddesinin 1/d bendindeki hükümdür. Bu açıdan bakıldığında yaptırımlar sistemi ve hüküm türleri arasında yer almayan “eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararı”nın hukuki niteliğinin ne olduğu, bu karara hangi durumlarda başvurulabileceği, bu karara yönelik kanun yollarına başvurulup başvurulamayacağı, iyi niyetli üçüncü kişilere ait bir eşya söz konusu ise bunun akıbetinin ne olacağı gibi sorulara çalışma kapsamında cevap aranacaktır. Ayrıca böyle bir karar çeşidine müsadere ve elkoyma ile olan benzerlikleri dikkate alındığında kanunda değil de yönetmelikte yer verilmiş olmasının isabetli bir tercih olup olmadığı, böyle bir kararın mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurup doğurmayacağı gibi yan sorular üzerinde de durulmak suretiyle bu zamana kadar literatürde herhangi bir monografik çalışmanın konusunu oluşturmamış bu karar çeşidiyle ilgili açıklamalarda ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Delil, müsadere, eşya müsadere, hüküm, mülkiyet hakkı.

Abstract

Neither the Turkish Criminal Code nor the Code of Criminal Procedure has any regulation on the “decision to keep the property in the file as evidence”, which is frequently encountered in criminal proceedings. The only indirect regulation in our legislation regarding this type of decision is the provision in Article 18, Paragraph 1/d of the Criminal Property Regulation. From this point of view, answers will be sought within the scope of the study, such as what is the legal nature of the “decision to keep the property in the file as evidence”, which is not included in the sanctions system and types of provisions, in which cases this decision can be applied, whether

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 04.08.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 21.12.2022*

* Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ugurersoy@kku.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-3770-0353>

** Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, sibelcan@kku.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-8569-4088>



legal remedies can be applied for this decision, in the case of property belonging to bona fide third parties, what will be its fate. In addition, considering its similarities with confiscation and seizure, by focusing on side questions such as, whether it is an appropriate choice to include such a type of decision in the regulation rather than in the law, and whether such a decision would result in a violation of the right to property, explanations and evaluations will be made about this type of decision, which has not been the subject of any monographic study in the literature so far.

Key Words: Evidence, confiscation, confiscation of property, judgment, property right

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) "Güvenlik Tedbirleri" başlıklı birinci kitap ikinci bölümünde müsadere kurumu düzenlenmiştir. Müsadere en kısa tanımıyla, suç nedeniyle eşyanın veya kazancın mülkiyetinin devlete geçmesidir.

TCK'nın 54. maddesinde eşya müsaderesine, 55. maddesinde ise kazanç müsaderesine yer verilmiştir. İnceleme konusuyla bağlantılı olan müsadere çeşidi eşya müsaderesidir. 54. maddenin birinci fıkrasına göre: "İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. Eşyanın üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı ayni hakkın bulunması halinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak kaydıyla verilir." Bu kapsamda TCK'da müsadere başlığı altında, eşyanın dosyada delil olarak saklanmasına karar verilebileceği durumlara ilişkin hiçbir değerlendirmede bulunulmadığı görülmektedir.

Bununla birlikte, Suç Eşyası Yönetmeliği'nin¹ "Tedavül etmeyen paralarla suç eşyası ve kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri hakkında verilen müsadere ve iade kararlarının yerine getirilmesine ilişkin işlemler" başlıklı 18. maddesinin 1/d bendinde "Emanete alınmakla birlikte mahiyetleri itibarıyla müsadereye konu edilemeyen eşya, yargılama sonunda verilen bu yöndeki karar doğrultusunda, ilgili dosyasında delil olarak muha-

¹ R.G. Tarih-Sayı: 23.03.2016-29662. Bu konuyla ilgili Türk Hukukundaki ilk düzenleme 1914 tarihli "Eşyayı Cürmiyenin Sureti Muhafazası Hakkında Talimatname"dir. 1943 yılında bu Talimatname yerini "Adliye Emanet Dairesine Tevdi Edilen Suç Eşyasının Saklanması ve Geri Verilmesine Dair Talimatname"ye bırakmıştır (R.G. Tarih-Sayı: 27.07.1943-5595). 1971 yılına gelindiğinde ise 1943 tarihli Talimatname yürürlükten kaldırılarak "Suç Eşyası Yönetmeliği" kabul edilmiştir (R.G. Tarih-Sayı: 26.10.1971-13998). 2005 yılında ise Suç Eşyası Yönetmeliği yeniden kaleme alınmış ve 1971 tarihli Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır (R.G. Tarih-Sayı: 01.05.2005-25832). 2016 yılından itibaren ise mevcut Yönetmelik yürürlüktedir. Çalışma konusunu oluşturan eşyanın dosyada delil olarak saklanmasına ilk olarak 2005 yılında çıkarılan Yönetmelik'te yer verildiği, önceki tarihli düzenlemelerde ise buna ilişkin bir hükme yer verilmediği görülmektedir.

faza edilmek üzere mahkemesine gönderilir.” şeklinde yer alan düzenleme ile kimi durumlarda eşyanın müsadereyi yerine dosyada delil olarak saklanmasına (muhafazasına)² karar verilebileceği dolaylı bir şekilde ifade olunmuştur.

Ceza yargılamasında sıkça başvuru edilen eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararı hakkında TCK³ ve CMK⁴’da herhangi bir düzenleme bulunmamakta olup yukarıda da ifade olunduğu üzere yalnızca Suç Eşyası Yönetmeliğinde mahiyetleri itibarıyla müsadereye konu edilemeyen eşyaların mahkemece verilecek karar doğrultusunda dosyada delil olarak muhafaza edilmek üzere mahkemesine gönderileceği şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak Yönetmelikte müsadereye konu edilemeyen eşyaların neler olduğu noktasında herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

Yargıtay yakın zamanda vermiş olduğu bir kararda⁵ eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararı ile ilgili şu önemli tespitlerde bulunmuştur: “Dosyada delil olarak saklama kararı, kanunda düzenlenmediği için ‘elkoyma’ gibi bir koruma tedbiri kararı ya da ‘müsadere’ gibi bir güvenlik tedbiri kararı olmayıp, ispat aracı olarak yararlı görülmesi ya da eşya ve kazanç müsaderesinin konusunu oluşturması nedeniyle muhafaza altına alınmak veya elkonulmak suretiyle adli emanete alınmış olup da niteliği itibarıyla müsadere edilemeyen ancak başlı başına delil niteliğinde olan veya suç konusunu oluşturan eşyanın ya da gerek soruşturma gerekse kovuşturma aşamasında suçla ilgili delil elde etmek amacıyla toplanan bir kısım materyalin dosyasında delil olarak muhafaza edilmesini sağlamak amacıyla genellikle yargılama sonunda esas hükümlerle birlikte verilen bir karardır. İstisnaen de faili meçhul suçlarda, failin yakalanması durumunda savunma hakkının kısıtlanmaması için suçta kullanılan veya başlı başına suç teşkil eden eşyanın zamanasımı sonuna kadar dosyasında delil olarak saklanmasına karar verilmektedir. Mevzuatta, dosyada delil olarak saklama kararına karşı başvurulacak kanun yoluna ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.” Bu kararın detaylarına çalışmamızda ayrıntılı bir şekilde değinilecektir.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere TCK’da kabul edilen yaptırımlar sistemi ve CMK’nın koruma tedbirleri ve hüküm türleri içerisinde yer almayan eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararının hukuki niteliğinin ne olduğu, bu karara hangi durumlarda başvurulabileceği, bu karara yönelik kanun yollarına başvurulup başvurulamayacağı, iyi niyetli üçüncü kişilere ait bir eşya söz konusu ise bunun akıbetinin ne olacağı gibi sorulara çalışma kapsamında

² Çalışmada “muhafaza” kelimesi değil “saklanma” kelimesi kullanılacaktır.

³ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da eşyanın dosyada delil olarak saklanmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

⁴ 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda eşyanın dosyada delil olarak saklanmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

⁵ Yargıtay CGK, 29.11.2016 T., 2013/142 E., 2016/463 K. Kaynak: <www.karararama.yargitay.gov.tr> erişim tarihi 24 Şubat 2020.



cevap aranacaktır. Ayrıca böyle bir karar çeşidine müsadere ve elkoyma ile olan yakın ilişkisi dikkate alındığında kanunda değil de yönetmelikte -dolaylı bir şekilde- yer verilmiş olmasının isabetli bir tercih olup olmadığı, bu kararın mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurup doğurmayacağı, bu karara karşı başvurulabilecek kanun yolunun olup olmadığı gibi yan sorular üzerinde de durulmak suretiyle bu zamana kadar literatürde herhangi bir monografik çalışmanın konusunu oluşturmamış bu karar çeşidiyle ilgili açıklamalarda ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

A. EŞYA KAVRAMI

Çalışmada üzerinde durulacak kavramlarla ve yapılacak açıklamalarla doğrudan bağlantı içerisinde bulunması nedeniyle eşya kavramı üzerinde kısaca durmakta yarar vardır.

Hukuksal anlamda eşya ile kastedilmek istenen, üzerinde egemenlik kurulabilir, tedavüle elverişli, kişisel olmayan, sınırları belirli, maddi varlığı olan nesnelere dir. Bu tanıma göre hukuksal anlamda eşya kavramı, belirli olma, kişi dışı olma, üzerinde egemenlik kurulabilme, maddi varlığı olma, devredilebilme öğelerinden oluşmaktadır⁶.

Bir başka tanıma göreyse hukuk düzeninin üzerlerinde mülkiyet hakkının kurulabileceğini kabul ettiği ve fiilen üzerlerinde hakimiyet tesis edilebilmesi mümkün olan maddi mallara eşya denilmektedir⁷. Tam bu noktada şey, eşya ve mal kavramlarının hukuken eş kavramlar olmadığını belirtmekte yarar vardır. Örnek vermek gerekirse, hava, güneş, yağmur vs. şey olarak nitelendirilmesine rağmen üzerinde zilyetlik kurulması mümkün olmadığından hukuken eşya olarak nitelendirilemezler. Bu açıdan bakıldığında şey, bir üst kavramdır; ondan sonra mal ve en sonra da en dar muhtevaya sahip ve sadece maddi varlığa sahip malları⁸ göstermesi bakımından eşya gelmektedir⁹.

Eşya kavramının içine taşınır, taşınmaz ve taşınmaz hükmünde sayılan gemi gibi şeyler girdiği gibi, hayvan, bitki, küçük de olsa ekonomik bir değer taşıyan ve maddi varlığı bulunan her şey girmektedir. Yaşayan bir insanın vücudu ve organları eşya olarak kabul edilemez. Ancak vücuttan ayrılmış olan doku, sperm, yumurta, saç, kan, diş gibi parçalar eşya olarak nitelendirilebilir¹⁰.

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Nuri Erişgin, *Medeni Hukuk II* (Anadolu Üniversitesi Yayınları 2019) 6 vd.

⁷ Jale Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar)* (2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1972) 30, 32.

⁸ Maddi varlığa sahip olmayan mallara örnek olarak fikir ve sanat eserleri, keşifler, hak ve alacaklar gösterilebilir. Bunların eşya olarak sınıflandırılması mümkün değildir.

⁹ Akipek (n 7) 36.

¹⁰ Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, II. Cilt* (Adalet Yayınevi 2021) 1912.

Örneğin bir gemi silah ticaretinde kullanılmakta ise, bir araç kaçakçılığa kullanılmakta ise, bir bitkinin üretilmesi ve kullanımı yasak ise (hint keneviri gibi), bir tırnak çakısı birisini yaralamada veya hırsızlık yapmak için dolabın kapağının açılmasında kullanılmış ise, takma kol çıkarılıp birisine vurulmuş ise bunların müsadereyi gündeme gelebilecektir¹¹.

Türk Medeni Kanunu'na göre bütünleyici parçalar, asıl eşyanın ana unsuru oluşturmaları nedeniyle asıl eşya ile birlikte müsadereye tabidirler. Örneğin, bir arabanın motoru, aküsü, benzin deposu asıl eşyadan ayrılamayacağından arabanın müsadereye karar verilmesi halinde bu mütemmim cüzler de müsadere edilmiş olacaktır. Eklenti ise asıl eşya ile birlikte suçun işlenmesinde bir görev ifa etmemiş ise kural olarak asıl eşya ile birlikte müsadereye tabi olmayacaktır. Ancak asıl eşya ile birlikte suçun işlenmesinde bir görev ifa etmiş ise bu durumda müsadereye tabi hale gelecektir¹².

B. UYGULAMADA EŞYANIN DOSYADA DELİL OLARAK SAKLANMASI KARARININ VERİLDİĞİ BAZI DURUMLAR

1. Sahtecilik Suçları

Sahtecilik suçları TCK'nın 197 ila 212. maddelerinde düzenlenmiştir. Sahtecilik suçlarının konusunu, üzerinde tahrifat yapılan para, mühür, resmi belge, özel belge, kıymetli evrak gibi şeyler oluşturmaktadır.

TCK m.54/1'deki "...kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadereye hükümlenir." hükmü çerçevesinde, sahtecilik suçlarının konusunu oluşturan sahte belgenin müsadereye gerekmektedir. Buna karşın uygulamada sahtecilik suçlarında suçun konusunu oluşturan sahte belgelerin¹³ müsadereye değil, dosyada delil olarak saklanmasına karar verilmektedir¹⁴.

¹¹ Gökcan ve Artuç (n 10) 1912.

¹² İbid 1913.

¹³ "Suça konu belgenin dosyada delil olarak saklanması ile yetinilmesi gerekirken yazılı şekilde müsadereye karar verilmesi..." Yargıtay 21. CD, 24.12.2015 T., 2015/14008 E., 2015/6653 K. Kaynak: <www.karararama.yargitay.gov.tr > erişim tarihi 19 Şubat 2022; "Sanıklar hakkında sahte evrak düzenlemek suçundan, suç duyurusunda bulunulmasına rağmen, bu suçta delil olabilecek emanette kayıtlı eşyaların müsadereye karar verilmesi..." Yargıtay 11. CD, 23.10.2007 T., 934/6967 E.K. Akt. Gürsel Yalvaç, *Türk Ceza Kanunu* (Adalet Yayınevi 2008) 434; "Suça konu senetlerin delil olarak saklanması yerine 'emanette kayıtlı suça konu senetlerin hüküm kesinleştiğinde TCK'nun 36. maddesi gereğince iptali ile delil olarak dosyada muhafaza edilmesine' şeklinde karar verilerek karışıklığa neden olunması..." Yargıtay 6. CD, 19.06.1997 T., 6692/6767 E. K. Akt. Zekeriya Yılmaz, *Teoride ve Uygulamada Müsadere* (Seçkin Yayınevi 2003) 75.

¹⁴ Yılmaz (n 13) 73; Abdulkadir Certel, *Müsadere* (Seçkin Yayınevi 2008) 215.



Sahtecilik suçlarında suçun konusunun “sahte/kalp para” teşkil etmesi durumu özel bir önem arz etmektedir. Öğretide sahte belgelerden farklı olarak, sahte paranın müsaderesine karar verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Dolayısıyla sahte paranın dosyada delil olarak saklanmasına veya T.C. Merkez Bankası’na gönderilmesine karar verilemeyecektir¹⁵. Uygulamaya bakıldığında ise ilk derece mahkemelerinin bu konuda verdikleri kararlar çok çeşitli olsa da Yargıtay, sahte paraların müsaderesine karar verildikten sonra T.C. Merkez Bankası’na gönderilmesine karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁶. Böylece söz konusu sahte banknotlar içerisinde T.C. Merkez Bankası merkez birimi tarafından üretim özelliği bakımından önemli bulunan sahte banknotlar ayrılarak saklanabilecek ve diğer sahte banknotlar imha edilecektir¹⁷.

Suç konusunu “sahte milli piyango bileti”nin oluşturması halinde nasıl hareket edileceği konusunda Yargıtay’ın verdiği kararlar arasında yeknesaklık bulunmamaktadır. Kimi zaman söz konusu sahte biletlerin müsaderesine karar verilmesi gerektiği belirtilirken¹⁸, kimi zaman bunların dosyada delil olarak saklanması yönünde karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁹.

¹⁵ Yılmaz (n 13) 73.

¹⁶ “Suça konu sahte paraların, Sahte Banknotların İncelenmesi Ve Değerlendirilmesinde Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 16. maddesinin ‘Sahteliği mahkeme kararı ile kesinleşen sahte banknotlar; kararın kesinleşmesinden itibaren imha edilmek üzere en kısa sürede Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası merkez veya taşra birimlerine gönderilir.’ biçimindeki hükmüne aykırı olarak zoralmına karar verilmesi...” Yargıtay 4. CD, 11.12.2007 T., 2006/6855 E., 2007/10667 K.; “Müsaderesine karar verilen suçta konu sahte paraların 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 17. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkartılan Sahte Banknotların İncelenmesi ve Değerlendirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümleri gereğince T.C. Merkez Bankasına gönderilmesine de karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...” Yargıtay 8. CD, 12.12.2007 T., 2006/7505 E., 2007/8895 K., Akt. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler-II. Cilt* (Adalet Yayınevi 2009) 1412, 1413; “Suça konu sahte paranın 5237 sayılı TCK’nın 54. maddesi uyarınca zoralmına ve 5320 sayılı Yasanın 17. maddesi ile Sahte Banknotların İncelenmesi ve Değerlendirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre T.C. Merkez Bankasına gönderilmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmemesi...” Yargıtay 8. CD, 12.11.2007 T., 8709/7630 E.K., Akt. İsmail Malkoç, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu-I. Cilt* (Malkoç Kitabevi 2013) 849; “Suça konu sahte paraların 5237 sayılı TCK’nın 54/1 maddesi uyarınca müsaderesine karar verildikten sonra Merkez Bankasına gönderilmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden...” Yargıtay 8. CD, 07.03.2007 T., 10708/1740 E.K., Akt. Ahmet Gündel, *Türk Ceza Kanunu Açıklaması-II. Cilt* (2009) 1554; “Suç konusu sahte paranın zoralmı yerine, Merkez Bankası koleksiyonuna konulmak üzere C. Savcılığı kanalıyla gönderilmesine karar verilmesi...” Yargıtay 8. CD, 01.04.1998 T., 3240/4746 E.K. Akt. Yılmaz (n 13) 76.

¹⁷ Yılmaz (n 13) 62.

¹⁸ “Suça konu tahrifatlı Milli Piyango biletinin, TCK’nın 36. maddesi gereğince zoralmına karar verilmesi gerekirken, dosyada delil olarak muhafazasına karar verilmiş olması...” Yargıtay 8. CD, 01.04.1998 T., 2896/4644 E.K. Akt. Yılmaz (n 13) 75.

¹⁹ “Yüklenen dolandırıcılık suçunda kullanıldığı ve üzerinde tahrifat yapıldığı iddia olunan Milli

Yargıtay verdiği pek çok kararda suçun konusunu “sahte çek”²⁰, “sahte ilaç kupürü”²¹, “sahte kredi kartı”²², “sahte sürücü belgesi”²³, “sahte araç plakası”²⁴,

- Piyango Biletlerinin dosyada delil olarak saklanması yerine yazılı şekilde 765 sayılı TCK'nun 36. maddesi uyarınca müsaderesine karar verilmesi...*” Yargıtay 11. CD, 15.10.2007 T., 2005/10109 E., 2007/6643 K. Akt. Yalvaç (n 13) 434; “*Suçta konu sahte milli piyango biletinin delil olarak dosyada saklanması yerine zoralmına karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.*” Yargıtay 8. CD, 22.10.1992 T., 10518/12055 E.K. Akt. Yılmaz (n 13) 74.
- ²⁰ “*Suçta konu çeklerin delil olarak dosyada saklanması yerine zoralmına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.*” Yargıtay 6. CD, 17.09.1992 T., 4889/5757 E.K., Akt. Yılmaz (n 13) 74; “*Adli emanette kayıtlı bulunan çek, senet ve diğer belgelerin dosyada delil olarak saklanması yerine TCK'nın 54/1. maddesi uyarınca müsaderesine karar verilmesi...*” Yargıtay 5. CD, 08.09.2014 T., 1998/7867 E.K.; “*Adli emanette kayıtlı suçta konu belgelerin dosyada delil olarak saklanması yerine müsaderesine karar verilmesi...*” Yargıtay 11. CD, 13.01.2016 T., 3071/121 E.K. Bkz. *Yargıtay Ceza Daireleri Uygulamasında Sıklıkla Rastlanan Bozma Sebepleri (CMK-TCK-Özel Yasalar)*, (2018) 346.
- ²¹ “*Suç delili olan sahte ilaç kupürleri ile reçetelerin dosyada saklanması yerine ilgili kuruma iadesine karar verilmesi...*” Yargıtay 11. CD, 02.07.2007 T., 2005/9880 E., 2007/4551 K. Akt. Yalvaç (n 13) 435.
- ²² “*Suçta konu kredi kartı ile sliplerin dosyada delil olarak saklanması gerekirken zoralmına karar verilmesi...*” Yargıtay 11. CD, 20.09.2006 T., 3685/7376 E.K. Akt. Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 16) 1419; “*Suçta konu sahte kredi kartlarının delil olarak dosyada saklanması yerine zoralmına karar verilmesi...*” Yargıtay 11. CD, 29.05.2007 T., 2538/3738 E.K., Akt. Gündel (n 16) 1548; “*Suçta konu kredi kartlarının dosyada delil olarak saklanması yerine zoralmına karar verilmesi...*” Yargıtay 11. CD, 02.07.2007 T., 2006/81125 E., 2007/4580 K. Akt. Yalvaç (n 13) 435; “*Suçta konu kredi kartının dosyada delil olarak saklanması yerine müsaderesine karar verilmesi, Yasaya aykırı ise de, yeniden yargılama yapılmasını gerektirmeyen bu hususların, 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK.nun 322. maddesi gereğince düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, hükümden adli para cezasına esas alınan birim gün sayısının para cezasına çevrildiği bölümden “50/1-a” ibaresi çıkarılıp yerine “52/2” ibaresi yazılmak ve hükümden “TCK.nun 54. maddesi gereğince müsaderesine” ibaresi çıkarılıp yerine “dosyada delil olarak saklanmasına” yazılmak suretiyle hükmün (DÜZELTİLEREK ONANMASINA)...” Yargıtay 8.CD, 18.03.2015 T., 2014/32231 E., 2015/14015 K. Kaynak: <www.karararama.yargitay.gov.tr> erişim tarihi 22 Şubat 2022.*
- ²³ “*Suçta konu sahte sürücü belgesinin delil olarak dosyada saklanması yerine müsaderesine karar verilmesi...*” Yargıtay 11. CD, 31.01.2007 T., 7681/408 E.K. Akt. Gündel (n 16) 1557; “*Emanete kayıtlı sahte sürücü belgesinin kanıt olarak dosyada saklanması yerine zoralmına karar verilmesi...*” Yargıtay 6. CD, 19.06.2006 T., 7448/6226 E.K. Akt. Gündel, s.1566.
- ²⁴ “*Sahte plakalar ve araç tescil belgelerinin kanıt olarak dosyada saklanması yerine zoralmına karar verilmesi...*” Yargıtay 4. CD, 09.12.1997 T., 10246/10954 E.K. Akt. Yılmaz (n 13) 75; “*Suçun konusu olduğu anlaşılan, Torbalı Cumhuriyet Başsavcılığı Adli Emanetinin 2009/17 sırasında kayıtlı plakaların dosyada delil olarak saklanması gerektiğinin gözetilmemesi...*” Yargıtay 2. CD, 24.12.2015 T., 2014/17784 E., 2015/23937 K.; “*Sanıkların gerçekte 38 AV .. plakalı çalıntı araca 38 EH.. numaralı sahte plaka takıp buna uygun Motorlu Araç Trafik ve Tescil Belgeleri düzenleyerek kullandıkları iddiasıyla açılan kamu davasında... suçta konu belgelerin dosyada delil olarak saklanması kararı ile yetinilmesi gerekirken 5237 sayılı TCK'nın 54. maddesi uyarınca ayrıca müsaderesine hükmolunması...*” Yargıtay 11. CD, 11.12.2014 T., 2013/1966 E., 2014/21476 K., Akt. Ali Parlar, *Türk Ceza Kanunu Şerhi-*



“sahte nüfus cüzdanı”²⁵ oluşturması halinde bu belgelerin müsadere edilemeyeceğini, bunların dosyada delil olarak saklanması gerektiğini ifade etmektedir.

Yukarıda bahsedilenler dışında ayrıca sahte nitelikteki poliçe, bono, hisse senedi, diploma, nakliye tezkeresi, vekaletname, kredi sözleşmesi, pasaport²⁶, sınav giriş ve kazandı belgeleri, harç tahakkuk fişi, sevk pusulası, maaş bordrosu, oto sicil fişi, mahkeme kararları, doğum ve ölüm tutanakları, teminat mektubu, sahte fatura, vizite kağıdı, kantar fişi, döviz alım bordrosu, zayi belgesi, öğrenci kimlik belgesi, av tezkeresi, silah taşıma ruhsatı, silah bulundurma ruhsatı, çiftçilik belgesi, menşe şahadetnamesi, sağlık karnesi gibi belgeler de dosyada delil olarak saklanacak eşyalara örnek olarak gösterilebilir²⁷.

2. Eşyanın Delil Niteliği Taşındığı Diğer Bazı Durumlar

Ceza muhakemesinde geçmişte meydana gelen bir olayla ilgili olarak yapılan inceleme ve değerlendirmede amaç, fiilin suç teşkil edip etmediğini veya suç teşkil eden fiilin kim veya kimler tarafından gerçekleştirildiğinin tespitini sağlayacak delillere ulaşmak ve bu deliller ışığında karar vermektir²⁸. Söz konusu süreçte deliller, ceza muhakemesinin asli amacı olan gerçeğe ulaşmada ispat vasıtasıdır²⁹.

Ceza muhakemesine konu olan uyuşmazlığın kesin hükümlerle beraber esas ve usulden çözümlenmesiyle yargılama süreci sona ermektedir³⁰. Bu süreçte gerçeğe ulaşmak amacıyla toplanan delillerden eşya sıfatına haiz olanlar hakkında da nihai hükümlerle birlikte karar verilmesi gerekmektedir. Uygulamada, yukarıdaki başlıkta da değinildiği üzere kimi zaman hem suçun konusu hem de delili niteliğinde olan eşyaların dosyada delil olarak saklanmasına, kimi

II. Cilt (Bilge Yayinevi 2015) 2371.

²⁵ “Sahte nüfus cüzdanının dosyada delil olarak saklanması yerine, müsadere karar verilmesi...” Yargıtay 6. CD, 01.02.1999 T., 81/56 E.K. Akt. Yılmaz (n 13) 75; “Suça konu nüfus cüzdanının dosyada kanıt olarak saklanması yerine zorunlu hükmolunması...” Yargıtay 6. CD, 03.04.2006 T., 2004/7677 E., 2006/3302 K. Akt. Certel (n 14) 215.

²⁶ Buna karşılık Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, suça konu pasaportun gerçek olması nedeniyle sahtecilik yapılan 11. sayfasına iptal şerhi verilerek sahibine iade edilmesi gerekirken pasaportun dosyada delil olarak saklanmasına karar verilmesini bozma nedeni yapmıştır. Yargıtay 11. CD, 18.01.2017 T., 2015/6898 E., 2017/338 K. Kaynak: <www.karararama.yargitay.gov.tr> erişim tarihi 30 Şubat 2022.

²⁷ Certel (n 14) 215.

²⁸ Ferhat Karabulut, Ersin Karapazarlıoğlu ve Hamza Tosun, “Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hakimlerin Delil Algısı” (2015) 0 (120) TBB Dergisi 385, 387.

²⁹ İbid 387; Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. Bası, Kazancı Hukuk 1989) Kn.15.

³⁰ Elif Bekar, “Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m.223)” (2017) LXXV (1) İÜHF 15, 18.

zamansa eşyanın müsaderesine karar verildiği görülmektedir. Yargıtay vermiş olduğu kararlarında delil niteliğinde olup da dosyada delil olarak saklanacak eşyaların neler olduğuna ilişkin ayrıntılı açıklamalarda bulunmayıp, somut olay özelinde değerlendirme yapmayı tercih etmektedir³¹.

Çalışma kapsamında incelenen Yargıtay kararları incelendiğinde genel olarak şu eşyaların müsaderesi yerine dosyada delil olarak saklanmasına karar verildiği görülmektedir:

- Olayların görüntülenmesine ilişkin video bantları³²,
- Mektup, CD gibi belgeler ve eşyalar³³,
- Mermi, boş kovan, deforme mermi çekirdeği³⁴ (Yargıtay'ın av tüfeği kovanları ve mermi çekirdeklerinin müsadere edilmesi yönünde kararları da bulunmaktadır),
- Av fişeği kartuşu, saçma taneleri³⁵,

³¹ “Adli emanette kayıtlı, delil mahiyetindeki suç eşyalarının dosyada delil olarak saklanması yerine sanıklara iadesine karar verilmesi...” Yargıtay 5. CD, 25.12.2014 T., 2014/6186 E., 2014/13318 K. <www.karararama.yargitay.gov.tr> erişim tarihi 18 Mart 2022. ; Benzer yönde bkz. “Delil niteliğinde bulunan belgelerin dosyada saklanması gerektiği gözetilmeden, adli emanette kayıtlı olan tüm eşyaların müsaderesine karar verilmesi...” Yargıtay 11. CD, 07.02.2007 T., 3546/612 E.K. Akt. Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n 16) 1439.

³² “Olayların görüntülenmesine ilişkin video bantlarının delil olarak dosyada saklanması gerekirken zorlumuna karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay CGK, 07.07.1998 T., 1998/187-272 E.K. Akt. Yılmaz (n 13) 75.

³³ “Suç delili olan mektubun, dosya içerisinde saklanması yerine TCK'nın 36. maddesi gereğince zorlumuna karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir...” Yargıtay 5. CD, 24.12.1992 T., 3944/4241 E.K.; “Sanıklara yüklenen suçların kanıtı bulunan CD'ler, kredi kartları, pasaportlar, makbuz ve muhtelif belgelerin dosyada saklanması yerine müsaderesine karar verilmesi...” Yargıtay 11. CD, 17.09.2008 T., 4190/8890 E.K. Akt. Yılmaz (n 13) 63; “... İddianamede müsaderesi talep edilen suç eşyaları ile dosyada delil olarak saklanması talep edilen bir adet CD hakkında mahallinde her zaman karar verilmesi mümkün görülmüştür...” Yargıtay 7. CD, 10.02.2022 T., 2022/70 E., 2022/2261 K. Kaynak: www.karararama.yargitay.gov.tr (30.02.2022).

³⁴ “Sanığın babası Ahmet E. Adına taşıma ruhsatlı olan ve suç tarihinde ruhsat süresi geçmeyen tabancanın ve 6 adet dolu fişeğin ruhsat sahibine iadesi yerine, tabancanın idareye teslimine, mermilerin ise dosyada delil olarak saklanmasına karar verilmesi...” Yargıtay 8. CD, 22.11.2007 T., 8511/8157 E.K. Akt. Gündel (n 16) 1543; “Sanığın yargılamanın tüm aşamalarında ele geçirilen tabancanın kendisine ait bulunduğunu ve ruhsatsız olarak taşırken yakalandığını açıkça itiraf etmiş bulunması karşısında suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'nın 36/2 fıkrası ile karar tarihinde yürürlükte bulunan 5237 sayılı TCK'nın 54/4 fıkraları göz ardı edilerek suçta kullanılan ve bizzat taşıması da suç teşkil eden tabanca ve şarjörünün müsaderesi, 16 adet boş kovan ile bir adet deforme mermi çekirdeğinin delil olarak dosyada saklanması yerine, yazılı şekilde karar verilmesi...” Yargıtay 8. CD, 09.04.2007 T., 3366/2920 E.K. Akt. Gündel (n 16) 1552.

³⁵ “Adli Emanetinin 2016/207 sırasında kayıtlı ..., ... ve ...'a ait swap örneklerinin imhasına, ..., ...ve ...'a ait giysilerin maktulün mirasçıları ile sahiplerine iadesine, av tüfeğinin

- Kaset, yayın ve doküman³⁶,
- Suç konusu belgeler³⁷,
- Suç delili niteliğinde olan kitaplar ve gazete nüshaları³⁸ (Yargıtay'ın bunların müsaderesine hükmedilmesi yönünde de kararları bulunmaktadır³⁹),
- Kan örneği, swap örnekleri, bira kapağı, döşeme parçası, koltuk başlığı ve anahtarlık⁴⁰ (Yargıtay verdiği bir başka kararında ise swap örneğinin,

müsaderesine, av fişegi kartuşunun dosyada delil olarak saklanmasına, aynı Emanetin 2016/191 sırasında kayıtlı maktule ait kan ve tırnak örneklerinin imhasına, saçma tanelerinin dosyada delil olarak saklanmasına, Bandırma Adli Emanetinin 2017/115 sırasında kayıtlı olan suçta kullanılmayan eşyaların ise sahibine iadesine karar verilmesi gerektiği..." Yargıtay 1. CD, 12.09.2018 T., 2015/1516 E., 2018/3461 K. Kaynak: www.karararama.yargitay.gov.tr (30.02.2022).

³⁶ "C. Başsavcılığı emanetinde bulunan kanıt niteliğindeki kaset, yayın ve dokümanların dosyada saklanması yerine müsaderesine karar verilmesi..." Yargıtay 9. CD, 08.05.2007 T., 2572/3890 E.K. Akt. Malkoç (n 16) 850.

³⁷ "Hüküm kesinleşmesinden sonra başvurulabilecek mevcut yasal yollar gözetilerek suçta konu senetlerin dosyada saklanması yerine mahkemenin yetkisi dışında borç miktarı belirtilerek senetlerin icra müdürlüğüne gönderilmesine karar verilmesi..." Yargıtay 11. CD, 24.09.2007 T., 2005/10189 E., 2007/5831 K. Akt. Yalvaç (n 13) 435; "Beraat eden sanığın suçu ile ilgili evrakın dosyada delil olarak saklanması yerine emanet memurluğunda muhafazasına karar verilmesi..." Yargıtay 9. CD, 27.06.2007 T., 2193/5663 E.K. Akt. Gündel (n 16) 1548.

³⁸ "...Adli emanette bulunan ve müsaderesine karar verilen kitapların dosyada delil olarak saklanmasına karar verilmesi gerekirken müsaderesine hükmedilmesi bozmayı gerektirmiş, sanıklar ..., ... ve sanıklar müdafilerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan hükmün bu nedenle bozulmasına, ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmeden CMK'nın 303/1 maddesi uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, hükmün L-Ortak hükümler kısmının 2. fıkrasından '5237 sayılı TCK'nın 54. maddesi uyarınca müsaderesine' kısmının çıkarılarak yerine 'dosyada delil olarak saklanmasına' eklenmek suretiyle sair yönleri usul ve kanuna uygun bulunan hükmün düzeltilerek onanmasına..." Yargıtay 3. CD, 07.12.2021 T., 2021/1266 E., 2021/10340 K.,; "...Adli emanetin 2017/119 sırasında kayıtlı, sanığın ikametinde yapılan aramada ele geçirilen kitaplar ve gazete nüshalarının dosyada delil olarak saklanmasına karar verilmesi gerekirken 5237 sayılı TCK'nın 54/1 maddesinde öngörülen şartlar gerçekleşmediği halde yazılı şekilde müsaderesine karar verilmesi..." Yargıtay 3. CD, 16.09.2021 T., 2021/510 E., 2021/8682 K. Kaynak: <www.karararama.yargitay.gov.tr > erişim tarihi 3 Mart 2022.

³⁹ "...Mahkumiyetini gerektiren delil bulunmayan ve aşamalarda suçu kabullenmeyen sanığın beraatine, bandrolsüz kitapların zoralmına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden mahkumiyetine karar verilmesi..." Yargıtay 7. CD, 27.11.2013 T., 2013/5178 E., 2013/23749 K. Kaynak: <www.karararama.yargitay.gov.tr > erişim tarihi 30 Şubat 2022.

⁴⁰ "Adli emanetin 2013/42 sırasında kayıtlı bulunan kan örneği, swap örnekleri, bira kapağı, döşeme parçası, koltuk başlığı ve anahtarlıktan ibaret eşyanın dosyada delil olarak saklanması yerine TCK'nın 54. maddesi uyarınca müsaderesine karar verilmesi..." Yargıtay 12. CD, 05.10.2015 T., 2014/22078 E., 2015/14516 K. Kaynak: <www.karararama.yargitay.gov.tr > erişim tarihi 30 Şubat 2022.

maktule ait kan ve tırnak örneğinin imha edilmesine, maktule ait giysilerin yakınlarına iade edilmesine karar vermiştir⁴¹).

Yargıtay'ın yukarıda da ifade edildiği üzere av tüfeği kovanlarının, mermilerin, mermi çekirdeklerinin müsadere edilmesi yönünde kararları olduğu gibi bunların dosyada delil olarak saklanması gerektiği yönünde de kararları bulunmaktadır⁴². Söz konusu delillerin sahip olduğu özelliklere bakıldığında ateşli silahların kullanıldıklarında ateşlenen çekirdek ve kovanlar üzerinde kendilerine özgü izler bıraktığı görülmektedir. İki farklı çekirdek veya kovan üzerindeki izler karşılaştırıldığında, bu çekirdek veya kovanların aynı silahtan ateşlenip ateşlenmediğine karar verilebilmektedir⁴³. Bu sayede olaylar arasındaki ilişkiler çözülebilmektedir⁴⁴. Balistik delil karşılaştırmasının zaman alıcı olması ve artan delil miktarının karşılaştırmayı zorlaştırması nedeniyle balistik deliller sistemde arşivlenmekte ve bu sistemde çekirdek ve kovanlar otomatik olarak karşılaştırılabilmektedir⁴⁵. Dolayısıyla balistik incelemesi yapılmış eşyaların dosyada delil olarak muhafaza edilmesinde hukuki yarar bulunmadığı söylenebilir.

Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarda, suçun konusunu oluşturan eşyanın dosyada delil olarak saklanmasını hukuka aykırı bulmuştur. Örneğin, ilk derece mahkemesi tarafından suç konusu kaçak sigaralar, sahte bilezikler hakkında verilen dosyada delil olarak saklama kararını doğru bulmamış ve müsadere kararı verilmesi gerektiği sonucuna varmıştır⁴⁶.

⁴¹ “Adli Emanetin 2016/207 sırasında kayıtlı ..., ... ve ...'a ait swap örneklerinin imhasına, ..., ...ve ...'a ait giysilerin maktulün mirasçıları ile sahiplerine iadesine, av tüfeğinin müsaderesine, av fişeği kartuşunun dosyada delil olarak saklanmasına karar verilmesi gerektiği...” Yargıtay 1. CD, 12.09.2018 T., 2015/1516 E., 2018/3461 K. Kaynak: <www.karararama.yargitay.gov.tr> erişim tarihi 30 Şubat 2022.

⁴² “Suçta kullanılan av tüfeği kovanları ile tabanca mermi çekirdeklerinin müsaderesi yerine dosyada delil olarak saklanmasına karar verilmesi...” Yargıtay 8. CD, 08.03.2007 T., 3968/1803 E.K. Akt. Yalvaç (n 13) 436.

⁴³ Oğuz Polat, *Kriminoloji ve Kriminalistik Üzerine Notlar* (4. Bası, Seçkin Yayınevi 2018) 284.

⁴⁴ Tabanca kovani, fiziki ve balistik bir delildir. Kovan üzerinde sürgü üzerinde bulunan çıkarıcının tırnak izi ve kapsüldeki iğnenin vurma izi ateş edilen silaha özgü izlerdir. Mermi çekirdeği, balistik delildir. Her silah, parmak izi gibi o silaha özgü yiv seti izi, çıkarıcı tırnak izi, iğne vuruş izi bırakmaktadır. Mermi çekirdek gömleği üzerinde bulunan yiv seti izi merminin çıktığı tabancaya ait izler taşımaktadır. Av fişeği kartuşu da aynı tabanca kovani gibi iğne vuruş izinden mukayese edilmek üzere kullanılmakta ve bu sayede ateş eden silaha ait bilgiler elde edilmektedir. Olay yerinde bulunan kovan ve mermi çekirdekleri incelenerek elde edilebilecek bilgiler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Rıza Üzüm, “Ateşli Silah Kimliğinin Belirtimi” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü 1995) 27 vd.

⁴⁵ <<https://uzay.tubitak.gov.tr/sites/images/trbalistika.pdf>> erişim tarihi 13 Mart 2020.

⁴⁶ “Adli emanetin 2012/21 sırasına kayıtlı suça konu 100 paket kaçak sigaranın 5237 sayılı



TCK m.54/1'e göre suçtan meydana gelen eşyanın da müsadere karar verilmesi gerekmektedir. Ancak sahte trafik tescil belgesi⁴⁷, çek veya kimlik⁴⁸ gibi belgeler suçtan meydana gelen eşya olmalarına ve dolayısıyla bunların müsadere karar verilmesi gerekirken, bu belgelerin delil niteliğinde olduğu gerekçesiyle dosyada delil olarak saklanmasına karar verildiği görülmektedir. Buna karşın sahte paranın müsadere karar verilmektedir⁴⁹.

Eşyanın bütünlüğü parçaları asıl eşya ile birlikte müsadere edilmektedir. Buna karşın eklentinin suçun işlenmesine herhangi bir katkısının olup olmadığına bakılarak müsadere ile ilgili bir karar verilmesi gerekmektedir. Ancak öğretide eşyanın eklentisinin delil niteliğini haiz olması (örneğin, suçta kullanılan cep telefonuna takılı sim kartı) halinde müsadere yerine dosyada delil olarak saklanmasına karar verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁰.

Öğretide suç delili olan eşyanın sahibinin tespit edilememesi halinde, zamanaşımı süresi içerisinde failin tespitine ve hükümlülüğüne delil olabileceği dikkate alınarak, söz konusu eşyanın saklanmasına karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir⁵¹.

TCK'nun 54/1. maddesi gereğince müsadere karar verilmesi gerekirken, suçta konu eşyaların dosyada delil olarak saklanmasına karar verilmesi..." Yargıtay 7. CD, 23.05.2018 T., 2015/6116 E., 2018/5767 K.; "Samıklardan ele geçirilen sahte bileziklerin 5237 sayılı TCK'nın 54/4. maddesi uyarınca müsadere karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde dosyada delil olarak saklanmasına karar verilmesi nedeniyle kanun yararına bozmaya atfen düzenlenen ihbarnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden..." Yargıtay 15. CD, 27.11.2017 T., 2017/29807 E., 2017/24680 K.; "Yasaya aykırı, katılan ... vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden ve bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nun 322. maddesi gereğince; dava konusu eşyanın dosyada delil olarak saklanmasına ilişkin bölümün hükümden çıkartılarak yerine 'Dava konusu kaçak olduğu anlaşılan sigaralar imha edilmemiş ise 5607 sayılı Kanununun 13/1. maddesi yollamasıyla 5237 sayılı TCK'nun 54/4. maddesi uyarınca müsadere karar verilmesi, imha edilmiş ise müsadere konusunda karar verilmesine yer olmadığına' ifadesinin eklenmesi..." Yargıtay 7. CD, 04.10.2018 T., 2018/7943 E., 2018/9769 K. Kaynak: <www.karararama.yargitay.gov.tr > erişim tarihi 13 Mart 2022.

⁴⁷ "Suç konusu sahte trafik tescil belgesinin dosya da delil olarak saklanması yerine zoraltımına karar verilmesi..." Yargıtay 6. CD, 23.12.2002 T., 12574/14757 E.K. Akt. Mustafa Tünay, "Müsadere ve Müsadere Muhakemesi" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SBE 2014) 45.

⁴⁸ "Samığa ait olan ve suçta kullanılmayan emanette kayıtlı öğrenci kimlik kartı ile delil olarak dosyada saklanması gereken olay yeri görüntülerini içeren CD'nin müsadere karar verilmesi..." Yargıtay 11. CD, 21.11.2006 T., 6297/9324 E.K. Akt. Malkoç (n 16) 854.

⁴⁹ Tünay (n 47) 45.

⁵⁰ Mualla Buket Soygüt Arslan, "Türk Ceza Hukukunda Müsadere" (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi SBE 2014) 286.

⁵¹ Yılmaz (n 13) 64.

C. KURUMUN HUKUKİ NİTELİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Elkoyma Kurumu ile Karşılaştırılması

Ceza yargılamasında gerçeğin ortaya çıkartılmasını sağlayan delil niteliğindeki eşyaların yargılama sürecinde kaçırılması veya yok edilmesini engellemek ve yapılacak yargılama sonucunda gerektiğinde müsaderesine hükmedilmesini sağlamak amacıyla muhafaza altında tutulması son derece önemlidir⁵². Bahse konu eşyaları elinde bulunduran kişinin rızası hilafına adliyenin tasarrufuna alınması halinde elkoyma kurumu gündeme gelmektedir. Böylece elkoyma kararı ile zor kullanılarak, zilyedin eşya üzerindeki tasarruf yetkisi kaldırılmaktadır⁵³.

Elkoyma doktrinde önleyici elkoyma ve adli elkoyma olarak ikiye ayrılmaktadır⁵⁴. Önleyici elkoyma, toplumsal barışı, huzuru ve kamu düzenini korumak amacıyla kolluk kuvvetleri tarafından yerine getirilen bir idari işlemdir. Önleyici elkoymanın yasal dayanağı olarak Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ilgili maddeleri gösterilmektedir⁵⁵. İkinci elkoyma türü olan adli elkoyma ise yürütülmekte olan bir ceza muhakemesi çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Adli elkoyma da kendi içinde basit elkoyma ve özel elkoyma olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Basit elkoyma⁵⁶ yürütülmekte olan bir ceza muhakemesi sırasında delil niteliğinde olabilecek eşyalar bakımından söz konusu olmaktadır. Özel elkoymanın içerisinde ise postada elkoyma, taşınmaz

⁵² Erkan Sarıtaş, "El Koymanın Hukuki Sonuçları Bağlamında El Konulan Eşya ve Diğer Malvarlığı Değerlerinin Teslimi ve İadesi" (2022) 0 (159) TBB Dergisi 267, 69.

⁵³ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü, Özdem Özaydın, Derya Altınok Villemin, Mehmet Can Tok, *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. Bası, Seçkin Yayınevi 2019) 31.

⁵⁴ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı* (2. Bası, Seçkin Yayınevi 2014) 555.

⁵⁵ Meltem Deniz Karapazar, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi LEE 2021) 58.

⁵⁶ Doktrinde Öztürk/Eker Kazancı/ Soyer Güleç, basit elkoymayla ilgili açıklamaları sırasında Yargıtay'ın konumuzla ilgili bir kararına atıf yapmışlardır. Karar şu şekildedir: "...Suça konu bir kısım eşyaların ele geçirildiği ve suçta kullanılan ancak dosya dışı başka bir müştekiye ait olduğu tespit edilen çalıntı araçta ele geçirilen ve adli emanetin ... sırasında kayıtlı 2 adet tornavidanın olayların oluş şekli itibarıyla suçta kullanıldıklarının anlaşılması ancak diğer ele geçen eşya ve materyallerin ise suçta kullanıldıklarına dair delil bulunmaması ancak olayların aydınlatılması için sonrasında delil olarak değerlendirilebilecekleri gözetilerek dosyada delil olarak saklanmalarına karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi..." (Yargıtay 2. CD, 23.10.2017 T., 2016/12653 E., 2017/10482 K.). Yazarlar bu karara basit elkoymayla ilgili yapmış oldukları açıklamalar sırasında atıf yapmışlardır. Bkz. Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (5. Bası, Seçkin Yayınevi 2022) 172.



hak ve alacaklara elkoyma, bilgisayarlara elkoyma gibi özel koşulları gerektiren elkoyma biçimleri girmektedir⁵⁷.

Eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararı ile elkoyma kararı arasında birtakım benzerlikler ve farklılıklar bulunmaktadır.

Esas itibarıyla koruma tedbirleri temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıdığından kanunla düzenlenmesi gerekmektedir⁵⁸. Bir koruma tedbiri türü olan elkoyma temelde mülkiyet hakkı olmak üzere elkonulan eşyanın mahiyetine göre özel hayatın gizliliği, haberleşme özgürlüğü gibi birçok temel insan hakkına müdahale niteliği taşımaktadır⁵⁹. Bu sebeple elkoyma CMK'da ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir⁶⁰. Elkoyma kararına benzer şekilde eşyanın dosyada saklanması kararı da mülkiyet hakkına müdahale oluşturan bir niteliği haizdir. Buna karşın mevzuatımızda dosyada delil olarak saklanma kararına ilişkin daha önce de ifade edildiği üzere herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Değinilmesi gereken bir diğer husus da koruma tedbirlerinin mahiyetleri itibarıyla geçici nitelikte olduklarıdır⁶¹. Bir diğer ifadeyle koruma tedbirleri, gerçeğe ulaşmada araç olmalarının bir sonucu olarak, belirli süreyle sınırlı olarak uygulanmaktadır. Söz konusu tedbirler en geç hükmün kesinleşmesine kadar devam etmektedirler⁶². Buna karşın eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararı, tıpkı müsadere kararı gibi yargılama sonunda hükümle birlikte verilmektedir⁶³.

Son olarak, elkoyma tedbirinin müsadere kurumunun aksine hem kasten hem taksirle işlenen suçlarda uygulanması mümkündür⁶⁴. Eşyanın dosyada de-

⁵⁷ İbid 171-172.

⁵⁸ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Bası, Beta 2015) 331; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Tütüncü, Özaydın, Altınok Villemin ve Tok, (n 53) 269; Öztürk, Eker Kazancı ve Soyer Güleç (n 56) 31; Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I* (12. Bası, Seçkin Yayınevi 2021) 267.

⁵⁹ Sarıtaş (n 52) 268; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Tütüncü, Özaydın, Altınok Villemin ve Tok, (n 53) 269.

⁶⁰ Ancak koruma tedbirlerinin geçici niteliği sebebiyle elkoyma tedbirinin mülkiyet hakkına müdahalesi geçici olup, mülkiyet hakkının kaybına yol açmamaktadır. Bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Bası, Seçkin Yayınevi 2021) 644.

⁶¹ Centel ve Zafer (n 58) 331; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Tütüncü, Özaydın, Altınok Villemin ve Tok, (n 53) 269; Öztürk, Eker Kazancı ve Soyer Güleç (n 56) 36; Şahin ve Göktürk (n 58) 268.

⁶² Mustafa Özen, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku (4. Bası, Adalet Yayınevi 2021) 915.

⁶³ Yılmaz, (n 13) 39.

⁶⁴ İbid 39; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Seçkin Yayınevi 2021) 648; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, Seçkin Yayınevi 2021) 951.

lil olarak saklanması kararı da kasten veya taksirle işlenen suç ayırımı yapılmaksızın uygulanabilmektedir.

Elkoyma tedbirine ve eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararına ilişkin vermiş olduğumuz bilgiler çerçevesinde değerlendirdiğimizde, dosyada delil olarak saklama kararının mahiyeti itibariyle bir koruma tedbiri niteliğinde olmadığını ifade edebiliriz⁶⁵. Nitekim koruma tedbirlerinin özünde ceza yargılaması sürecinde gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet etme düşüncesi yatmaktadır. Buna karşın eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararı yargılama sonunda hükümlerle birlikte verilmektedir. Ayrıca eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararı, eşya üzerindeki mülkiyet hakkının ilgisinin tasarruf alanından çıkarılması sonucunu doğurduğundan koruma tedbirlerinin araç olma ve geçicilik vasıflarından da ayrılmaktadır.

2. Müsadere Kurumu ile Karşılaştırılması

TCK'ya göre suç karşılığı öngörülen güvenlik tedbirlerinden birisi de müsadere. Müsadere kurumu kendi içerisinde, eşya müsadere ve kazanç müsadere olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Müsadere en genel itibariyle bir eşya veya malvarlığının mülkiyetinin devlete geçirilmesidir⁶⁶. Ceza hukuku anlamında müsadere suça konu olan veya bir suçun işlenmesinde kullanılan, suçtan elden edilen veya suç işlenmek suretiyle ortaya çıkan eşyanın mülkiyetinin devlete geçirilmesinden oluşan bir ceza hukuku yaptırımıdır⁶⁷.

Gerek eşya müsadere ve gerek kazanç müsadere müsadereye hükmedebilmek için kasıtlı bir suçun işlenmiş olduğunun tespiti gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle müsadereye hükmedilmesi için kasten işlenen bir suçun varlığı zorunludur⁶⁸. TCK m.54'te yer alan düzenlemenin arka planında müsadere kurumunun hukuki niteliğinin, güvenlik tedbiri olduğu yönündeki kabul yatmaktadır⁶⁹. Bununla birlikte müsadere hukuki niteliğinin ne olduğu sorunu hem yabancı hukuk sistemlerinde hem de Türk hukuk sisteminde eskiden beri tartışılmaktadır. Müsadere hukuki niteliğiyle ilgili tartışmalar genelde ceza ve güvenlik tedbirleri ekseninde şekillenmektedir⁷⁰. TCK bu tartışmalara son

⁶⁵ Yargıtay'ın benzer yönde kararı için bkz. Yargıtay CGK, 29.11.2016 T., 2013/11-142 E., 2016/463 K. Kaynak: <www.karararama.yargitay.gov.tr> erişim tarihi 20 Mart 2022.

⁶⁶ Koca ve Üzülmöz (n 64) 657; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 60) 643; Ali Rıza Töngür ve Ekrem Çetintürk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Adalet Yayınevi 2020) 421.

⁶⁷ Koca ve Üzülmöz (n 64) 657; Fatih Birtek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Bası, Adalet Yayınevi 2018) 477.

⁶⁸ Özgenç (n 64) 954; Birtek (n 67) 472; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 60) 628; Malkoç (n 16) 828.

⁶⁹ Malkoç (n 16) 828; Yılmaz (n 13) 37; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Adalet Yayınevi 2020) 974.

⁷⁰ Bu tartışmalar çalışmanın kapsamı dışında kaldığından bunlara değinilmeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Soygüt Arslan (n 50) 50-100; Doğan Gedik, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Müsadere* (2. Bası, Adalet Yayınevi 2016) 26-32.

noktayı koymuş ve müsadereyi açık bir şekilde güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenleyerek kurumun hukuki niteliğiyle ilgili tartışmaları -kısmen de olsa- sonlandırmıştır⁷¹. Dolayısıyla müsadere, 765 sayılı TCK'nın 36. maddesine göre bir ferî ceza iken, bugün güvenlik tedbiri niteliğine kavuşmuştur⁷². Nitekim güvenlik tedbirleri suç işleyen kişi hakkında uygulanabileceği gibi, müsadere olduğu gibi suç konusuyla ilgili veya suçun işlenmesinde kullanılan araçlarla ilgili olarak da uygulanabilmektedir⁷³.

Alman Hukuku açısından konuya yaklaşıldığında ise müsadere kurumunun Alman Ceza Kanunu'nun 73 ila 76a paragraflarında "kazanç müsadere ve eşya müsadere" (Verfall und Einziehung) faslında bağımsız bir kurum olarak düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Başka bir ifadeyle Alman Hukuku'nda müsadere, bizde olduğu gibi güvenlik tedbirleri faslının altında düzenlenmemiştir. Bu açıdan bakıldığında Alman Hukuku'nda müsadere ne ceza ne güvenlik tedbiri olduğu, bilakis sui generis bir kurum olduğu, bu bağlamda müsadere hukuki niteliğini belirleme görevinin ise içtihat ve doktrine bırakıldığı söylenmektedir⁷⁴.

TCK'nın 54. maddesine göre müsadere edilecek eşya ya suçun işlenmesinde kullanılmalı ya suçun işlenmesine tahsis edilmeli ya suçtan meydana gelmeli ya da suçun işlenmesi için hazırlanmış olmalıdır. Buna göre TCK'nın müsadere edilecek eşyaları sayma suretiyle tahdidi bir şekilde belirlediği söylenebilir. Peki bu eşyalar dışında kalan eşyaların akıbeti ne olacaktır? Örneğin suçun delilini oluşturan maktule ait elbise, üzerinde sahtecilik yapılan senet, hakaret etmek için yazılmış mektup gibi eşyaların müsadere hükmüyle-

⁷¹ Koca ve Üzülmüş (n 64) 636; Gedik (n 70) 30-32 (Yazar her ne kadar müsadere güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenmiş olmasını doğru bulmadığını ifade etse de kanun koyucunun müsadereyi güvenlik tedbirleri kategorisinde düzenlemiş olmasından hareketle müsadere güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesini gerektirdiğini belirtmektedir.); Caner Yenidünya, "Yeni Türk Ceza Kanununda Müsadere" in Bahri Öztürk (ed), Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu (2009) 113; Buna karşın Centel, eşya ve kazanç müsaderesinin TCK'da güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş olmasını eleştirmektedir. Yazara göre 765 sayılı TCK döneminde henüz suç işlenmemişse bulundurulması yasak birtakım eşyanın müsadere edilmesi "tedbir" olarak nitelendirilmekteydi; ancak failin suç işlediği anlaşıldığı için suçta kullanılan ya da suçtan kaynaklanan bir eşyanın müsadere edilmesi ise ceza veya cezanın sonucu olan bir yaptırım olarak kabul edilmekteydi. Bu nedenle 5237 sayılı TCK'da müsadere güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmesi de yerinde olmamıştır. Yazara göre hukuki niteliği ceza olan bir yaptırımı güvenlik tedbiri başlığı altında düzenlemek, o yaptırımı güvenlik tedbiri haline getirmektedir. Bkz. Nur Centel, "Yeni Türk Ceza Yasasında Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi" (2005) 0 (1)Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 367-368.

⁷² Malkoç (n 16) 831; Özgenç, s.950; Koca ve Üzülmüş (n 64) 645; Gündel (n 16) 1514.

⁷³ Koca ve Üzülmüş (n 64) 642.

⁷⁴ Uğur Ersoy, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (reformatio in peius) Yasağı* (Adalet Yayınevi 2018) 295.

meyeceği kabul edildiğinden uygulamada, eşyanın dosyada delil olarak saklanması şeklinde bir karar türünün geliştirildiği ifade edilmektedir⁷⁵.

Güvenlik tedbirleri işlediği suçtan dolayı kişi hakkında koruma, iyileştirme, eğitim gibi amaçlarla hükmedilen, aynı zamanda fiilden ve failin kişiliğinden kaynaklanan tehlikelilik halini önlemeye özgülünen yaptırımlardır⁷⁶. Bu anlamda delillerin muhafaza altına alınmasını ve verilen kararın yerine getirilmesinin sağlanmasını amaçlayan el koyma kurumundan farklılık arz etmektedir⁷⁷. Yine, el koymadan farklı olarak müsadere kararı geçici olmayıp, süreklilik arz etmektedir⁷⁸. Eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararı da tıpkı müsadere kararı gibi süreklilik arz eden bir mahiyete sahiptir.

TCK m.54'ün tatbiki için öncelikle müsadereye tabi bir eşya bulunmalıdır. Söz konusu maddede müsadere edilebilecek eşyalar sınırlı olarak gösterildiğinden, sayılanların dışında bir eşyanın müsadere mümkün değildir⁷⁹. Buna karşın dosyada delil olarak saklanacak eşyalar konusunda herhangi bir sınırlama öngörülmemiş olup, yukarıda da ifade olunduğu üzere hangi eşyaların dosyada delil olarak saklanacağı ağırlıklı olarak Yargıtay kararlarıyla şekillenmektedir.

TCK'da düzenlenen güvenlik tedbirleri, yaptırım çeşididir⁸⁰. Bu bağlamda suç ve cezaların kanuniliği prensibi, güvenlik tedbirleri açısından da geçerli olduğundan, kanunda yer almayan bir güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi mümkün değildir⁸¹. Nitekim herhangi bir güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için gerekli şartların neler olduğu da yine TCK'da ayrıntılı olarak gösterilmiştir. Bu açıdan bakıldığında eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararının mevzuatımızda herhangi bir kanunda düzenlenmemiş olması gerçeği dikkate alındığında, bu kurumun hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, aksine bir durum kanunilik ilkesinin ihlali sonucunu doğuracaktır⁸².

⁷⁵ Gökcan ve Artuç (n 10) 1920; Mahmut Koca, "Türk Ceza Hukukunda Müsadere" (Lexpera Blog, 27.05.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/turk-ceza-hukukunda-musadere/#fn32>> erişim tarihi 25 Şubat 2022. Koca'ya göre uygulamada, müsadere konusunu oluşturmayan eşyanın müsadere değil, dosyada delil olarak saklanmasına karar verilmektedir.

⁷⁶ Artuk, Gökcan, Alşahin ve Çakır (n 69) 955; Koca ve Üzülmaz (n 64) 641; Özgenç, s.928; Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n 60) 626; Töngür ve Çetintürk (n 66) 412.

⁷⁷ Yılmaz (n 13) 39.

⁷⁸ İbid 39.

⁷⁹ Artuk, Gökcan ve Yenidünya (n 16) 1385; Abdullah Batuhan Baytaz, "Türk Ceza Hukukunda Müsadere (TCK m.54-55)" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE 2009) 69; Şahin Altuğ, *Ceza Hukukunda Müsadere Kavramı* (Adalet Yayınevi 2017) 122.

⁸⁰ Özgenç (n 64) 928.

⁸¹ Artuk, Gökcan, Alşahin ve Çakır (n 69) 958.

⁸² Eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararının hukuki niteliğinin müsadere olmadığı yönündeki benzer görüş için bkz. Yargıtay CGK, 29.11.2016 T., 2013/11-142 E., 2016/463 K. <www.karararama.yargitay.gov.tr> erişim tarihi 20 Mart 2022.

3. Mülkiyet Hakkı ve Kanunilik İlkesi Bakımından Değerlendirme

Modern mülkiyet hakkı öğretisi, malike, sahip olduğu değerleri toplum yararına aykırı olmaksızın kullanma yetkisi sağladığından, bu hakkın toplum yararına aykırı olarak kullanılması durumunda sınırlandırılması gerektiği kabul edilmektedir⁸³. Benzer şekilde Anayasa'nın "Mülkiyet Hakkı" başlıklı 35. maddesinin 2. fıkrasında bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlandırabileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda ceza yargılaması sürecinde mülkiyet hakkına karşı gerçekleştirilecek müdahalelerin kanunla düzenlenmesi gerektiği izahtan varestedir.

Bir koruma tedbiri türü olan el koyma, başta mülkiyet hakkı olmak üzere el konulan eşyanın mahiyetine göre özel hayatın gizliliği, haberleşme özgürlüğü gibi birçok temel insan hakkına müdahale niteliği taşımaktadır⁸⁴. Bununla birlikte el koyma koruma tedbiri geçici nitelikte olduğundan eşyanın mülkiyeti hakkında herhangi bir değişikliğe sebebiyet vermeyip, yalnızca eşyayı adli makamların fiili hakimiyetine geçirmektedir⁸⁵. Geçici bir müdahale de olsa el koyma kararına ilişkin CMK'da ayrıntılı hükümler sevk edilmiştir.

Eşyanın dosyada delil olarak saklanmasına karar verilmesi halinde müsadere kararında olduğu gibi mülkiyet hakkının doğrudan doğruya devlete geçtiği tam olarak söylenemese de, sonuçları itibariyle zilyedin veya malikin eşya üzerinde tasarrufta bulunma hakkı süresiz bir şekilde ortadan kaldırıldığından, bu durumun ilgili kişinin mülkiyet hakkını da ortadan kaldıracağını söylemek yanlış olmayacaktır. Sonuçları itibariyle mülkiyet hakkını ortadan kaldıran bir hukuki işleme ilişkin mevzuatımızda kanuni bir düzenlemeye yer verilmemiş olması Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenmiş bulunan mülkiyet hakkına aykırılık teşkil etmektedir.

Eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararı müsadere gibi TCK'nın yaptırımlar kısmında düzenlenmemiştir. Bu sebeple "Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz." (TCK m. 2/1) hükmü dikkate alındığında eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararının bir güvenlik tedbiri olmadığı ve dolayısıyla bir yaptırım şekli olmadığı ifade edilebilecektir.

Asıl ceza davasında el konulmuş olan ancak suçta kullanıldığı veya suçun işlenmesine tahsis edildiği ya da suçtan meydana geldiği kesin olarak tespit edilemeyen eşyanın iadesi gerekmektedir. Nitekim CMK m.131/1'de "Şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma

⁸³ Doğan Gedik, *Müsadere* (Adil Yayınevi 2007) 2.

⁸⁴ Sarıtaş, s.268; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Tütüncü, Özyaydın, Altınok Villemin ve Tok, (n 53) 269.

⁸⁵ Sarıtaş (n 52) 276; Yılmaz (n 13) 39.

ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılması halinde, re'sen veya istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından karar verilir.” düzenlemesine yer verilmiştir. Ancak uygulamada verilen dosyada delil olarak saklanma kararı ile zaman zaman söz konusu düzenlemenin aksine hareket edildiği görülmektedir⁸⁶. Bu sebeple şayet eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararına hukuki bir kimlik atfedilmek ve çalışmada bahsedilen sıkıntıların önüne geçilmek isteniyorsa -ki bu bir zorunluluktur- buna ilişkin tercihan CMK’da kanuni bir düzenleme yapılması ve kurumun uygulanma şartlarının açık bir şekilde düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Hali hazırda bir yönetmelik hükmüne dayalı olarak ve Yargıtay içtihatlarıyla şekillenen bir kurumun temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahalenin en sert gerçekleştirildiği bir muhakeme dalı olan ceza muhakemesinde uygulanmasının kabul edilebilir bir durum olmadığı da açıktır.

D. BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLU

Eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararına karşı başvurulacak kanun yolunun ne olduğu da önem taşımaktadır. Mevzuatımızda bu karara karşı gidilebilecek kanun yoluna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay, “eşyanın dosyada delil olarak saklanmasına ilişkin kararın, itiraz kanun yoluna tabi bir hakim kararı ya da kanunda açıkça itiraza tabi olduğu belirtilen bir mahkeme kararı değil, Suç Eşyası Yönetmeliği’nin 16. maddesine istinaden, niteliği itibarıyla müsadere edilemeyen ancak başlı başına delil niteliğinde olup aynı zamanda suç konusunu oluşturan eşyanın dosyada muhafaza edilmesini sağlamak için verilmiş bir mahkeme kararı olduğu ve anılan karara karşı başkaca bir kanun yolu öngörülmediğinden, bu karara karşı başvurulması gereken kanun yolunun, esas hükmün tabi olduğu kanun yolu” olduğunun kabul edilmesi görüşündedir⁸⁷.

⁸⁶ Örneğin, “Suçta kullanılmayan, üzerlerinde kriminal incelemeleri tamamlanan Siverek Cumhuriyet Başsavcılığı suç eşyası esas defterinin 2009/308 sırasında kayıtlı sanık Halil Oynak’tan teslim alınan, üzerinde kan izi bulunan beyaz renkli spor ayakkabı ile mağdur Orhan Oynak’a ait 1 çift kahverengi terliğin sahiplerine iadesi yerine delil olarak dosyada saklanmalarına karar verilmesi...” Yargıtay 1. CD, 15.11.2012 T., 2010/5286 E., 2012/8345 K. Akt. Tünay (n 47) 113.

⁸⁷ “Suçta konu bononun dosyada delil olarak saklanmasına ilişkin kararın, itiraz kanun yoluna tâbi bir hâkim kararı ya da kanunda açıkça itiraza tâbi olduğu belirtilen bir mahkeme kararı değil, Suç Eşyası Yönetmeliğinin 16. maddesine istinaden, niteliği itibarıyla müsadere edilemeyen ancak başlı başına delil niteliğinde olup, aynı zamanda suç konusunu oluşturan eşyanın dosyada muhafaza edilmesini sağlamak için verilen bir mahkeme kararı olduğu ve anılan karara karşı başkaca bir kanun yolu öngörülmediği anlaşıldığından, başvurulması gereken kanun yolunun, esas hükmün tabi olduğu temyiz kanun yolu olduğunun kabulü gerekmektedir.” Yargıtay CGK, 29.11.2016 T., 2013/11-142 E., 2016/463 K.; “...Öncelikle ‘dosyada delil olarak saklama kararı’nın temyiz kanun yoluna mı, itiraz kanun yoluna



Mahkemece sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş ise bu karara karşı itiraz kanun yoluna başvurulabileceğinden, hükmün parçası konumundaki eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararına karşı da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının tabi olduğu itiraz kanun yolu uygulama alanı bulacaktır.

Eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararı bakımından aleyhe değiştirme yasağı uygulama alanı bulabilecek midir? Kanaatimizce mevcut sistemde ne ceza ne de güvenlik tedbiri olarak sınıflandırılabilir olan eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararı bakımından aleyhe değiştirme yasağı⁸⁸ uygulama alanı bulamayacaktır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Ceza muhakemesinin amacı olan gerçeğin ortaya çıkarılmasında çok önemli bir fonksiyon üstlenen delillerin, hukuka uygun şekilde toplanması ve muhafaza altına alınması gerekmektedir. Aksine bir uygulama hem ceza muhakemesinin amacına aykırılık oluşturacak hem de hak ihlallerinin ortaya çıkma riskini beraberinde getirecektir. Yargılamanın kesin hükümlerle neticelenmesi sonrasında şayet şartları gerçekleşmişse öncesinde elkonulmuş/muhafaza altına alınmış eşya hakkında müsadereye ilişkin hükümler uygulanacak ve bahse konu eşyaların mülkiyeti devlete geçecektir. Bununla birlikte uygulamada, ispat aracı olarak yararlı görülen veya müsadere kararı verilmesi mümkün olmayan ancak delil niteliğine sahip eşyalar hakkında, Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 18. maddesinden hareketle, yargılama sonunda hükümlerle birlikte dosyada delil olarak saklanma kararı verildiği görülmektedir. Hangi eşyalar bakımından bu yola başvurulabileceği ise Yargıtay kararlarıyla -kararlar arasında da çelişki-

mı tâbi olduğunun tespiti gerekmekte olup ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 29.11.2016 tarihli ve 142-463 sayılı kararında belirtildiği üzere 'dosyada delil olarak saklama' kararı itiraz kanun yoluna tâbi bir hâkim kararı ya da kanunda açıkça itiraza tâbi olduğu belirtilen bir mahkeme kararı değil, niteliği itibarıyla müsadere edilemeyen ancak başlı başına delil niteliğinde olup, aynı zamanda suç konusunu oluşturan eşyanın dosyada muhafaza edilmesini sağlamak için verilen bir mahkeme kararı ve anılan karara karşı başkaca bir kanun yolu öngörülmediğinden, başvurulması gereken kanun yolu da esas hükmün tabi olduğu temyiz kanun yoludur." Yargıtay CGK, 22.09.2020 T., 2019/353 E., 2020/367 K; "...hükümlerin sanık tarafından temyizi üzerine Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 24/06/2014 gün 2013/24558 E. - 2014/17952 K. sayılı ilamı ile onanarak kesinleştiği, 18/11/2016 günlü ek kararlar dosyada delil olarak saklanmasına karar verilen eşyaların hüküm tarihi itibarıyla, bilinen değerlerine göre 21.07.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5219 sayılı Kanun'un 3-B maddesi ile değişik 1412 sayılı CMUK'nun 305/1.maddesi ve 1086 sayılı HUMK'nun 427. maddesi uyarınca kesinlik sınırları içinde kalması nedeniyle, hükmün temyizi mümkün olmaması karşısında, sanığın temyiz isteminin aynı Kanun'un 317.maddesi gereğince istem gibi reddine..." Yargıtay 2. CD, 26.10.2021 T., 2021/12981 E., 2021/17599 K. Kaynak: <www.karararama.yargitay.gov.tr > erişim tarihi 15 Mart 2022.

⁸⁸ Aleyhe değiştirme yasağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ersoy (n 74) 19 vd.

ler olmakla birlikte- kazuistik bir yöntemle belirlenmektedir. İstisnaen de faili meçhul dosyalarda, failin yakalanması durumunda kullanılmak üzere suçta kullanılan eşya veya başlı başına suç teşkil eden eşyanın zamanaşımı sonuna kadar dosyasında delil olarak saklanmasına karar verilebilmektedir.

Mahkemece verilen hükümde daha önce adli emanete alınmış bulunan eşya hakkında nasıl bir işlem yapılacağı gösterilmemişse ilgili mahkemeden mutlak konu hakkında ek bir karar vermesinin istenmesi gerekmektedir⁸⁹. Zira adli emanete alınan bir eşyanın emanetten çıkartılması iade, müsadere, delil olarak saklama veya imha kararlarıyla mümkün olabilmektedir. Bazense eşyanın mahkeme veya diğer makamlar tarafından incelenmek veya yetkisizlik, görevsizlik, dava nakli veya diğer kararlar üzerine geçici ve mutlak surette başka bir mahalle gönderilebilmesi de söz konusu olabilmektedir⁹⁰.

CMK m.131'e göre şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılması halinde re'sen veya istem üzerine iadesine karar verilebilecektir. Hangi durumda imha kararı verileceği ise Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 24. maddesinde "İadesine karar verilmiş olup da mahkeme kararı kendilerine tebliğ edildiği hâlde sahipleri tarafından 21 inci maddede yazılı süre içerisinde alınmayan ve ekonomik değeri bulunmayan eşyanın, Cumhuriyet savcısı başkanlığında, emanet memuru ve bir zabıt kâtibinden oluşan komisyonca imhasına karar verilir." şeklinde düzenlenmiştir.

Suç Eşyası Yönetmeliğinde yer alan "Emanete alınmakla birlikte mahiyetleri itibarıyla müsadereye konu edilemeyen eşya, yargılama sonunda verilen bu yöndeki karar doğrultusunda, ilgili dosyasında delil olarak muhafaza edilmek üzere mahkemesine gönderilir." şeklindeki hüküm, eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararına dair mevzuatta dolaylı da olsa yapılan tek düzenlemedir. Bununla birlikte "mahiyetleri itibarıyla müsadereye konu edilemeyen eşya" ibaresi muğlak olup söz konusu ibareyle ne kastedildiği açık değildir. Çalışmada da bahsedildiği üzere Yargıtay kazuistik bir yöntem benimsemek suretiyle hangi eşyaların dosyada delil olarak saklanacağını -aynı konuda farklı içtihatlar bulunmakla birlikte- belirlemiş bulunmaktadır.

Uygulamada en çok sahtecilik suçlarının konusunu oluşturan sahte belgenin dosyada delil olarak saklanmasına karar verildiği görülmektedir. Bunun dışındaki suçlar açısından delil özelliği taşıyan eşyaların (örneğin, olay görüntülerini içeren video bantları, kaset, CD, mektup, kitap, gazete nüshaları, av fişeği kartuşu, saçma taneleri, mermi çekirdeği, boş kovan, swap örnekleri)

⁸⁹ Onur Utku Sevim, *Adli Emanet İşlemleri ve Denetimi* (Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası 2020) 16.

⁹⁰ İbid 20.

dosyada delil olarak saklanma kararı verildiği de görülmektedir.

Yargılama sona ermiş olmakla birlikte ileride o delile tekrar ihtiyaç duyma halinin söz konusu olabileceği durumlarda da bu kararın verildiği görülmektedir. Örneğin, yargılama sonunda beraat kararı verilmesi halinde müsadere kararı verilip verilmeyeceği noktasında beraat kararının gerekçesi belirleyici niteliktedir. Eğer fiilin suç teşkil etmeme hali söz konusuysa beraat kararıyla birlikte eşyanın da ilgisine iadesi gerekecektir. Yüklenen fiilin sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması veya yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması halinde verilecek beraat kararıyla birlikte eşyanın ilgisine iadesine karar verilecektir. Ancak sanık, eşyanın kendisine ait olmadığını savunmuş ise gerçek fail veya failler hakkında suç duyurusunda bulunulması ve soruşturma başlatılması halinde, söz konusu eşya delil olma vasfını sürdüreceğinden bu eşyanın dosyada delil olarak saklanması yerinde olacaktır⁹¹; ki zaten burada eşyanın ilgisinin sanık olmadığı da ortadadır.

Sahtecilik suçlarının konusunu oluşturan belgeler suçun en önemli ve hatta çoğu zaman tek delilidir. Bu sebeple uygulamada suçun işlenmesinde kullanılan sahte evrakın müsadere yerine dosyada delil olarak saklanmasına karar verilmektedir. Dosyada delil olarak saklama kararı, gerektiğinde söz konusu evrakın ulaşılabilir olmasına imkan sağlamaktadır. Ancak TCK m.54 çerçevesinde değerlendirildiğinde suçun işlenmesine tahsis edilen veya suçta kullanılmak üzere hazırlanan sahte resmi veya özel belgenin müsadere edilmesi gerekmektedir. Kaldı ki her müsadere kararı müsadere edilen eşyanın imhasını zorunlu kılmamaktadır. Nitekim müsadere kararlarının infazına ilişkin olarak Suç Eşyası Yönetmeliği m.5/3-f’de, “Kıymetli maden ve taşlar ile Türk Lirası banknotlar, döviz, efektif, sahte paralar(ın); Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası şubelerine veya mal müdürlüklerine” teslim edileceği belirtilmiştir. Sahte Banknotların İncelenmesi ve Değerlendirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’te sahteliği mahkeme kararı ile kesinleşen sahte banknotların, kararın kesinleşmesinden itibaren imha edilmek üzere en kısa sürede Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası merkez birimine gönderileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte gönderilen sahte banknotlar içerisinde Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası merkez birimi tarafından üretim özelliği bakımından önemli bulunan sahte banknotların ayrılarak saklanmasına imkan tanınmıştır. Saklanan sahte banknotların eğitim, test, adaptasyon ve benzeri amaçlarla kullanılabilmesi gibi, bu amaçlarla yurt içi ve yurt dışındaki kurum ve kuruluşlara gönderilmesi de mümkündür. Görüldüğü üzere sahte banknotlardan müsadere kararının ardından pek çok fayda sağlanabilmektedir.

Her şeyden önce Yargıtay kararlarında da sıklıkla kullanılan “niteliği itibariyle müsadere edilemeyen eşya” ifadesinin isabetli bir ifade olmadığını ve

⁹¹ Certel (n 13) 54.

Yargıtay'ın anladığı anlamda hukukumuzda bir karşılığının bulunmadığını vurgulamak istiyoruz. Zira eşya müsaderesinin söz konusu olabilmesi için öncelikle ortada hukuki anlamda bir “eşya”nın olması gerekmektedir. Bu bağlamda uygulamada delil olarak saklanmasına karar verilen eşyalar örneğin sahte çek, sahte poliçe, sahte hisse senedi, sahte diploma, sahte ilaç kupürü, sahte kredi kartı, sahte sürücü belgesi, sahte araç plakası, sahte nüfus cüzdanı gibi eşyaların sırf “sahte” olmalarından bahisle eşya olarak kabul edilemeyecekleri, bir başka deyişle bunların niteliği itibarıyla müsadere edilemeyen eşya olarak kabul edilebilmeleri mümkün değildir. Aksine bir düşünce müsadere kurumunun işlevsizleştirilmesi sonucunu doğurabilecektir. Kaldı ki burada örnek olarak verilen eşyalar TCK m.54 bağlamında “suçun işlenmesinde kullanılan” veya “suçtan meydana gelen” eşya olarak nitelendirilmeli ve eşya müsaderesinin konusunu oluşturmalıdır. Müsadere edilemeyen eşyadan ise anlaşılması gereken iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmakla birlikte kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya olarak kabul edilmelidir. Yargıtay tarafından kabul edilen “niteliği itibarıyla müsadere edilemeyen eşya”dan kastedilmek istenenin iyiniyetli üçüncü kişilere ait eşyalar olamayacağına göre bu tanımlamanın hukuki bir anlam ifade etmediği ortadadır.

Eleştiriye açık olan hususlardan bir diğeri de çalışmada örnekleri verilen ve yukarıda birkaçı örnek kabilinden sayılan eşyaların, “eşyanın tabiatı gereği” delil niteliğine haiz olduğudur. Zira ilgili suç tipleri açısından bakıldığında bu eşyaların birçoğunun suçun konusunu bir başka deyişle “suçtan meydana gelen eşya”yı oluşturduğu tartışmasızdır. Örneğin, bir resmi belgenin sahte olarak düzenlenmesi TCK m.204'e göre resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturacak ve burada sahte olarak düzenlenen resmi belge hem bu suçun konusunu oluşturacak hem de TCK m.54 anlamında “suçtan meydana gelen eşya” olarak kabul edilip eşya müsaderesinin konusunu oluşturacaktır. Suçun konusunun da ceza muhakemesi hukuku anlamında delil olduğunu tekrar etmeye gerek yoktur.

Eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararının yarattığı bir diğer sıkıntıyı da CMK'da müsadere muhakemesi için öngörülen usulde görmekteyiz. CMK'nın 256. maddesine göre müsaderesi gereken bir eşyanın müsaderesi veya iadesi konusunda asıl hükümlerle birlikte bir karar verilmediği durumlarda bu konuda bir karar verilmesi için Cumhuriyet savcısı veya katılan, eşyanın müsaderesini veya iadesini isteyebilecektir. Burada sanığın böyle bir talepte bulunmakta hukuki yararı bulunmadığından onun bu yola başvurabilmesi kanaatimizce mümkün değildir. CMK'nın 257. maddesine göre hem müsadere hem de iade kararları evrak üzerinden değil duruşma açılarak verilecektir. Mahkeme duruşma açtığında, sanığı, katılanı ve müsadere veya iade olunacak eşya üzerinde hakkı olan kimseleri duruşmaya çağıracaktır. Bu şekilde yapılacak yargılama sonrasında tüm deliller toplandıktan sonra kasıtlı bir suç işlendi-



ği ve bu eşyanın da suçta kullanıldığı veya suça tahsis edildiği veya suçtan elde edildiği anlaşılacak olursa eşyanın müsadereğine, aksi takdirde iadesine karar verilecektir. Verilen bu karara karşı Cumhuriyet savcısı, katılan ve eşya üzerinde hakkı olan kimseler istinaf kanun yoluna başvurabileceklerdir. Konumuz açısından olaya yaklaşıldığında ise aslında müsadere konusunu oluşturan bir eşya hakkında mahkemece dosyada delil olarak saklanma kararı verilmiş olması kanaatimizce müsadere gereken bir eşyanın müsadere konusunda asıl hükümle birlikte bir karar verilmemesi anlamına gelecektir. Böyle bir durumda Cumhuriyet savcısı veya katılanın CMK m.256/1 uyarınca eşya hakkında müsadere kararı verilmesi gerektiğinden bahisle başvuruda bulunabilme hakkı bulunmaktadır. Benzer şekilde sanığa veya iyi niyetli üçüncü kişiye ait olup da iade edilmesi gereken eşya veya malvarlığı değerleri ile ilgili olarak eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararı verilmişse, Cumhuriyet savcısı, sanık veya malen sorumlunun CMK m.256/2 uyarınca talepte bulunarak eşyanın iadesini talep edebilme haklarının olduğu da unutulmamalıdır.

Çalışmada ayrıntılı olarak üzerinde durulduğu üzere ne TCK'da ne CMK'da düzenlenmiş bulunan, Yargıtay tarafından Suç Eşyası Yönetmeliği'ndeki bir düzenlemeden bahisle kendisine hukuki nitelik atfedilen "eşyanın dosyada delil olarak saklanması kararı"nın önemli sorunları ve sakıncaları bünyesinde barındırdığı ortadadır. İlgili kişinin eşya üzerinde tasarrufta bulunma hakkının ortadan kaldırılması sonucunu doğuran bir karar çeşidi olduğundan hem mülkiyet hakkına, sadece bir yönetmelikte dolaylı bir şekilde yer verilmiş olmasından dolayı da kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eden bu karar çeşidine hukuki bir fonksiyon atfedilmek isteniyorsa bunun birincil şartı bu kurumun kanuni bir platformda (TCK veya CMK) açıkça düzenlenmesi, uygulanma koşullarının tereddüte ve yoruma mahal bırakmayacak bir açıklıkla kaleme alınmasıdır. Mevcut haliyle eşya müsadere hükümlerinin ve dolayısıyla da CMK'daki ilgili kuralların açık bir şekilde baypas edilmesi sonucunu doğuran bu karar çeşidinin önemli sorunları ve tartışmaları bünyesinde barındırdığı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

Akipek J, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) (2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1972).

Altuğ Ş, Ceza Hukukunda Müsadere Kavramı (Adalet Yayınevi 2017).

Artuk M E, Gökçen A, Alşahin M. E, Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Bası, Adalet Yayınevi 2020).

Artuk M E, Gökçen A, Yenidünya A C, Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler-II. Cilt (Adalet Yayınevi 2009).

Baytaç A B, "Türk Ceza Hukukunda Müsadere (TCK m.54-55)" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE 2009).

Bekar E, “Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m.223)” (2017) LXXV (1) İÜHF 15-60.

Birtek F, Ceza Hukuku Genel Hükümler (6. Bası, Adalet Yayınevi 2018).

Centel N, “Yeni Türk Ceza Yasasında Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi” (2005) 0 (1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 359-368.

Centel N ve Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku (4. Bası, Beta 2015).

Certel A, Müsadere (Seçkin Yayınevi 2008).

Erişgin N, Medeni Hukuk II (Anadolu Üniversitesi Yayınları 2019).

Ersoy U, Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (reformatio in peius) Yasağı (Adalet Yayınevi 2018).

Gedik D, Müsadere (Adil Yayınevi 2007).

Gedik D, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Müsadere (2. Bası, Adalet Yayınevi 2016).

Gökcan H T, Artuç M, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, II. Cilt (Adalet Yayınevi 2021).

Gündel A, Türk Ceza Kanunu Açıklaması-II. Cilt (2009).

Karabulut F, Karapazarlıoğlu E ve Tosun H, “Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hakimlerin Delil Algısı” (2015) 0 (120) TBB Dergisi 385-422.

Karapazar M D, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi LEE 2021).

Koca M, “Türk Ceza Hukukunda Müsadere” (Lexpera Blog, 27.05.2020) <<https://blog.lexpera.com.tr/turk-ceza-hukukunda-musadere/#fn32>> erişim tarihi 25 Şubat 2022.

Koca M ve Üzülmüş İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Bası, Seçkin Yayınevi 2021).

Kunter N, Ceza Muhakemesi Hukuku (9. Bası, Kazancı Hukuk 1989).

Malkoç İ, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu-I. Cilt (Malkoç Kitabevi 2013).

Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (12. Bası, Seçkin Yayınevi 2021).

Özen M, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku (4. Bası, Adalet Yayınevi 2021).

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (17. Bası, Seçkin Yayınevi 2021).



Öztürk B, Eker Kazancı B ve Soyer Güleç S, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri (5. Bası, Seçkin Yayınevi 2022).

Öztürk B, Tezcan D, Erdem M R, Sırma Gezer Ö, Saygılar Kırıt Y F, Alan Akcan E, Erden Tütüncü E, Özaydın Ö, Altınok Villemin D ve Tok M C, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku (6. Bası, Seçkin Yayınevi 2019).

Parlar A, Türk Ceza Kanunu Şerhi-II. Cilt (Bilge Yayınevi 2015).

Polat O, Kriminoloji ve Kriminalistik Üzerine Notlar (4. Bası, Seçkin Yayınevi 2018).

Sarıtaş E, “El Koymanın Hukuki Sonuçları Bağlamında El Konulan Eşya ve Diğer Malvarlığı Değerlerinin Teslimi ve İadesi” (2022) 0 (159) TBB Dergisi 267-318.

Sevim O U, Adli Emanet İşlemleri ve Denetimi (Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası 2020).

Soygüt Arslan M B, “Türk Ceza Hukukunda Müsadere” (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi SBE 2014).

Şahin C ve Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku-I (12. Bası, Seçkin Yayınevi 2021).

Töngür A R ve Çetintürk E, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Adalet Yayınevi 2020).

Tünay M, “Müsadere ve Müsadere Muhakemesi” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SBE 2014).

Üzüm A R, , “Ateşli Silah Kimliğinin Belirtimi” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü 1995).

Yalvaç G, Türk Ceza Kanunu (Adalet Yayınevi 2008).

Yargıtay Ceza Daireleri Uygulamasında Sıklıkla Rastlanan Bozma Sebepleri (CMK-TCK-Özel Yasalar), (2018).

Yenidünya C, “Yeni Türk Ceza Kanununda Müsadere” in Bahri Öztürk (ed), Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu (2009).

Yenisey F ve Nuhoğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı (2. Bası, Seçkin Yayınevi 2014).

Yılmaz Z, Teoride ve Uygulamada Müsadere (Seçkin Yayınevi 2003).

<<https://uzay.tubitak.gov.tr/sites/images/trbalistika.pdf>> erişim tarihi 13 Mart 2020.

<www.karararama.yargitay.gov.tr>

ÖZEL HUKUK

7343 SAYILI KANUN İLE İHALENİN FESHİ ŞİKÂyetİNDE (İİK m.134) YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Assesment of The Amendments Made in Complaint of Annulment
of Tender with The Code No 7343*

Yasin KÖSE*

Özet

İcra ve İflas Hukuku ile ilgili uygulamada yaşanan sıkıntıları ortadan kaldırmak amacıyla 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Değişikliklere ilişkin 7343 sayılı Kanun, 30/11/2021 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile ihalenin feshi konusunda da önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler ihalenin feshini isteyebilecek kişiler, şikâyet süresinin başlaması, harç ve teminat, görevsizlik veya yetkisizlik hâlinde mahkemece yapılacak işlemler, duruşma ve para cezası ile ilgilidir. Görüldüğü üzere ihalenin feshi şikâyeti ile ilgili köklü değişiklikler yapılmıştır. Değişiklikten önceki uygulamaların devam etmemesi için bu değişikliklerin amacının ortaya konulması gerekir. İhalenin feshi ile ilgili yapılan değişikliklerin temel amacı şikâyet sürecini olumsuz etkileyen uygulamaları ortadan kaldırmak ve şikâyet yolunun kötüye kullanımını engellemektir. Bu amaç Kanun gerekçesinin çeşitli yerlerinde açıkça belirtilmiştir. Bu çalışma da değişikliklerin amacını ortaya koyma ve değişikliklerin bu amaç doğrultusunda yorumlanması çabasıyla yapılmıştır. Çalışmada yapılan değişiklikler ayrı başlıklar altında incelenecek, değişikliklerin önceki düzenleme ile karşılaştırılması ve nasıl anlaşılması gerektiği açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Açık Artırma, Haciz, İcra Takibi, İhalenin Feshi, Şikâyet

Abstract

Various amendments were made in the Execution and Bankruptcy Code No. 2004 in order to eliminate the issues experienced in practice related to the Enforcement and Bankruptcy Law. Code No. 7343 on the amendments came into force by being published in the Official Gazette on 30th November 2021. With this code, important changes were made on the annulment of tender. These amendments are related to the persons who may request the annulment of tender, start of the complaint period, fees and guarantees, the hearing, fine and the actions to be taken by the court in case of

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 23.12.2021

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 21.12.2022

* Hakim, Trabzon Bölge Adliye Mahkemesi Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Doktora Öğrencisi, yasinkose.th@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-9408-4871>

lack of jurisdiction or competent. As it can be seen, fundamental changes have been made regarding the annulment of tender complaint. The purpose of these amendments should be revealed so that the practices before the change do not continue. The main purpose of the amendments regarding the annulment of tender is to eliminate the practices that adversely affect the complaint process and to prevent the abuse of the remedy of complaint. This purpose is clearly stated in various parts of the preamble of the code. This study was presented in an effort to reveal the purpose of the amendments and to interpret the amendments with this purpose. The changes made in the study will be examined under separate topics, and it will be tried to explain how the amendments should be compared with the previous regulation and how they should be understood.

Key Words: Tender, Seizure, Debt Enforcement Proceeding, Annulment of Tender, Complaint

GİRİŞ

Alacağın tahsili için başlatılan icra takiplerinde, borçlunun borcunu rızaen ödememesi hâlinde haciz kurumu devreye girer ve borçluya ait para, mal ve haklar haczedilir. Haczedilen şey eşya ise doğrudan alacaklıya teslim edilmez, paraya çevrilerek alacaklı tatmin edilmeye çalışılır. Hacizli malların satışı hukukumuzda kural olarak açık artırma usulü ile gerçekleştirilir.

Açık artırma usulü ile hacizli malın satışının 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda belirtilen şekilde yapılması gerekmektedir. Bu gerekliliğin amacı alacaklıyı daha çok tatmin etmek, borçluyu da borcundan daha fazla oranda kurtarmaktır. Bunun yanında cebri satışın devlet eliyle yapılması ve ihale alıcısı olarak üçüncü kişilerin de sürece dâhil olması sebebiyle paraya çevirme kamu düzenini de ilgilendirmektedir. Dolayısıyla Kanunda öngörülen usulde yapılmayan ihale, alacaklının, borçlunun veya üçüncü kişinin zararına yol açabilir. Bu durum aynı zamanda kamu düzenine aykırılık da teşkil edebilir.

Açık artırma yöntemiyle yapılan satışın Kanuna uygun olmaması sebebiyle zarar görenlerin satışın iptalini talep etmeleri mümkündür. Bu husus 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 134. maddesinde ihalelerin feshi şikâyeti olarak kabul edilmiştir.

İhalelerin feshi ile ilgili uygulamada ortaya çıkan sorunları gidermek adına, kamuoyunda 5. Yargı Paketi olarak bilinen ve 24/11/2021 tarihinde kabul edilerek 30/11/2021 tarihli ve 31675 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe giren 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 27. maddesi ile 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun ihalelerin feshi şikâyetini düzenleyen 134. maddesinde esaslı değişiklikler yapılmıştır.¹

¹ Kanun değişikliğinin gerekçesinde değişikliğin sebebi "...ihale uygulamasında yaşanan ve özellikle takibin tarafları ile ihale alıcısını mağdur eden birtakım sorunlara çözüm bulmak amacıyla ihalelerin feshini talep etmeye ilişkin usul ve esaslarda değişiklik yapılmaktadır" şeklinde ifade edilmiştir. Kanunun gerekçesinin tamamı için bkz: <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss285.pdf>, ET:01/12/2021.

Bu çalışmada 7343 sayılı Kanun ile ihalenin feshi şikâyetinde ortaya çıkan değişiklikler, değişiklik öncesi durumla karşılaştırmalı olarak ele alınacak, değişiklikler hakkında değerlendirmeler yapılacaktır.

I. GENEL OLARAK İHALENİN FESHİ

İİK'nın 115. ve 129. maddeleri gereğince ihalenin (açık artırmanın) yapılması ile satılan malın mülkiyeti ihale alıcısına geçer (İİK m.115/2, TMK m.705/2).² Yapılan satış adi bir satış olmayıp, bir cebri icra işlemi olduğundan, hükümsüz hale getirilmesi de cebri icra ilkeleri kapsamındadır.³ Bunun için ihalenin feshi yolu kabul edilmiş olup ihale, ancak ihalenin feshi yoluyla hükümsüz hâle getirilebilir.⁴

İhalenin feshi, yapılan ihalenin Kanunda öngörülen usule aykırı şekilde yapılması sebebiyle hükümlerini ortadan kaldırmaya yönelik bir hukuki çaredir.⁵ İİK'nın 134. maddesinde düzenlenen bu çarede, ihalenin feshi şikâyet yoluyla icra hukuk mahkemesinden istenir. Bu başvuru yolunun şikâyet olduğu Kanunda açıkça yazılmıştır.⁶ Bu yolla amaçlanan, açık artırma yöntemiyle

² Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, İcra ve İflas Hukuku (3.Baskı, Yetkin 2020) 306; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (4.Baskı, Adalet 2019) 318; Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı (2.Baskı, Adalet 2013) 698; Timuçin Muşul, İhale ve İhalenin Feshi (Adalet 2016) 176; Lale Sirmen, Eşya Hukuku (9.Baskı, Yetkin 2021) 379; M.Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku (21.Baskı, Filiz, 2018) 409; Murat Topuz, Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti (Seçkin, 2020) 200.

³ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, İcra ve İflas Hukuku (7.Bakı, Yetkin 2021) 349; “İhalenin feshi, daha çok icra hukuku prensipleri ve şikâyet prosedürü içinde, daha şekle dayalı, inceleme ve araştırma alanı daha kısıtlı ve ihalenin şeklin denetimi şeklinde gerçekleşmekte iken; yolsuz tescile dayalı iptal ve tescil davasında izlenecek yol bu kadar sınırlı olmayacak; takibe esas teşkil eden borç ilişkisinin doğru olup olmadığı, buna dayalı takibin usulüne uygun yapıp yapılmadığı, ihale hazırlığı ve ihale anına kadar ve ayrıca ihale hazırlığı ve ihale aşamasındaki tüm işlemlerde davalıların usul ve yasaya aykırı bir katkılarının bulunup bulunmadığı da araştırılacaktır.” Yargıtay HGK, E 2011/1-321, K 2011/382, 01.06.2011.

⁴ Bunun dışında 7343 sayılı Kanun değişikliği ile İİK'nın 115/6 ve 134/9 hükümlerine göre ihalenin iptali de mümkündür. İİK m.115/6 ihale bedelinin yatırılmaması, m.134/9 ise malın teslim edilememesi veya teslim hazırlı hale getirilememesi hallerine ilişkindir. Bu hükümlerde ihalenin yapılması esnasında bir usulsüzlük söz konusu değildir. Zira bu iki durum için kanun koyucu “ihalenin iptali” kavramını kullanmış, böylece mahkeme tarafından ihalenin feshedilmesinden ayrılmıştır.

⁵ Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 2) 315; Ömer Çon, İhalenin Feshi (İcra ve İflas Kanunu Madde 134) (Yetkin 2021) 16.

⁶ Ramazan Arslan, İcra İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi (AÜHF 1984) 157; Dolayısıyla burada dava söz konusu değildir. Bu yol, icra iflas hukukunda kendine özgü bir çare olarak kabul edilen şikâyet yoludur. Hakan Pekcanitez ve Cemil Simil, İcra – İflas Hukukunda Şikâyet (Vedat Kitapçılık, 2017), 57 vd; Talih Uyar, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar,



yapılan satışın kanuna uygun olmaması sebebiyle hakkı ihlal edilen kişilere bir hukuki imkân vermektir.

İİK'nın 134. maddesinde ihalelerin feshi sebepleri tek tek sayılmamıştır. Ancak Kanun hükmünün yorumuyla fesih sebeplerini tespit etmek mümkündür. Şöyle ki İİK'nın 134/2 hükmünde “Türk Borçlar Kanununun 281 inci maddesinde yazılı sebepler de dâhil olmak üzere” demek suretiyle TBK'nın 281. maddesinde düzenlenen artırımın fesat olgusuna dayalı iptaline atıf yapmış ve ihalelerin fesada uğraması hâlinde feshedilebileceği işaret edilmiştir. Maddede ayrıca ihalelerin yapıldığı ana kadar cereyan eden muamelelerdeki yolsuzlukların da fesih sebebi olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bunların yanında maddenin 10. fıkrasından satış ilanının tebliğ edilmemesi ve eşyanın esaslı niteliklerindeki hatanın da ihalelerin fesih sebebi olarak benimsendiği görülmektedir.

Kanunda açıkça sayılmamasına rağmen uygulama ve doktrinde ihalelerin feshi sebepleri konusunda fikir birliği vardır. Bu kabule göre ihalelerin fesih sebepleri ihaleye fesat karıştırılmış olması, artırmaya hazırlık aşamasındaki hatalı işlemler, ihalelerin yapılması sırasındaki hatalı işlemler ve alıcının taşınmazın önemli nitelikleri hakkında hataya düşürülmüş olmasıdır.⁷

İhalelerin feshi sebeplerine ilişkin bu tasnifin yanında ihalelerin feshi sebebinin kamu düzenine ilişkin olup olmamasına göre bir tasnifin (mutlak fesih sebepleri – nispi fesih sebepleri) daha yapılması gerektiği kanaatindeyiz.⁸ Bu ayırım, ihalelerin feshi sebebinin re'sen dikkate alınıp alınmaması temeline dayanmaktadır. Örneğin satış ilanının usulsüz tebliği iddia edilmediği müddetçe mahkemece dikkate alınmazken; kıymet takdiri ile satış arasında iki yıldan

İcra Hukukunda Şikâyet (Bilge 2018) 2; Gökçe Varol, “İcra Mahkemelerinde Yargılama Usulü” (2020) 6(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 435, 438.

⁷ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 3) 349-351; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 2) 316, 317; Alper Bulur, “İcra ve İflas Hukukunda İhalelerin Feshi Nedenleri” (Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi 2006) 10; Alper Bulur, “İcra ve İflas Hukukunda ‘Fesat Karıştırma’ ve ‘Malın Esaslı Niteliklerinde Hata’ya Dayanan İhalelerin Feshi Nedenleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11 (1-2), 2007, 45-69, 49; Kuru (n 2) 710-706; Muşul (n 2) 336-372; Ejder Yılmaz, İcra ve İflas Kanunu Şerhi (Yetkin 2016) 714 vd; Yargıtay 12 HD, E 2021/1122, K 2021/3013, 17.03.2021; Yargıtay 12 HD, E 2021/832, K 2021/1753, 18.02.2021; Yargıtay 12 HD, E 2020/7982, K 2020/11303, 24.12.2020; Doktrinde Çon ise ihalelerin fesih sebeplerini ihalelerin yapılmasından evvelki işlemlerden kaynaklı ve artırmadan kaynaklı sebepler olarak tasnif etmiştir. Çon (n 5) 30.

⁸ “...ihalelerin feshi sebepleri arasında ileri sürülmesi gereken ve ileri sürülmesi gerekmeyen (kamu düzenine ilişkin olan ve olmayan) ayırımı Yargıtay uygulaması ile ortaya çıkmaktadır. Bu uygulamadan hareketle ihalelerin feshini isteyen tarafın ileri sürmediği müddetçe dinlenmesi mümkün olmayan fesih sebepleri nisbi fesih sebepleri; başvuranın ileri sürüp sürmediğine bakılmaksızın dikkate alınması gereken ve tespiti hâlinde ihalelerin feshine yol açacak sebepleri ise mutlak fesih sebebi olarak tanımlamak gerekir.” Yasin Köse, İhalelerin Feshi Şikâyetinde (İİK m.134) Usul Kuralları (Yetkin 2021) 7.

fazla süre geçmiş olması ileri sürülmemiş olsa bile ihalenin feshini inceleyen mahkemece re'sen dikkate alınır. Bu bağlamda satış ilanının usulsüz tebliği nispi fesih sebebiyken; kıymet takdiri ile satış arasında iki yıldan fazla süre olması mutlak fesih sebebidir.⁹

II. 3743 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

A. İhalenin Feshini İsteyebilecek (Şikâyet Hakkı Bulunan) Kişiler

İhalenin feshini isteyebilecek kişiler Kanunla (m.134/2) sınırlandırılmıştır.

Kanunun değişiklikten önceki hâlinde taşınır ve taşınmazlar için fesih talep edebilecek kişiler ayrı ayrı belirlenmekteydi. Buna göre taşınır ihalelerinde fesih isteyebilecek kişiler, satış isteyen alacaklı, borçlu ve pey sürmek suretiyle ihaleye katılanlar olarak kabul edilmekteydi¹⁰; taşınmaz ihalelerinde bu kişiler dışında tapu sicilindeki ilgililer de ihalenin feshini isteyebilecek kişilerden kabul edilmekteydi.¹¹

Kanunda yapılan değişiklikle ihalenin feshini isteyebilecek kişiler “satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı aynı hak sahipleri ile pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler” olarak sayılmıştır.

Değişiklikte dikkat çeken iki husus vardır: Birincisi tapu sicilindeki ilgililer resmî sicilde kayıtlı olan ilgililer¹² olarak değiştirilmiş, ikincisi ise resmî sicilde kayıtlı sınırlı aynı hak sahipleri açıkça fesih talep edebilecekler arasında sayılmıştır.

⁹ Benzer şekilde, satış bedelinin Kanun'da öngörülen asgari bedelin altında olması (Yargıtay 12.HD 2019/13710 E, 2019/18442 K), elektronik ilan yapılmamış olması (Yargıtay 12.HD 2014/11890 E 2014/14488 K), süresinde satış istenmemiş olması (Yargıtay 12.HD 2020/670 E, 2020/3797 K) resen dikkate alınması gereken fesih sebepleri olup mutlak fesih sebepleri arasındadır.

¹⁰ Yargıtay 12 HD, E 2016/32498 E, K 2016/2265, 21.02.2017; Taşınır mallar sicile kayıtlı olsa bile ilgililerin fesih talep etme hakkı bulunmamaktaydı. Nitekim Yargıtay da bir kararında sicile kayıtlı araç üzerinde haczi bulunan alacaklının sırf bu sıfatla ihalenin feshini isteyemeyeceğine, bu alacaklının ihale tarihinden önce satış talep edip etmediğinin araştırılması gerektiğine karar vermiştir (Yargıtay 12 HD, E 2015/10185, K 2015/13517, 12.05.2015). Bunların yanında taşınırlarda rehin hakkı sahibinin de bu hakka ilişkin takip başlatıp alacaklı olduğu dosyadan rehlin paraya çevrilmesini talep etmesi hâlinde ihalenin feshini isteyebileceği kabul edilmekteydi (Yargıtay 12.HD 2016/32498 E, 2017/2265 K, 21.02.2017).

¹¹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 3) s.352; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 2) 319; Kuru (n 2) 712; Muşul (n 2) 421.

¹² Böylece sicile kayıtlı taşınır rehinlerinde rehin hakkı sahibinin ihalenin feshi talep etmesi hâlinde aranan takip başlatılması ve rehlin paraya çevrilmesinin talep edilmesi (Yargıtay 12.HD 2016/32498 E, 2017/2265 K, 21.02.2017) şartlarının da aranmasına gerek kalmayacaktır.

1. Resmî Sicilde Kayıtlı İlgililer

Mahcuzun resmî sicilinde¹³ kayıtlı olan ilgililerin hükme işlenmesi ile ihalelerin feshini isteyebilecek kişiler genişletilmiştir. Taşınmaz malların ihalesiyle ilgili sicile kayıtlı ilgililerin şikâyet hakkı zaten vardı.¹⁴ Esas değişiklik resmî sicile kayıtlı taşınır¹⁵ yönünden hüküm ifade edecektir. Böylece resmî sicile kayıtlı taşınırın ihalelerinin feshini sicilde kayıtlı ilgililer de isteyebilecektir. Bu değişiklik, uygulamada önemli bir yer kaplayan motorlu kara araçlarının satışları bakımından oldukça önemli bir gelişmedir. Böylece trafik sicilinde kayıtlı tüm ilgililer (haciz sahibi, rehin sahibi¹⁶, araç maliki vs) ihalelerin feshini isteyebilecektir. Bu değişikliğin önemli ve gerekli olduğu kanaatindeyiz. Örneğin sicilde kayıtlı bir taşınır (özellikle motorlu araç) üzerinde haczi bulunan ancak satış istemeyen alacaklı, taşınırın düşük bedelle ihale edildiği durumlarda ihalelerin feshini talep edememekteydi. Bu durumda kendisine düşen pay azalmasına ve bu sebeple zarara uğramasına rağmen şikâyet hakkının tanınmaması mahkemeye erişim hakkının ihlaline yol açmaktaydı. Yapılan değişikliklerle bu ve benzeri mağduriyetlerin önüne geçileceği kanaatindeyiz.

2. Resmî Sicilde Kayıtlı Sınırlı Aynı Hak Sahipleri

Tapu sicilinden anlaşılan sınırlı aynı hak sahibi olan kişiler, değişiklikten önce tapu sicilindeki ilgililer sıfatıyla ihalelerin feshini talep edebilmekteydiler.¹⁷ Değişiklik ile taşınmaz ihaleleri yönünden bir değişiklik olmamakta; sici-

¹³ Resmî sicil, kanunda öngörülen şekilde yetkili makamlar tarafından tutulan, bazı hukuki ilişkilerin veya olayların işlendiği ve menfaati bulunanların incelemesine açık olan kayıtlardır. Hüseyin Altaş, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (2.Baskı, Yetkin 2020) 392; Yalçın Kavak, “Resmî Sicil ve Senetlerle İspat” (2020) 11(1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 18, 19.

¹⁴ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 3) 352; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 2) 319; Kuru (n 2) 712; Muşul (n 2) 421.

¹⁵ Taşınır mallar kural olarak sicile işlenmemekle birlikte kanun koyucu özellik arz eden bazı durumlarda için sicil tutulmasını öngörmüştür. Bunlara örnek olarak Trafik Sicili (2918 SK m.19), Uçak Sicili (2920 SK m.50), Gemi Sicili (TTK m.954), Rehlinli Taşınır Sicili (6750 SK m.8), Maden Sicili (3213 SK m.38), Hayvan Rehni Sicili (Hayvan Rehni Tüzüğü m.3) gösterilebilir.

¹⁶ Yargıtay, bir kararında satış isteyen alacaklılardan olmayan taşınır rehni sahibi bankanın şikâyet hakkının bulunmadığına karar vermiştir. (Yargıtay 12 HD, E 2017/6533, K 2017/11242, 25.09.2017). Ancak bazı Yargıtay kararlarında menkul rehinde rehin hakkı sahibinin takip başlatıp rehlin paraya çevrilmesini talep etmek şartıyla şikâyet hakkının bulunduğu kabul edilmektedir (Yargıtay 12.HD 2016/32498 E, 2017/2265 K, 21.02.2017).

¹⁷ Yargıtay bir kararında tapu siciline tescil edilmemiş mülkiyet veya sınırlı aynı hak sahiplerinin ihalelerin feshi davasını açamayacaklarına karar vermiştir. Gerekece olarak ise tapu sicilindeki ilgililer ibaresinin yorum yoluyla genişletilemeyeceğine dayanmıştır. (Yargıtay 12 HD, E 2020/7104, K 2020/8798, 19.10.2020). Buna karşın, tapu kaydında şeklen ilgili olmadığı halde tescilsiz kazanmayla aynı hak iddiasında olanların da şikâyet hakkının bulunduğu ileri sürülmektedir (Ahmet Cahit İyilikli, “Taşınmazın Mülkiyetinin Tescilden Önce İktisap

le kayıtlı taşınır ihaleleri yönünden ise sicile kayıtlı sınırlı aynı hak sahiplerine de şikâyet yolunun açık olduğu vurgulanmaktadır.

Şikâyet yoluna başvurabilecek sınırlı aynı hak sahiplerinin resmî sicile kayıtlı olması gerekir. Kanun metninde ”mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı aynı hak sahipleri” ifadesindeki ‘ve’ bağlacı ile bu ifadeden sonra gelen ‘ile’ bağlacının kullanılması bunu göstermektedir. Aksi halde ‘ve’ bağlacı yerine virgül kullanılır ve ifade ”mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer, sınırlı aynı hak sahipleri ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler” şeklinde olurdu. Öte yandan sicile kayıtlı olmayan sınırlı aynı hak sahiplerine şikâyet hakkı tanınması ihalenin feshi şikâyetlerini daha da karmaşık hale getirecektir. Böyle bir ihtimalde sınırlı aynı hak sahiplerinin (özellikle istihkak iddiasının bulunduğu durumlarda) tespiti de güç olacağından, ihale süreçleri çıkmaza girecektir. Bütün bunların yanında sicile kayıtlı olmayan taşınır malların malikinin (istihkak iddiası sahibine¹⁸) şikâyet hakkının bulunmaması¹⁹ karşısında sınırlı aynı hak sahiplerine şikâyet hakkı tanınması da izahı zor bir çelişki oluşturacaktır.

Resmî sicile kayıtlı sınırlı aynı hak sahipleri aynı zamanda resmî sicile kayıtlı ilgililer kapsamında olduğundan, Kanundaki “ve sınırlı aynı hak sahipleri” ifadesinin yazılmasının hatalı olduğu kanaatindeyiz. Zira Kanun gerekçesinden de bunun bir değişiklik olmadığı, sadece özellikle belirtilme ihtiyacı duyulduğu anlaşılmaktadır.²⁰

7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu ihalenin feshini talep edebilecek kişilere resmî sicile kayıtlı taşınırın sicilinde kayıtlı ilgilileri ve aynı hak sahipleri eklenmiş ise de esasında tek değişiklik yapılmıştır. Bu da resmî sicile kayıtlı taşınırın yönünden, sicile kayıtlı ilgililere ihalenin feshini talep etme hakkı verilmesidir. Bu noktada değişiklik ile resmî sicile kayıtlı olmayan taşınırın yönünden herhangi bir değişiklik bulunmadığını belirtmekte fayda vardır.

Hâllerinden Mahkeme Hükmüne Göre İktisap Eden Kişinin İhalenin Feshi Davası Açmaya Yetkisi Bulunup Bulunmadığı Üzerine Düşünce ve Tahliller”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2016/27, 515-547, 527).

¹⁸ Yargıtay kararlarına göre istihkak iddiası sahibinin ihalenin feshi şikâyetinde bulunma hakkı yoktur. Yargıtay 8 HD, E 2017/16199, K 2020/1348, 13.02.2020; Yargıtay 12 HD, E 2016/29192, K 2016/23788, 17.11.2016.

¹⁹ Malik olmak ihalenin feshini talep hakkı vermez. Malik, ancak İİK m.134/2’de sayılan kişilerden olduğu takdirde şikâyet hakkına sahiptir. Dolayısıyla sicile kayıtlı olmayan bir taşınır bakımından da malik sıfatıyla ihalenin feshi istenemez.

²⁰ Kanunun gerekçesindeki “sınırlı aynı hak sahiplerinin de bu davayı açabileceği vurgulanmaktadır” ifadesiyle bu düzenlemenin yanlış yorumları bertaraf etmek için yapıldığı anlaşılmaktadır (Gerekçe (n 1) s.16).

B. Şikâyet Süresinin Başlangıcı

İhalelerin feshinde şikâyet süresi, İİK'nın 134/2 hükmü gereğince ihale tarihinden itibaren yedi gündür. Bu süre hak düşürücü süre olup ihale tarihinden itibaren hesaplanır.²¹

İhalelerin yapıldığı tarih, değişiklikten önce tereddütlü bir husus değildi. Önceden ilan edilen ve açık artırmanın yapıldığı, hacizli eşyanın en yüksek teklifi sunana ihale edildiği gün ihalelerin yapıldığı gün kabul edilmekteydi.²²

7343 sayılı Kanun ile açık artırma usulü ile ilgili önceki usul terkedilmiş, açık artırmaların fiziki mekânlarda değil de elektronik ortamda yapılması benimsenmiştir (İİK m.111/b).²³ Yeni sisteme göre elektronik satış portalı kurulacak (İİK m.111/b/1) ve artırma teklifleri bu elektronik ortamda, önceden ilan edilen yedi günlük açık artırma süresi içinde yapılacak (İİK m.111/b/3), artırma bittikten sonraki ilk iş günü icra müdürü tarafından artırma sonuç tutanağı düzenlenecek ve aynı gün elektronik satış portalında ilan edilecektir (İİK m.115/4). Bu yeni durumda ihalelerin yapıldığı günün hangi gün olduğu konusunda tereddüt yaşanabilir.

İhalelerin yapıldığı tarihin tespitinde “Artırmanın sona erdiği gün ve saatte şartların bulunması hâlinde, mal en yüksek teklif verene ihale edilmiş olur ve malın mülkiyeti ihale alıcısına geçer.” şeklindeki İİK'nın 115/2 hükmü esas alınabilir. Zira artırmanın hüküm ve sonuç doğurduğu an elektronik ortamdaki teklif verme süresinin dolduğu andır. İcra müdürünün artırma sonuç tutanağı düzenlemesi ve bunu ilan etmesi tespit edici bir işlem olup, artırma süresinin sona erdiği anda taraflar için bağlayıcı hale gelmektedir. Ancak artırma süresinin sona erdiği anın esas alınması bazı sorunları gündeme getirebilir. Örneğin artırma süresinin gece 00.00'da bittiği bir durumda ihalelerin yapıldığı günün tespiti oldukça tartışma doğuracak niteliktedir. Ayrıca henüz sonuç tutanağı bulunmayan bir artırma sebebiyle fesih yoluna başvurulması da beklenemez. Örneğin artırma süresinin 24 Aralık 2021 Cuma günü (Cumartesi'ye bağlayan gece) 00.00'da sona erdiğini farz edelim. Buna göre artırma sonuç tutanağı ise 27 Aralık 2021 Pazartesi günü düzenlenecek ve ilan edilecektir. İhalelerin yapıldığı an olarak Cuma günü esas alındığında Cumartesi günü şikâyet süresinin ilk günü olarak kabul edilecektir. Bu durumda artırma sonuç tutanağı düzenlenene ve ilan edilene kadar şikâyet süresi iki gün geçmiş olacaktır. Ancak ihalelerin kime²⁴ hangi bedelle yapıldığı henüz tespit edilmediğinden, tutanağa

²¹ Kuru (n 2) 709; Muşul (n 2) 447.

²² Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 3) s.351; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 2) 319; Çon (n 5) 103; Kuru (n 2) 709.

²³ Yeni sistemin işleyişi ve değerlendirmesi ile ilgili bkz: Serdar Kale, “İcra ve İflas Hukukunda Online Satış” (Lexpera Blog, 2021) <<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis>> Erişim Tarihi 22/12/2021.

²⁴ İİK'nın 111/b/3 hükmüne göre “Teklif verenlerin kişisel bilgileri, artırma süresi içinde

bağlanmadığından şikâyetin kime yöneltileceği veya hangi gerekçelerle şikâyet yoluna başvurulacağı belirsizdir. Dolayısıyla Cumartesi ve Pazar günleri şikâyet süresinden sayıldığı halde şikâyet hakkı fiilen kullanılamayacaktır. Benzer şekilde icra müdürünün artırma sonuç tutanağını düzenlemeyi veya ilan etmeyi ihmal ettiği durumlarda da şikâyet hakkı fiilen kullanılamayacaktır. Şikâyet hakkının kullanılmasının fiilen mümkün olmaması durumunda sürenin başladığından da bahsedilemez. Bu sebeple fesih yoluna başvurmak için sürenin başlangıcı olan ihalenin yapıldığı tarihin artırma süresinin sona erdiği tarih olarak kabul edilmesi hakkaniyete aykırı olacaktır.²⁵

Üst paragrafta yapılan açıklamalar karşısında hak kaybına yol açılmaması adına ihalenin feshi şikâyet süresinin başlangıcı için açık artırma tutanağının elektronik ortamda ilan edildiği tarihin esas alınması daha doğru olacaktır. İİK'nın 134/10 (eski 7. fıkra) hükmünde ihalenin feshi için öngörülen bir yıllık sürenin başlangıcının da 7343 sayılı Kanun ile "ihalenin yapıldığına ilişkin kararın elektronik satış portalında ilan edildiği tarih" olarak değiştirilmiş olduğu dikkate alındığında maddenin 2. fıkrasındaki "ihale tarihinden itibaren" ibaresinin önceki hükümden aynen alındığı ve değişiklik yapılmasının gözden kaçtığı kanaatindeyiz.²⁶ Yeknesaklık olması adına her iki ihtimalde de sürenin artırma sonuç tutanağının elektronik ortamda ilan edildiği tarihten itibaren başlatılması yerinde olacaktır.

İİK'nın 134/10 (eski 7. fıkra) hükmüne göre satış ilanının tebliğ edilmesi, satılan malın esaslı niteliklerinde hata olması veya ihaleye fesat karıştırılmış olması hâlinde şikâyet süresi bu durumun öğrenildiği tarihten itibaren başlayacaktır. Ancak bu durumda dâhi şikâyetin bir yıl içinde yapılması gerekmektedir.²⁷ Bir yıllık sürenin başlangıcı değişiklik öncesinde "ihale tarihi"

bilişim sistemini işleten kamu görevlileri hariç hiç kimse tarafından görülemez ve bilişim sisteminde gösterilemez." Bu durumda artırma sonuç tutanağı düzenlenmeden en yüksek teklifi verenin kimliğinin bilinmesi mümkün değildir. Şikâyetin karşı tarafının icra müdürlüğü olduğu dikkate alındığında, ihale alıcısının kimliği önem arz etmez. Ancak uygulamada şikâyetten etkilenen tarafın şikâyet edilen olarak kabul edilmesi karşısında, ihale alıcısının bilinmesinin önemli bir husus olacağı kanaatindeyiz.

²⁵ Kaldı ki İİK'nın 115/8 hükmüne göre artırım bittikten sonraki ilk iş günü, artırmanın son on dakikasında teknik sebeplerle teklif verilemediğinin tespit edilmesi hâlinde artırmanın bir gün uzatılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere yedi günlük teklif süresinin sona ermesi ile teklif süresinin tamamen sona erdiğinin ve ihalenin tamamlandığının söylenmesi mümkün değildir.

²⁶ Eski 7. fıkradaki değişikliğin gerekçesinde (Gerekçe (n 1) s.17), bu değişikliğin ibare değişikliği olduğu belirtildiği de dikkate alındığında esasında sürenin başlangıç tarihinin değiştirilmediği, ancak ihalenin elektronik ortamda yapılmasına ilişkin değişikliğe uyum sağlamak adına Kanundaki ibarenin düzeltildiği sonucuna varılmaktadır.

²⁷ Burada özellikle belirtilmesi gereken husus, İİK'nın 16/2 hükmü anlamında bir süresiz şikâyetin bulunmadığıdır. İİK'nın 134/10 hükmü ile ihalenin feshi şikâyet süresinin başlangıcına ilişkin bir istisna tanınmış ve bunun en geç bir yıl içinde kullanılması kabul edilmiştir. Açık bir ifadeyle İİK'nın 134/10 hükmündeki durumlarda şikâyet süresi

iken değişiklik ile bu “ihalelerin yapıldığına ilişkin kararın elektronik satış portalında ilan edildiği tarih” olarak kabul edilmiştir. Burada her ne kadar ihalelerin yapıldığına ilişkin kararın ilanından bahsedilmiş ise de bunun İİK’nın 115/4 hükmünde düzenlenen ve artırma süresinin bitmesinden sonraki ilk iş günü icra müdürü tarafından düzenlenip ilan edilmesi gereken artırma sonuç tutanağı olduğu anlaşılmaktadır.²⁸ Şikâyet hakkı bulunanların ihaleyi artırma sonuç tutanağının ilanı ile öğrenebilecekleri dikkate alındığında yapılan bu düzenleme isabetli olmuştur.

C. İhalelerin Feshi Şikâyetinde Harç ve Teminat

İhalelerin feshi şikâyetleri değişiklikten önce maktu harca tabiydi.²⁹ Ayrıca ihalelerin feshi şikâyetinde bulunulduğunda teminat yatırma şartı da bulunmamaktaydı. Değişiklik ile fesih isteyen bazı kişiler bakımından nispi harç alınması ve teminat yatırılması zorunlu hale getirilmiştir. Bununla ihaleyi sürüncemede bırakmaya yönelik kötüniyetli şikâyetlerin önüne geçilmeye çalışılmıştır.³⁰

öğrenme tarihinden itibaren yedi gündür. Ancak bu yedi günlük sürenin artırma sonuç tutanağının ilanından itibaren bir yıl içinde olması gerekir. Öğrenmeden sonra yedi gün geçtiği takdirde bir yıllık süre dolmamış olsa bile şikâyet dinlenmez. Aynı doğrultuda bkz: Arslan (n 6) 180; Pekcanitez ve Simil (n 6) 152; Çon (n 5) 106; Kuru (n 2) 711; Muşul (n 2) 447; Yargıtay 12 HD, E 2021/262, K 2021/2533, 08.03.2021; “Şikâyet, İİK’nun 16.maddesinde düzenlenmiş ve bu maddede de şikâyetin kural olarak 7 günlük süreye tabi olduğu belirtilmekle beraber ayrıca süresiz şikâyet kabul edilmiştir. İhalelerin feshi istemi ise şikâyet olmakla birlikte, İİK’nun 134.maddesinde özel olarak düzenlenmiş ve bu maddede şikâyet süreleri belirlenmiştir. Bu durumda ihalelerin feshi istemlerinde, İİK’nun 16.maddesine göre daha özel olan İİK’nun 134.maddesi hükümlerinin uygulanması zorunludur. Buna göre ise ihalelerin feshi istemlerinde şikâyet süresi İİK’nun 134.maddesine göre belirlenmelidir. İİK’nun 134/2.maddesi uyarınca ihalelerin feshi ihale tarihinden itibaren yedi gün içinde istenebilir. İİK’nun 134/6.maddesi gereğince satış ilanı tebliğ edilmemiş veya satılan malın esaslı vasıflarındaki hataya veya ihalede fesada bilahare vakıf olunmuşsa şikâyet müddeti öğrenme tarihinden başlar. Aynı maddede bu müddetin ihale tarihinden itibaren bir seneyi geçmeyeceği açıklanmıştır. Görüldüğü gibi, İİK’nun 134.maddesinde, İİK’nun 16.maddesinde olduğu gibi süresiz şikâyete ilişkin bir düzenleme mevcut değildir.” Yargıtay 12 HD, E 2010/30347, K 2011/10787, 23.05.2011; İİK’nun 134/10 hükmündeki düzenlemenin bir yılla sınırlanmış süresiz şikâyet yolu olduğuna yönelik görüşler de bulunmaktadır. Bkz: Esmâ Hande Boztosun, “İcra Hukukunda Süresiz Şikâyet Sebepleri” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi 2020) 119; Bulur (n 7) 101.

²⁸ Yapılan değişikliklerde bu ve benzeri ibare karışıklıkları bulunmakta olup, tereddütlere yol açmamak adına aynı ibarelerin ve kavramların kullanılması daha doğru olacaktır.

²⁹ Kuru (n 2) 716.

³⁰ Gerekçede bu husus “Uygulamada ihalelerin keskinleşmesine engel olmak amacıyla haksız ve kötüniyetli olarak ihalelerin feshinin talep edildiği müşahede edilmektedir. Hak arama hürriyetine engel olmaksızın bu tür haksız ve kötüniyetli taleplerin önlenmesi amacıyla düzenleme yapılmaktadır.” ifadeleriyle dile getirilmiştir (Gerekçe (n 1) s.16).

1. Nispi Harç ve Teminat Yatırmak Zorunda Olanlar

Nispi harç ve teminat yatırmak zorunda olan kişiler Kanunda“satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı aynı hak sahipleri dışında kalan kişiler” olarak belirtilmiştir. Kanun koyucu nispi harç ve teminat yatırmayacak olanları saymak suretiyle nispi harç ve teminat yatırması gerekenleri belirleme yolunu tercih etmiştir (İİK m.134/3). Yukarıda belirtildiği üzere ihalenin feshini isteyebilecek kişiler beş grupta sayılmıştır. Bu durumda şikâyet hakkına sahip olanlardan nispi harç ve teminat yatırması gerekenler sadece pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenlerdir. Bunlardan hariç şikâyet hakkına sahip olmayanlar da nispi harç ve teminat yatırmak zorundadır.

Bu noktada ihale alıcısının durumuna da değinmekte fayda var. İhale alıcısının da ihaleye fesat karıştırıldığı veya malın esaslı niteliklerinde hata bulunduğu gerekçesiyle ihalenin feshini talep etme hakkı bulunmaktadır. İhale alıcısı satış isteyen alacaklı, borçlu veya resmî sicildeki ilgililer haricinde biri ise fesih başvurusunda nispi harç ve teminat yatırmak zorundadır. Ancak kanun koyucunun amacının haksız ve kötüniyeti başvuruları engellemek olduğu dikkate alındığında, nispi harç ve teminat istenmesinin ihale alıcısı yönünden hak arama özgürlüğünü önemli ölçüde etkileyeceği anlaşılmaktadır. Zira ihale alıcısı kural olarak bir an önce ihalenin kesinleşmesini ve maldan faydalanmayı beklemektedir. Bu bağlamda nispi harç ve teminattan muaf olanların arasına ihale alıcısının da eklenmesinin hakkaniyete uygun olacağı kanaatindeyiz. Ancak bu hüküm değiştirilmedikçe sırf ihale alıcısı olma sıfatı, nispi harç ve teminat alınmasına mâni olamayacaktır.

2. Nispi Harç ve Teminat Oranı

Harç ve teminata esas alınacak değer ihale bedelidir. Kanun koyucu bunu açıkça belirterek yanlış yorumlara yer bırakmamıştır (İİK m.134/4,5). Bu sebeple ihale bedeli muhammen bedelin üstünde de olsa altında da olsa harç ve teminat için muhammen bedel değil ihale bedeli esas alınacaktır. İhale bedeli ise mal kendisine ihale edilmek şartıyla açık artırmada sürülen en yüksek tekliftir.

Alınacak harcın oranı aynı Kanunla Harçlar Kanunu'nun (1) sayılı tarifesinin A-III-1 kısmına eklenen (g) bendi ile binde 68,31 olarak belirlenmiştir. Teminat oranı ise ihale bedelinin yüzde beşi olarak kabul edilmiştir. Teminatın tamamı ile harcın yarısının talepte bulunurken peşin yatırılması zorunludur (İİK m.134/4,5).

3. Harç ve Teminatın Eksik Yatırılması

Şikâyet devam ederken harcın eksik olduğunun anlaşılması hâlinde Harçlar Kanunu'nun 30. maddesine göre işlem yapılacaktır. Verilen sürede harç tamamlanmadığı takdirde şikâyetin yapılmamış sayılmasına karar verilecektir.



Teminatın yatırılmadığının şikâyet devam ederken anlaşılması hâlinde nasıl bir yol izleneceği ile ilgili bir düzenleme yapılmamıştır. Kanun (İİK m.134/4) metninde “teminat gösterilmesi şarttır” ifadesi ile bunun bir kabul edilebilirlik şartı³¹ olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda HMK’nın dava şartlarına ilişkin hükümlerinin uygulanması (İİK m.18/1, HMK m.322), HMK’nın 114/1-ğ ve 115/2 hükmüne göre teminatın yatırılması için kesin süre verilmesi, süresinde yatırılmaması hâlinde şikâyetin usulden reddine karar verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

4. Şikâyetin Kabulü Hâlinde Harç ve Teminatın Akıbeti

Şikâyetin kabulü ve ihalelerin feshine karar verilmesi üzerine alınan harç ve teminatın ilgisine iadesi gerekmektedir. Burada harç ile ilgili Kanunun (İİK m.134/3)“talebin kabulü hâlinde bu harç başka bir kimseye yüklenmez ve istem hâlinde iade edilir” şeklindeki ifadesinden harcın tamamının iade edileceği anlaşılmaktadır. Oysa alınması gereken maktu harcın mahsubu ile bakiye harcın iadesi yönünde bir düzenleme yapılması daha isabetli olacaktır. Böylece şikâyet hakkını kullanan taraf haklı çıktığında maktu harç mahsup edilerek fazla kısım iade edilecek, maktu harç ise yargılama gideri olarak karşı tarafa yüklenecekti. Bu yolla devletin harç tahsili için ayrıca uğraşmasına gerek olmayacaktı. Dolayısıyla düzenlemenin “alınması gereken maktu harcın mahsubu ile kalan kısmın iadesi” şeklinde anlaşılması ve uygulanmasının yargılama ilkelerine daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

5. Şikâyetin Reddi Hâlinde Harç ve Teminatın Akıbeti

Şikâyet reddedildiği takdirde harcın ve teminatın akıbetinin ne olacağı da Kanunda düzenlenmiştir. Buna göre şikâyet reddedilir ise harç iade edilmez. Ayrıca harcın kalan yarısı da şikâyet edenden tahsil edilir. Kanun koyucu bu noktada şikâyetin esastan veya usulden reddine ilişkin bir ayırım yapmamıştır. Bu sebeple gerek usulden gerekse esastan ret kararı verilir ise harcın iade edilmemesi ve kalan kısmın tahsil edilmesi gerekir.

Şikâyetin reddi üzerine teminatın iade edilmesi için iki şartın bulunması gerekir:

- Şikâyetin reddi kararının kesinleşmesinden itibaren bir ay içerisinde genel hükümlere göre tazminat davası açılmamış olması,
- Teminat üç ay içinde tahsil dairesince para cezasına karşılık istenmemeli.³²

³¹ Kabul edilebilirlik (kabule şayan) kavramı için bkz: Emel Hanağası, Davada Menfaat (Yetkin 2009) 4 vd.

³² Yapılan düzenlemeye göre, genel hükümlere göre tazminat davası açılmaması hâlinde, mahkemece hükmedilen para cezasının teminattan tahsil edilebileceğine ilişkin tahsil dairesine bildirimde bulunulması gerekir. Tahsil dairesince bildirim tarihinden itibaren üç ay içerisinde para cezasını tahsil edilemezse teminatın iade edilmesi gerekmektedir (İİK m.134/4).

Genel hükümlere göre tazminat davasının açılır ise teminat iade edilmez. Ayrıca para cezasına hükmedilmiş olması ve tahsil dairesince teminatın para cezasına karşılık istenmesi hâlinde de teminat iade edilmez. Ancak teminatın para cezasını aşan kısmı iade edilmelidir.

Bu düzenleme ile ihalenin feshi şikâyeti sebebiyle zarar görenlerin zararlarını teminattan karşılamalarına öncelik verilmiştir. Zarar görenlerin tazminat davası açmaması hâlinde ise hükmedilen para cezasının teminattan tahsiline imkân tanınmıştır. Bu tahsilat da yapılmadığı takdirde teminatın ilgisine iadesi gerekmektedir.

İhalenin feshinde nispi harç ve teminat ile ilgili getirilen düzenleme genel olarak yerindedir. Bu düzenleme ile gereksiz başvurular önlenerek hem ihale sürecinin hızlıca sonuçlanmasına hem de yargının iş yükünün azalmasına katkı sağlanmış olacaktır. Ancak şikâyetin reddi hâlinde nispi harcın iade edilmemesi ve üstelik kalan kısmın tahsil edilecek olmasının hak arama özgürlüğü ile bağdaşan bir durum olmadığı kanaatindeyiz.

Harç, kamu kurum ve kuruluşların sunduğu hizmetlerden yararlananlardan, bu yararlanmanın karşılığı olarak alınan bedeldir.³³ Yargı harçları ise ilgililerin haklarına kavuşmak üzere aldıkları yargı hizmetinin karşılığı olan bedeldir.³⁴ Görüldüğü üzere harcın amacı sunulan hizmete katılmaktır.

Dava, nispi harca tabi davalardan olsa bile reddedildiği takdirde alınan harç maktudur.³⁵ Davanın reddi hâlinde nispi harç alınması, hak arama özgürlüğüne engel olabilecek bir uygulamadır.³⁶

İhalenin feshi şikâyetinin reddi hâlinde nispi harcın iade edilmemesi ve bakiye harcın şikâyet edenden alınmasına yönelik düzenlemenin gerekçesi “Uygulamada ihalenin kesinleşmesine engel olmak amacıyla haksız ve kötüniyetli olarak ihalenin feshinin talep edildiği müşahede edilmektedir. Hak arama hürriyetine engel olmaksızın bu tür haksız ve kötüniyetli taleplerin önlenmesi amacıyla düzenleme yapılmaktadır.” olarak ifade edilmiştir.³⁷ Görüldüğü üzere düzenlemenin amacı haksız ve kötüniyetli başvuruları engellemektir. Bu meşru bir amaçtır. Ancak şikâyet reddedildiği takdirde harcın iade edilmemesi ve bakiye kısmın tahsil edilmesi bu amacın ötesinde ‘cezalandırma’ niteliğindedir. Oysa harcın amacı cezalandırma değil hizmete katılmanın karşılığıdır.³⁸

³³ Anayasa Mahkemesi, E 2011/54, K 2011/142, 20.10.2011.

³⁴ Leyla Akyol Aslan, “Anayasa Mahkemesi’nin 14.01.2010 Tarihli Kararı Çerçevesinde Yargı Harçlarına İlişkin Bazı Sorunlar ve Güncel Gelişmeler” (2011) 1(1) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 32, 35; Baki Kuru ve Burak Aydın, “Medeni Usul Hukuku” (Yetkin 2021) 1591; Süha Tanrıver, “Medeni Usul Hukuku” (Yetkin 2020) 1085.

³⁵ Kuru ve Aydın (n 31) 1594; Tanrıver (n 31) 1086.

³⁶ Süha Tanrıver, “Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine” (2000) 49(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67, 76.

³⁷ Gerekçe (n 1) s.16.

³⁸ Kuru ve Aydın (n 31) 1592; Tanrıver (n 31) 1085.



Haksız ve kötünietli fesih taleplerine karşılık teminat ile ihalenin taraflarının uğraması muhtemel zararları temin edilmiş, para cezası ile de bu tür başvurular yaptırma bağlanmıştır. Bu iki yöntem haricinde ayrıca nispi harç yoluyla şikâyet edenin cezalandırılmasının doğru olmadığı, Anayasal ölçülülük ilkesine aykırı olduğu kanaatindeyiz. Zira Anayasa'nın 13. maddesine göre temel haklara getirilen sınırlamalar ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır. Ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşur. Bu alt ilkelerden gereklilik ilkesine göre elverişli araçlar içerisinde ilgililer açısından en yumuşak olanının seçilmesi; orantılılık ilkesine göre ise amaç ile araç arasında makul bir dengenin bulunması gerekir.³⁹ Buradan hareketle şikâyetin reddi hâlinde nispi harç alınmasının amacının haksız ve kötünietli başvuruları engellemek olduğu, bu amacın teminat ve para cezası ile yeterince sağlandığı, bunun haricinde nispi harcın tamamının tahsil edilmesinin gerekli ve orantılı olmadığı sonucuna varmaktayız.

Bu değerlendirmelerden sonra ihalenin feshi şikâyetinin reddi hâlinde nispi harcın iade edilmemesi ve bakiye harcın şikâyet edenden alınmasına yönelik düzenlemenin cezalandırma amacı taşıdığı, bu haliyle harç alma sebebine uygun olmadığı, adalete erişim ve hak arama özgürlüğüne engel olabilecek mahiyette olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan para cezası ve teminat dışında böyle bir yaptırım uygulanmasının yukarıda belirtildiği üzere Anayasa'nın 13. maddesi karşısında ölçülülük ilkesine uygun olduğu da söylenemez. Dolayısıyla bu düzenlemenin Anayasa'nın 2, 13, 36 ve 73. maddelerine aykırı olduğu kanaatindeyiz.

D. Görevsizlik ve Yetkisizlik Hâlinde Yapılacak İşlemler

İhalenin feshi şikâyetinde görevli mahkeme İİK'nın 134/2 hükmünde açıkça belirtildiği üzere icra hukuk mahkemesidir.⁴⁰ Yetkili mahkeme ise İİK'nın 134. maddesinde düzenlenmemiştir. Bu durumda İİK'nın yetkiyi düzenleyen 4. maddesinin ve 360. maddesinin uygulanması gerekmektedir.

İİK'nın 4. maddesine göre ihalenin feshinde takip yapılan icra müdürlüğünün bağlı olduğu yer icra mahkemesi yetkiliyken; İİK'nın 360. maddesine göre satışın talimat yoluyla yapılması hâlinde talimat icra müdürlüğünün bağlı

³⁹ Ölçülülük ilkesi ile ilgili detaylı bilgi için bkz: Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Hukuku (20. Bası, Beta, 2020) 164 vd; Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku (3.Baskı, Ekin, 2020) 235 vd; Yüksel Metin, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?" (2017) 7(1), Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1 vd.

⁴⁰ Bu noktada, ortaklığın giderilmesi davası sonucu satılan malla ilgili ihalenin feshi başvurularında sulh hukuk mahkemesinin, 6183 sayılı Kanuna göre yapılan ve sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan taşınır ihalelerinde iş mahkemelerinin, 6183 sayılı Kanuna göre yapılan diğer taşınır ihalelerinde ise vergi mahkemelerinin görevli olduğunu belirtmekte fayda vardır. Görevle ilgili detaylı bilgi için bkz: Köse (n 8) 23-26.

olduğu yer icra mahkemesi⁴¹ yetkilidir. Bu durumda satış asıl dosyada yapılmış ise takibin yapıldığı yer; talimat yoluyla yapılmış ise talimatın yapıldığı yer icra hukuk mahkemesi yetkilidir.⁴² Bu yetki kamu düzenine ilişkin olup kesindir.⁴³

İİK'nın 134/7 hükmü mahkemenin görevsiz veya yetkisiz olması hâlinde en geç on gün içinde görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Bu karar dosya üzerinden ve kesin olarak verilir.

7343 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce görevsizlik ve yetkisizlik kararları hakkında HMK'nın 20. maddesine göre işlem yapılmaktaydı.⁴⁴ Dolayısıyla gönderme talebi olmadıkça dosya görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmemekteydi. Ancak hükümde yapılan değişiklik ile mahkemenin görevsizlik veya yetkisizlik kararı verdikten sonra dosyayı resen görevli veya yetkili mahkemeye göndermesi benimsenmiştir.

Yapılan değişiklikten sonra uyuşmazlığın ihalenin feshine ilişkin olduğunun anlaşılması hâlinde, davanın açıldığı mahkeme görevli veya yetkili icra mahkemesi olmadığı takdirde dosya üzerinden görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmeli ve dosya resen görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmelidir. Değişiklikten sonra, bu durumlarda HMK'nın 20. maddesinin uygulanma olanağı kalmamıştır.

Kanun'un gerekçesinde bu değişikliğin amacının, dosyanın görevsiz veya yetkisiz mahkemede gereksiz yere beklemesinin ve ihalenin kesinleşme sürecinin uzamasının engellenmesi olduğu belirtilmiş⁴⁵ olup, yapılan değişiklik ihalenin mahiyetine ve usul ekonomisi ilkesine uygun olmuştur.

E. Duruşma Açılması

İcra mahkemelerinde görülen şikâyetlerin duruşmalı incelenmesi zorunlu değildir (İİK m.18/3). İncelemenin duruşmalı yapıp yapılmayacağını icra mahkemesi hâkimi, işin niteliğine göre belirleyecektir.⁴⁶

⁴¹ Kuru (n 2) 708 - 709; Muşul (n 2) 434 - 436; Yargıtay 12 HD, E 2016/491 K 2016/3750, 15.02.2016.

⁴² Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 3) 351; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 2) s.321; Çon (n 5) 89; Kuru (n 2) 709; Muşul (n 2) 434 - 436.

⁴³ Kuru (n 2) 708 - 709; Muşul (n 2) 434 - 436; Bu husus bir Yargıtay ilamında "İİK.nun 360. maddesinde öngörülen yetki kuralı, kamu düzeni düşüncesi ile sevk edilmiş kesin bir yetki kuralı olup, mahkemece re'sen özetilmesi gerekir" şeklinde ifade edilmiştir (Yargıtay 12 HD, E 2016/6116 K 2016/12669, 28.04.2016).

⁴⁴ Çon (n 5) 89; Kuru (n 2) 709; Muşul (n 2) s.438; Yargıtay 12 HD, E 2018/3287 K 2018/7398, 05.07.2018.

⁴⁵ Gerekçe (n 1) s.17.

⁴⁶ Varol (n 6) 452; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 3) 84; Kuru (n 2) 112.

İhalelerin feshi şikâyeti ile ilgili İİK'nın 134/4 (önceki 134/2) özel bir düzenleme içermektedir. Buna göre ihalelerin feshi incelemelerinin duruşmalı yapılması zorunludur.

Değişiklik yapılmadan önce ihalelerin feshi şikâyetlerinin tamamı için duruşma açılması zorunlu olup görevsizlik ve yetkisizlik kararı dışında herhangi bir istisna kabul edilmemişti. Yargıtay da kararlarında ihalelerin feshi için duruşma açılmamasının hukuka aykırı olduğuna karar vermektedir.⁴⁷ Yargıtay şikâyetin süreden reddine yönelik kararın dâhi duruşma açılmaksızın verilemeyeceğine hükmetmekteydi.⁴⁸

7343 sayılı Kanunla yapılan değişiklik neticesinde şikâyetin usulden reddine karar verilmesi gereken hallerde duruşma yapılmaksızın karar verilmesi mümkün hale getirilmiştir. Ancak burada duruşmasız karar verilmesi zorunlu olmayıp, icra hâkimine takdir hakkı tanınmıştır. İcra hâkimi, ihalelerin feshi talebinin usulden reddine karar verilmesi gerektiği kanaatine vardığı takdirde, duruşma açmadan dosya üzerinden usulden ret kararı verebilecektir. Örneğin şikâyet süresinin geçmesi sebebiyle şikâyetin süreden reddi, şikâyet hakkı bulunmayanların taleplerinin aktif husumet yokluğundan reddi, süresinde teminat yatırılmaması sebebiyle kabul edilebilirlik şartı yokluğundan şikâyetin reddi, eksik harcın tamamlanmaması sebebiyle şikâyetin yapılmamış sayılması gibi kararlar usule ilişkin olup duruşma açılmaksızın verilebilecektir.⁴⁹

İhale sürecinin bir an önce sona erdirilmesi düşüncesinden hareketle yapılan bu düzenlemenin yerinde olduğu, usul ekonomisi ilkesine uygun bir yaklaşım olduğu kanaatindeyiz. Verilen kararın usulden ret kararı olması, karşı taraf aleyhine bir durum yaratmaması ve şikâyet edenin de tüm iddialarını şikâyet dilekçesiyle ileri sürmesi sebebiyle böyle durumlarda duruşma açılmasında tarafların menfaati bulunmamaktadır. Ancak şikâyetin süresinde yapılmaması sebebiyle ret kararı verilebilecek durumlarda dikkatli davranılması gerekmektedir. Zira usulsüz tebliğe yönelik değerlendirmelerde tarafların duruşmadaki beyan ve savunmaları sonucu değiştirebilecek mahiyette olabilir.⁵⁰

⁴⁷ Yargıtay bir kararında duruşma açılmamasının hukuki dinlenilme (HMK m.27) ve adil yargılanma (Any m.36, AİHS m.6) hakkına aykırı olduğuna karar vermiştir (Yargıtay 12 HD, E 2017/2441 K 2017/10873, 18.09.2017); Başka bir kararında ise Yargıtay ihalelerin feshi şikâyetinin dosya üzerinden karar bağlanmayacağına hükmetmiştir (Yargıtay 12 HD, E 2016/19959 K 2016/25177, 12.12.2016).

⁴⁸ Yargıtay 12 HD, E 2015/33594 K 2016/4375, 18.02.2016.

⁴⁹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 3) 354; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 2) 323; Çon (n 5) 133; Kuru (n 2) 720; Muşul (n 2) 474 – 476. Buradaki aktif husumet tabirinin taraf sıfatı (davacı olabilme hakkı) anlamında kullanılmadığını, Kanun'da (İİK m.134/2) dava açma hakkı tanınan sınırlı sayıdaki kişileri ifade ettiğini belirtmek gerekir.

⁵⁰ “Tebliğat Kanunu ve Tebliğat Yönetmeliği, tebliğ belgesindeki işlemin aksinin iddia edilmesi hâlinde bunun tahkik şeklini ve yöntemini göstermemiştir. Mahkemece, her somut olayın

Kanun değişikliği ile sadece duruşma açılmasına bir istisna tanınmış olup, şikâyet dilekçesinin karşı tarafa⁵¹ tebliğ edilmesi yasaklanmamıştır. Dolayısıyla hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmemesi adına şikâyet dilekçesinin karşı tarafa tebliği gerekmektedir.⁵²

Bu noktada şöyle bir problemin doğması mümkündür. Örneğin ilk derece mahkemesince dosya üzerinden şikâyetin usulden reddine karar verildiğini, karara karşı istinaf yoluna başvurulduğunu ve istinaf incelemesi sonucu usulden ret kararının hatalı olduğunun anlaşıldığını varsayalım. Bu durumda acaba bölge adliye mahkemesi kendisi mi duruşma açacak yoksa ilk derece mahkemesi kararını kaldırıp dosyayı ilk derece mahkemesine mi gönderecek? İstinaf başvurusunun esastan incelemesi sonucu verilebilecek kararlar HMK'nın 353/1. maddesinde sayılmıştır.⁵³ Bölge adliye mahkemesinin kararı kaldırıp dosyayı ilk derece mahkemesine gönderilmesine ilişkin durumlar ise HMK'nın 353/1-a hükmünde altı bent hâlinde sayılmıştır. Bu bentler dışında dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi mümkün değildir.⁵⁴ Hükümde yer alan 6. bende göre “uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin top-

özelliği, cereyan şekli, gerçekleşen maddi olgular en ufak ayrıntılarına kadar göz önünde bulundurup iddia tahkik edilmelidir. Ödeme emri tebliğ işleminin usulsüzlüğüne yönelik iddia, mahkemede her türlü delille ispat edilebileceğinden, öncelikle duruşma açılarak şikâyetçiye (borçluya) ve karşı tarafa (alacaklıya) anılan konudaki delillerini mahkemeye ibraz etmeleri için imkân tanınmadan dosya üzerinden karar verilmesi usule aykırıdır (HGK.nun 2003/12-600 E. - 2003/606 K.)” Yargıtay 12 HD, E 2017/1199 K 2018/5162, 24.05.2018.

⁵¹ Burada karşı taraftan kastedilen uygulamada yerleştiği üzere şikâyet hakkında verilen karardan etkilenecek olan kişilerdir. Bu kişiler ihalenin feshi şikâyetinde alacaklı, borçlu veya ihale alıcısı olabilir.

⁵² Şikâyet dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilememesi Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında hukuki dinlenilme hakkının ihlali olarak kabul edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz: Süleyman Burak Gündoğdu, “Anayasa Mahkemesinin İcra ve İflas Hukukundaki Şikâyet Müessesesine Hukuki Dinlenilme Hakkı Açısından Yaklaşımı” (2021), 9(18), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 89 vd.

⁵³ Detaylı bilgi için bkz: Selçuk Öztekin, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz (Yetkin, 2021), 327 vd; Tolga Akkaya, Medeni Usul Hukukunda İstinaf (Yetkin, 2009); Melis Taşpolat Tuğsavul, “İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar” (2018) (134), Türkiye Barolar Birliği Dergisi 313 vd.

⁵⁴ 7251 sayılı Kanun ile HMK'nın 356. maddesine eklenen ikinci fıkraya ile bölge adliye mahkemesinin duruşma sonunda istinaf başvurusunun esastan reddi veya yeniden esas hakkında karar verilmesi dâhil gerekli kararı verebileceği kabul edilmiştir. Madde gerekçesinde ise “Düzenlemeyle, incelemenin duruşmalı olarak yapılmasına karar verilmesinden sonra 352 ve 353 üncü maddeler de dâhil olmak üzere bölge adliye mahkemesinin başvurusunun esastan reddine karar vermesine açıkça imkân sağlanmaktadır.” ifadesi kullanılmıştır. Bu durumda bölge adliye mahkemesi tarafından duruşma açıldıktan sonra HMK'nın 353/1-a hükmündeki durumların varlığının tespiti hâlinde dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilebileceği anlaşılmaktadır.

lanmamış veya değerlendirilmemiş olması” dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilme sebeplerinden biridir. Kanımızca, örneğimizdeki durumda ihalelerin feshi şikâyetinin usulden reddi kararı verilmesi ile şikâyetçinin uyuşmazlığın çözümünde etkili delillerinin toplanmamış ve değerlendirilmemiş olması sebebiyle HMK’nın 353/1-a-6 hükmü gereğince dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekmektedir. Zira duruşma açılması tarafların hukuki dinlenilme haklarını aktif olarak kullanmaları amacı taşımakta olup, bu hakkın kullandırılmaması dolaylı olarak tarafların delillerinin değerlendirilmemesine yol açabilecek mahiyettedir.

F. Para Cezası

7343 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce ihalelerin feshi şikâyetinin esaslan reddi hâlinde şikâyet yoluna başvuran aleyhine ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına hükmedilmekteydi. Para cezasına hükmedilmesi için şikâyetin esaslan sebeplerle reddedilmesi, yani şikâyetin esaslanın incelenerek reddine karar verilmesi gerekmektedir.⁵⁵ Bu bağlamda şikâyetin usulden reddine karar verilmesi hâlinde para cezasına hükmedilmemekteydi. Örneğin şikâyetin süreden reddi,⁵⁶ şikâyet hakkının bulunmaması sebebiyle şikâyetin reddi,⁵⁷ yurt içinde adres gösterilmemesi sebebiyle reddi,⁵⁸ hukuki yarar yokluğundan reddi⁵⁹ gibi durumlarda şikâyet yoluna başvuran aleyhine para cezasına hükmedilmesi mümkün değildi.

7343 sayılı Kanun ile para cezasına ilişkin İİK’nın 134/5 (önceki 2. fıkra) hükmü yeniden düzenlenmiş ve para cezası ile ilgili iki önemli değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikler para cezası verilmesi gereken durumlara ve para cezasının oranına ilişkindir.

1. Para Cezası Verilmesi Gereken Durumlar

Kanun değişikliği ile para cezası verilecek durumlar İİK’nın 134/5 hükmünde üç bent hâlinde düzenlenmiştir. Buna göre:

“1. Satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı aynı hak sahipleri ile pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler dışında kalan kişilerce talep edilmesi nedeniyle,

⁵⁵ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 3) 354; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 2) 323; Çon (n 5) 135; Kuru (n 2) 721; Muşul (n 2) 495.

⁵⁶ Yargıtay 12 HD, E 2020/6230 K 2020/8012, 05.10.2020.

⁵⁷ Yargıtay 12 HD, E 2021/8326 K 2021/9748, 04.11.2021.

⁵⁸ Yargıtay 12 HD, E 2021/1609 K 2021/2183, 01.03.2021.

⁵⁹ Yargıtay, ihale bedelinin muhammen bedelin üstünde olması hâlinde, zarar unsurunun gerçekleşmediği ve bu durumda şikâyet edenin ihalelerin feshini istemekte hukuki yararı bulunmadığı gerekçesiyle şikâyetin usulden reddi gerektiğini ve para cezasına hükmedilmesinin mümkün olmadığını kabul etmektedir (Yargıtay 12 HD, E 2021/349 K 2021/1412, 11.02.2021).

2. *Satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı aynı hak sahipleri dışında kalan kişiler bakımından feragat nedeniyle,*

2. *İşin esasına girerek” şikâyetin reddine karar verilmişse şikâyet yoluna başvuran aleyhine para cezasına hükmedilmesi gerekir.*

Hükmün ilk bendinde ihalenin feshini isteyebilecek kişiler sayıldıktan sonra, bunların dışındaki kişilerin ihalenin feshi şikâyetinde bulunması hâlinde para cezasına hükmedileceği düzenlenmiştir.⁶⁰ Şikâyet hakkı bulunmayan kişilerce ihalenin feshinin istenmesi hâlinde şikâyet aktif husumet⁶¹ yokluğundan reddedilecektir.⁶² Dolayısıyla bu hükmü “şikâyet hakkının bulunmaması sebebiyle” veya “aktif husumetin bulunmaması sebebiyle” talebin reddi olarak benimsemek gerekir. Bu bentten anlaşılacağı üzere şikâyet hakkı bulunmayan kişilerce açılan ihalenin feshi şikâyetinin reddi hâlinde şikâyet eden aleyhine para cezasına hükmedilmesi gerekir.⁶³ Dikkat edilmesi gereken husus şikâyetin ret sebebinin ihalenin feshi yoluna başvuru hakkının bulunmamasıdır. Bu anlamda şikâyetin başka bir sebepten (örneğin süreden) reddi hâlinde para cezasına hükmedilmemesi gerekir. Zira birinci bendin son kelimesi olan “nedeniyle” ifadesinden bunun kastedildiği kanaatindeyiz.

İkinci bentte de pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler dışında ihalenin feshini talep edebilecek kişiler sayılmış ve bu kişiler haricindekilerin feragat etmesi sebebiyle ihalenin feshinin reddedilmesi hâlinde şikâyet eden aleyhine para cezasına hükmedileceği düzenlenmiştir. Bu bentte pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler ve şikâyet hakkı bulunmayanlar kastedilmektedir. Daha açık bir ifadeyle pey sürmek suretiyle ihaleye katılanlar veya ihalenin feshini talep hakkı bulunmayanlar tarafından başlatılan şikâyetlerden feragat edildiğinde şikâyet eden aleyhine para cezasına hükmedilmesi gerekmektedir. Bu kişiler dışındakilerin feragat etmesi hâlinde nasıl bir yol izleneceği düzen-

⁶⁰ Kanun koyucunun burada şikâyet hakkı bulunanların tamamını saymak yerine “İkinci fıkrada sayılanlar dışında kalan kişilerce talep edilmesi nedeniyle” ifadesini kullanmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

⁶¹ Buradaki aktif husumet tabirinin taraf sıfatı (davacı olabilme hakkı) anlamında kullanılmadığını, Kanun’da (İİK m.134/2) dava açma hakkı tanınan sınırlı sayıdaki kişileri ifade ettiğini belirtmek gerekir. Zira burada şikâyet yoluna başvuruabilecek kişiler Kanun’da sınırlı olarak sayıldığından, bu kişilerden başkasının şikâyet hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla şikâyet hakkı bulunmayanın şikâyet yoluna başvurusu hâlinde Kanun’un aradığı taraf (şikâyetçi) olabilme şartı sağlanmamış olacaktır.

⁶² Muşul (n 2) 474; Yargıtay 12 HD, E 2021/2416 K 2021/3210, 22.03.2021.

⁶³ Değişiklikten önce aktif husumet yokluğundan şikâyetin reddi kararının usule ilişkin bir karar olduğu ve bu durumda para cezasına hükmedilmemesi gerektiği Yargıtay kararlarında istikrarlı bir şekilde uygulanmaktaydı (Yargıtay 12 HD, E 2021/818 K 2021/1735, 18.02.2021).

lenmemiş ise de bu suskunluğun bu kişilerin feragati hâlinde para cezasına hükmedilmemesi şeklinde yorumlanması gerekmektedir.⁶⁴ Ancak, bu bendin değişiklik öncesi Yargıtay uygulamasında⁶⁵ olduğu gibi ‘esasa girilmeden önce feragat edilmesi’ şeklinde yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi takdirde şikâyeti esastan reddedilen ve para cezasına mahkûm edilen kişinin, istinaf veya temyiz aşamasında şikâyetten feragat ederek para cezasından kurtulmasına imkân tanınmış olunur. Bu da ihalenin kesinleşmesini sürüncemede bırakmanın yaptırımsız kalmasına yol açar.

Hükümün ikinci bendinde pey sürmek suretiyle ihaleye katılanların feragat etmesi hâlinde para cezasına hükmedileceğine ilişkin düzenleme ihale alıcısını⁶⁶ da kapsayacaktır. Ancak nispi harç ve teminat alınmasına ilişkin kısımda da değindiğimiz üzere ihale alıcısının bir an önce ihalenin kesinleşmesini ve ihale konusu maldan faydalanmayı beklediği, kesinleşmeyi sürüncemede bırakmak istemeyeceği dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda ihale alıcısının da işin esasına girilmeden önce feragat etmesi hâlinde para cezasından muaf tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak bunun için hükümde bir değişiklik yapılması gerekmektedir. Zira hükümün mevcut hali ile borçlu, satış isteyen alacaklı ve resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı aynı hak sahipleri dışındaki ihale alıcısının feragati hâlinde para cezasına hükmedilmesi gerekmektedir.

Hükümün üçüncü bendinde ise işin esasına girilerek ihalenin feshi talebinin reddine karar verilmesi hâlinde para cezasına hükmedilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Şikâyet hakkı bulunmayanlar yönünden işin esasına girilemeyeceğinden ve bu kişiler yönünden birinci bentte belirtildiği üzere her durumda para cezasına hükmedileceğinden, üçüncü bendin muhatapları şikâyet hakkı bulunanlardır. Yani, ihalenin feshini talep edebilecek kişilerin yaptığı şikâyet,

⁶⁴ Değişiklikten önceki durumda feragat hâlinde para cezasına hükmedilmesi gerekip gerekmediği açık değildi. Yargıtay esas hakkında herhangi bir karar verilmeden önce feragat edilmesi hâlinde para cezasına hükmedilmeyeceğini (Yargıtay 12 HD, E 2011/3215 K 2011/10285, 24.05.2011); esas hakkında karar verdikten sonra feragat edilmesi hâlinde ise para cezasına hükmedilmesi gerektiğini (Yargıtay 12 HD, E 2018/8251 K 2018/7464, 05.07.2018) kabul etmekteydi. Yargıtay bir kararında şikâyetten 18 ay sonra feragat edilmesinde para cezasına hükmedilmesi gerektiği (Yargıtay 12 HD, E 2016/17019 K 2016/21516, 13.10.2016) yönünde, başka bir kararında ise şikâyetten 27 gün sonra feragat edilmesinde para cezasına hükmedilmemesi gerektiği (Yargıtay 12 HD, E 2021/11697 K 2021/10997, 06.12.2021) yönünde karar vermiştir. Bu kararlardan da görüleceği üzere değişiklikten önce feragat hâlinde para cezasına hükmedilmesinde, işin esasına girilip girilmediği dikkate alınmıştır.

⁶⁵ Yargıtay 12 HD, E 2011/3215 K 2011/10285, 24.05.2011; Yargıtay 12 HD, E 2018/8251 K 2018/7464, 05.07.2018; Yargıtay 12 HD, E 2016/17019 K 2016/21516, 13.10.2016; Yargıtay 12 HD, E 2021/11697 K 2021/10997, 06.12.2021.

⁶⁶ Burada kastettiğimiz borçlu, satış isteyen alacaklı, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ve resmî sicilde kayıtlı sınırlı aynı hak sahipleri dışında kalan birinin ihale alıcısı olma ihtimalidir.

işin esasına girilerek reddedilmişse, şikâyet eden aleyhine para cezası verilmesi gerekmektedir.

Para cezasına ilişkin bu düzenleme dikkate alındığında, para cezasına hükmedilecek durumları şöyle sıralayabiliriz;

- Borçlunun talebinin esastan reddi,
- Satış isteyen alacaklının talebinin esastan reddi,
- Resmî sicile kayıtlı eşyanın ilgilisi veya aynı hak sahibinin talebinin esastan reddi,
- Pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenlerin talebinin esastan veya esasa girmeden feragat⁶⁷ sebebiyle reddi,
- Şikâyet hakkı bulunmayanların şikâyetinin aktif husumet yokluğu veya feragat sebebiyle reddi hâllerinde.

Bunların dışındaki hususlarda para cezasına hükmedilmeyecektir. Bu bağlamda şikâyetin süreden reddi, yurt içinde adres gösterilmemesi nedeniyle reddi, şikâyet hakkı bulunanlar bakımından hukuki yarar yokluğundan reddi, ikinci bent dışında kalanların şikâyetinin esasına girmeden önce feragati sebebiyle reddi hallerinde para cezasına hükmedilmeyecektir.

2. Para Cezasının Oranı

Para cezası ile ilgili getirilen ikinci önemli değişiklik ise para cezasının miktarına yöneliktir. Önceki düzenlemede (önceki - İİK m.134/2) para cezası ihale bedelinin yüzde onu oranında sabit olmasına karşın, yeni düzenleme (İİK m.134/5) ile “yüzde onuna kadar” para cezasına hükmedilebileceği kabul edilmiştir. Bu değişiklik ile hâkime takdir hakkı tanınmış ve üst sınır olarak ihale bedelinin yüzde onu belirlenmiştir. Kanun gerekçesinde bu değişiklikle hak arama özgürlüğü bakımından makul bir denge gözetildiği ifade edilmiştir.⁶⁸ İhalenin feshini isteyen herkesin aynı derecede menfaatinin bulunduğu söylemeyeceği gibi, fesih talebi reddedilen herkesin de aynı derece haksız olduğu söylenemez. Bu sebeple fesih talep edenin haksızlığının veya kötü niyetinin derecesi dikkate alınarak para cezasına hükmedilmesi hakkaniyete uygun bir çözüm olmuştur.⁶⁹ Ancak ihale bedellerinin yüksekliği de dikkate alındığında

⁶⁷ Bu kişilerin ihalenin feshi taleplerinin kabul edilmesi ve ihalenin feshine karar verilmesi hâlinde para cezasına hükmedilmeyecektir. Şikâyeti kabul edilen kişinin, kanun yolunda şikâyetten feragat etmesi hâlinde ise hükmün lafzi yorumuna göre para cezasına hükmedilmesi gerekecektir. Bu sebeple hükmü ‘esasa girmeden feragat’ olarak yorumlamak gerekir. Aksi halde haklı bulunan şikâyetçi cezalandırılmış olacaktır. Bu da başvurusu kabul edilen şikâyetçinin kanun yolu aşamasında şikâyetten feragat etmesini engelleyecektir. Dolaylı olarak ‘bir kimse açtığı davayı takip etmek zorunda bırakılarak’ ilgilinin hak arama özgürlüğü sınırlandırılmış olacaktır.

⁶⁸ Gerekece (n 1) s.17.

⁶⁹ Para cezasının sabit uygulanması doktrinde eleştirilmekteydi. Atalı, Ermenek ve Erdoğan



buradaki takdir hakkının oldukça geniş bir takdir hakkı olduğu, bu sebeple her somut olayın özelliğine göre ve gerekçelendirilerek takdir edilmesi gerekir.⁷⁰

(n 2) 322; Çon (n 5) 136; Bilge Umar, “Türk İcra Hukukuna Eleştirel Bir Bakış” (2009) MİHBİR Toplantısı – VII 244, 262.

- ⁷⁰ Makalenin yazıldığı tarihte para cezasının oranı ile ilgili henüz bir Yargıtay kararına rastlanmamakla birlikte farklı bölge adliye mahkemelerinde verilen kararlar tespit edilmiştir. Bölge adliye mahkemelerinin kararlarından da görüleceği üzere para cezasının oranına ilişkin takdir hakkı konusunda uygulama birliğinin sağlanmasının oldukça güç olduğu görülmektedir. İstinaf kararlarına değinmek gerekirse; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 19. Hukuk Dairesi, borçlunun ihalelerin feshi talebinde verilen %10 oranında para cezasını “7343 sayılı Kanun’un 33. maddesi ile değişik 134. madde kapsamında ihalelerin feshi sebeplerine göre şikâyetçi borçlu aleyhine ihale bedelinin %10’u oranında para cezasına hükmedilmesi yönündeki mahkeme kararında da bir isabetsizlik bulunmadığı” gerekçesiyle uygun bulmuştur (Ankara BAM 19 HD E 2021/1388 K 2021/2289, 01.12.2021). Konya Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi de borçlunun ihalelerin feshi talebinin reddinde verilen %10 oranında para cezasını “şikâyetçi aleyhine (7343 sk.nun 27. maddesi ile değişik İİK.nun 134. maddesi uyarınca, somut uyumsuzlukta öne sürülen ihalelerin feshi nedenleri, ihale konusu taşınmazın değeri ile ihale bedeli nazara alındığında) ihale bedelinin %10’u oranında para cezasına hükmedilmesine dair vermiş olduğu karar yerinde olduğu” gerekçesiyle yerinde bulmuştur (Konya BAM 7 HD E 2021/1883 K 2021/1840, 20.12.2021). Buna karşın Trabzon Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi borçlunun ihalelerin feshi talebinin reddinde verilen %10 oranında para cezasını “7343 Sayılı Kanun’un 27. maddesiyle İİK’nun 134. maddesinde yapılan değişiklik uyarınca işin esasına girilmek suretiyle ihalelerin feshi davasının reddi hâlinde ihalelerin feshini talep edenin ihale bedelinin %10’una kadar para cezasına mahkûm edeceği, Geçici 18. maddeye göre de bunun istinaf aşamasındaki dosyalara da uygulanacağı düzenlenmiştir. Anılan düzenleme uyarınca para cezasının belirlenmesi hususunda hâkime takdir hakkı tanındığı anlaşılmalıdır. Dairemizce yapılan değerlendirmeler uyarınca ihale bedelleri de gözetilerek davacının ihale bedelinin takdiren %5’i oranında para cezasına mahkûm edilmesinin somut olaya uygun olacağı” gerekçesiyle %5’e düşürmüştür (Trabzon BAM 4 HD, E 2021/1628 K 2021/1864, 21.12.2021). Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi verilen %10 para cezasını “Şikâyetçi gerçek kişi hakkında lehine olan 7343 sayılı Kanun’un 27. maddesiyle değişik 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 134/5. maddesi uyarınca para cezasının ölçülülük ilkesine uygun olarak %1 oranında belirlenmesi gerektiği dairemizce takdir edildiğinden şikâyete konu taşınmaz yönünden istinaf başvurusu istinaf sebepleri ile bağlı olarak esastan kısmen kabul edilerek davacının ihalelerin feshi isteminin reddine ve para cezasının %1 olarak belirlenmesine karar verilmesi gerektiği” gerekçesiyle %1’e düşürmüştür (Antalya BAM 12 HD, E 2021/4098 K 2021/3077, 29.12.2021), Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi de benzer şekilde borçlunun ihalelerin feshi talebinin reddinde para cezası oranını %1 olarak uygulamıştır (Kayseri BAM 5 HD, E 2021/1770 K 1765, 02.12.2021). Görüldüğü üzere bölge adliye mahkemelerinin para cezası oranı konusunda farklı yaklaşımlar sergilemektedir. Kanımızca bu hususun tamamen ilk derece mahkemelerinin takdirine bırakılması ve hâkimin takdir hakkına müdahale edilmemesi doğru değildir. Bu sebeple para cezasının oranının tespitinde esas alınması gereken kriterlerin Yargıtay’ca belirlenmesi ve ilk derece mahkemesi hâkiminin bu bağlamdaki takdir hakkının yerinde olup olmadığının istinaf ve temyiz aşamasında denetlenmesi gerekmektedir. Aksi durumda ülke genelinde farkı uygulamalar hukuki güvenirliliği zedeleyecektir.

Para cezası ile ilgili değişiklikte hâkime para cezası verilmemesi yönünde bir takdir hakkı tanınmamıştır. Dolayısıyla para cezası gerektiren sebeplerin bulunması hâlinde hâkimin hakkaniyete göre bir para cezası vermesi zorunludur. Bu husus kamu düzenine ilişkin olup, ilk derece mahkemesince para cezasına hükmedilmemiş olması istinaf veya temyiz aşamasında resen dikkate alınacaktır.⁷¹

İİK'nın 134/6 hükmüne göre “2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacaklar ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığının rehinde temin edilmiş alacaklarının takibinde, beşinci fıkrada yer alan oran yüzde yirmi olarak uygulanır.” Bu hükümde yer alan orana ilişkin bir değişiklik yapılmamıştır. Hükmün bu haliyle sabit oran olarak uygulanmaya devam edebileceği ileri sürülebilir. Bu tereddüt, ifade değişikliği ile giderilebilecek bir eksiklik olmasına rağmen, buradaki ibarenin “beşinci fıkrada yer alan oranın üst sınırı yüzde yirmi olarak uygulanır” şeklinde okunması ve uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

G. Değişikliklerin Yürürlük Tarihi

7343 sayılı Kanun 30/11/2021 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanmış ve aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Kanunun 33. maddesi ile İİK’ya, değişikliklerin yürürlüğü ile ilgili düzenlemeler içeren Geçici 18. madde eklenmiştir. Bu maddeye göre İİK’nın 134. maddesindeki değişiklikler, maddenin yürürlüğe girdiği tarihte ilk derece mahkemelerinde, bölge adliye mahkemelerinde ve Yargıtay’da bulunan ihalenin feshi talepleri hakkında uygulanmaz. Daha açık bir ifadeyle, İİK’nın değişik 134. maddesi, 30/11/2021 tarihi itibarıyla derdest olan ihalenin feshi şikâyetleri hakkında uygulanmayacak, değişiklikten önceki düzenlemeye göre şikâyetler görülüp sonlandırılacaktır.

Geçici 18/4 hükmü ile yapılan düzenleme para cezası ile ilgili değişiklikler için bir istisna tanımıştır. Buna göre “ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına mahkûmiyete ilişkin hüküm” görülmekte olan ihalenin feshi şikâyetlerinde dikkate alınacaktır. Bu istisna sadece para cezasının oranına ilişkin olup, para cezası gerektiren sebeplere ilişkin değildir. Derdest ihalenin feshi şikâyetlerinde para cezasının gerekip gerekmediği değişiklik öncesi hükümlere göre, para cezasının oranı ise değiştirilen hükme göre yapılacaktır. Bu bağlamda istinaf veya temyiz aşamasında olan dosyalar bakımından da para cezasının oranının hakkaniyete uygun olup olmadığı talep aranmaksızın değerlendirilecektir. Şayet böyle bir hüküm olmasaydı dâhi İİK’nın 135/5 hükmünde düzenlenen para cezasının bir disiplin cezası olması⁷² ve disiplin cezalarında

⁷¹ Muşul (n 2) 500; Kuru (n 2) 721; Yargıtay 12 HD, E 2021/7727 K 2021/8373, 05.10.2021.

⁷² Çon (n 5) 135.

da ceza hukukuna ait olan lehe kanun uygulanmasının yer bulacağı⁷³ dikkate alınarak, derdest dosyalarda lehe olan değişiklik hükümleri uygulanacaktı. Ancak kanun koyucunun tereddütlere mahal vermemek adına yaptığı düzenleme isabetli olmuştur.

İhalelerin feshi ile ilgili yapılan diğer değişiklikler ise yürürlük tarihinden (30/11/2021) sonra yapılacak şikâyetlere uygulanacaktır. Ancak diğer hükümlerle ilişkili hususlar, ilgili hükmün yürürlüğüne göre değerlendirilecektir. Örneğin elektronik satış usulünün uygulanması mevzuat ve alt yapı düzenlemesi gerektirdiğinden İİK'nın Geçici 18/2 hükmündeki usul izlenerek daha sonra yürürlüğe girecektir. Bu bağlamda elektronik satış usulünün uygulanmadığı dönemdeki ihalelerin feshi şikâyetlerinde şikâyet süresinin artırma sonuç tutanağının ilanından itibaren başlatılması mümkün olmadığından, değişiklik öncesi hükümlere göre ihalelerin yapıldığı tarihten itibaren başlatılması gerekecektir.

SONUÇ

24/11/2021 tarihli ve 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 27. maddesi ile 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun ihalelerin feshi şikâyetini düzenleyen 134. maddesinde esaslı değişiklikler yapılmıştır.

Yapılan değişikliklere göre:

1. İhalelerin feshini talep edebilecekler genişletilmiş, buna göre resmî sicile kayıtlı malların sicilde kayıtlı ilgililerine ve sınırlı aynı hak sahiplerine ihalelerin feshini talep hakkı tanınmıştır.

2. İhalelerin feshini talep eden bazı kişiler (pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler ve ihalelerin feshini talep hakkı bulunmayanlar) nispi harç ve teminat yatırmakla yükümlü hale getirilmiştir.

3. Görevsizlik veya yetkisizlik hâlinde, mahkemenin talep aramaksızın dosyayı görevli ve yetkili mahkemeye resen göndermesi kabul edilmiştir.

4. İhalelerin feshi şikâyetinin usulden reddine karar verilebilecek durumlarda dosya üzerinden karar verilmesinin yolu açılmıştır.

5. Şikâyet süresinin başlangıcı artırma sonuç tutanağının ilanından itibaren başlatılmıştır.

6. Para cezası verilebilecek durumlar açıkça düzenlenmiş ve para cezasının oranı konusunda hâkime takdir hakkı tanınmıştır.

Çalışmanın çeşitli yerlerinde değindiğimiz üzere bazı aksaklıklar bulunmakla beraber yapılan değişiklikler esas itibarıyla olumlu ve önemli değişik-

⁷³ Tahir Muratoğlu, "Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu" (2014) 19(30-31), Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77, 115; Danıştay 8 D, E 2020/474 K 2021/4327, 06.10.2021.

liklerdir. Bu değişiklikler, ihalenin feshi sürecinin daha hızlı ve adil bir şekilde sonuçlanmasına önemli katkılar sağlayacaktır.

Yapılan değişiklik ile ilgili eleştirilerimiz çalışmanın ilgili yerlerinde belirtilmiştir. Bunları özetle şöyle sıralayabiliriz:

1. Kanun değişikliğinde, güncellenen kısımların dilinin güncelleştirilmesi tarafımızca eksik görülmüştür. Örnekleme gerekirse 134. maddenin değişen hükümlerinde yer alan “ihaleye iştirak edenler”, “cereyan eden muamelelerdeki” ve “ıttıla peyda ettiği” ifadelerinin günümüz Türkçe’sine çevrilmesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Hatta maddenin tamamının dili güncellenmek suretiyle değiştirilmesi dâhi düşünülebilir.

2. Resmî sicile kayıtlı sınırlı aynı hak sahipleri, resmî sicildeki ilgililer kapsamında olduğundan, İİK’nın 134/2 hükmündeki “ve sınırlı aynı hak sahipleri” ibaresinin kullanılması doğru olmamıştır. Bu husus tereddütlere yol açabilir. Hüküm bu hâliyle kaldığı müddetçe bu kısmın “resmî sicilde kayıtlı ilgililer” olarak yorumlanıp uygulanması gerekir.

3. İhale alıcısının nispi harç ve teminattan muaf tutulmamasının doğru olmadığı kanaatindeyiz.

4. Şikâyetin reddi hâlinde nispi harcın iade edilmeyip, bakiye kısmın da tahsil edilmesinin Anayasa’nın 2, 13, 36 ve 73. maddelerine aykırı olduğu kanaatindeyiz.

5. Şikâyet süresinin başlangıcı ile ilgili İİK’nın 134/2 hükmünde yer alan “ihale tarihinden itibaren” ibaresi, elektronik ortamda satış düzenlemesinden (İİK m.114) sonra belirsiz bir kavram hâline gelmiştir. Bunun “artırma sonuç tutanağının elektronik ortamda ilan edildiği tarihten itibaren” olarak değiştirilmesi, değişiklik yapılan kadar da bu şekilde uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

6. Para cezası hükmedilecek durumlarla ilgili İİK’nın 134/5 hükmünün 2. bendinde yer alan “feragat nedeniyle” ibaresinin ‘esasa girilmeden önce feragat edilmesi nedeniyle’ şeklinde yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

7. İİK’nın 134/5-2 bendinde ihale alıcısının hariç tutulmamasının doğru olmadığı, ihale alıcısının esasa girmeden önce feragat etmesi hâlinde para cezasına mahkûm edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Hükümün bu doğrultuda değiştirilmesinin daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

Netice olarak yapılan düzenlemelerin genel olarak olumlu olduğu, bazı hususların uygulamada yerleşmesi, bazı hususların ise kanun değişikliği ile düzeltilmesi gerektiği tespit edilmiştir. Değişikliklerin hedefine ulaşması için Kanunun amacını aşmayacak şekilde yorumlanıp uygulanması gerekir.

KAYNAKÇA

- Akkaya T, Medeni Usul Hukukunda İstinaf (Yetkin, 2009).
- Akyol Aslan L, “Anayasa Mahkemesi’nin 14.01.2010 Tarihli Kararı Çerçevesinde Yargı Harçlarına İlişkin Bazı Sorunlar ve Güncel Gelişmeler” (2011) 1(1) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 32 - 52.
- Altaş H, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (2.Baskı, Yetkin 2020).
- Arslan R, İcra İflas Hukukunda İhale ve İhalelerin Feshi (AÜHF 1984).
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, İcra ve İflas Hukuku (7.Baki, Yetkin 2021).
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, İcra ve İflas Hukuku (3.Baskı, Yetkin 2020).
- Aydoğdu M ve Kahveci N, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (4.Baskı, Adalet 2019).
- Boztosun EH, “İcra Hukukunda Süresiz Şikâyet Sebepleri” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi 2020).
- Bulur A, “İcra ve İflas Hukukunda İhalelerin Feshi Nedenleri” (Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi 2006).
- Bulur A, “İcra ve İflas Hukukunda ‘Fesat Karıştırma’ ve ‘Malın Esaslı Niteliklerinde Hata’ya Dayanan İhalelerin Feshi Nedenleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11 (1-2), 2007, 45-69.
- Çon Ö, İhalelerin Feshi (İcra ve İflas Kanunu Madde 134) (Yetkin 2021).
- Gözler K, İnsan Hakları Hukuku (3.Baskı, Ekin, 2020).
- Gündoğdu SB, “Anayasa Mahkemesinin İcra ve İflas Hukukundaki Şikâyet Müessesesine Hukuki Dinlenilme Hakkı Açısından Yaklaşımı” (2021) 9(18) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 89 – 116.
- Hanağası E, Davada Menfaat (Yetkin 2009).
- İyilikli, AC, “Taşınmazın Mülkiyetinin Tescilden Önce İktisap Hâllerinden Mahkeme Hükmüne Göre İktisap Eden Kişinin İhalelerin Feshi Davası Açmaya Yetkisi Bulunup Bulunmadığı Üzerine Düşünce ve Tahliller”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2016/27, 515-547.
- Kale S, “İcra ve İflas Hukukunda Online Satış” (Lexpera Blog, 2021) <<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis>> Erişim Tarihi 22/12/2021.
- Kavak Y, “Resmî Sicil ve Senetlerle İspat” (2020) 11(1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 18 -25.

- Köse Y, İhalenin Feshi Şikâyetinde (İİK m.134) Usul Kuralları (Yetkin 2021).
Kuru B, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı (2.Baskı, Adalet 2013).
Kuru B ve Aydın B, “Medeni Usul Hukuku” (Yetkin 2021).
Metin Y, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?” (2017) 7(1), Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1 – 74.
Muratoğlu T, “Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu” (2014) 19(30-31), Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77 – 147.
Muşul T, İhale ve İhalenin Feshi (Adalet 2016).
Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, Eşya Hukuku (21.Baskı, Filiz, 2018).
Öztek S, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz (Yetkin, 2021).
Pekcanitez H ve Simil C, İcra – İflas Hukukunda Şikâyet (Vedat Kitapçılık, 2017).
Sirmen L, Eşya Hukuku (9.Baskı, Yetkin 2021).
Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, Türk Anayasa Hukuku (20. Bası, Beta, 2020).
Tanrıver S, “Medeni Usul Hukuku” (Yetkin 2020).
Tanrıver S, “Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine” (2000) 49(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67 - 83.
Taşpolat Tuğsavul M, “İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar” (2018) (134), Türkiye Barolar Birliği Dergisi 313 - 354.
Topuz M, Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti (Seçkin, 2020).
Umar B, “Türk İcra Hukukuna Eleştirel Bir Bakış” (2009) MİHBİR Toplantısı – VII 244 - 262.
Uyar T, Uyar A ve Uyar C, İcra Hukukunda Şikâyet (Bilge 2018).
Varol G, “İcra Mahkemelerinde Yargılama Usulü” (2020) 6(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 435 -465.
Yılmaz E, İcra ve İflas Kanunu Şerhi (Yetkin 2016).



COMMON LAW'DA “TRUST”IN KÖKENİ OLARAK İSLAMİ “VAKIF” KURUMU

The Islamic “Waqf” Institution as the Origin of “Trust” in Common Law

Şahban YILDIRIMER*

Özet

İslam kurumları tarihi açısından çok özel bir yeri olmayan ve diğer kurumlar gibi mütalaa edilen başka bir ifadeyle diğer kurumlardan çok daha fazla bir ilgi ve dikkati çekmeyen vakıf kurumu başta İngiliz hukukçular olmak üzere birçok bilim insanı için önemli bir ilgiye mazhar olmuş ve birçok araştırmaya konu olmuştur. Ancak bu kurumun doğrudan incelemeye konu olduğu zannedilmemelidir. Bu kurum İngiliz “trust” kurumu bağlamında araştırmalara konu olmuştur. Zira “trust” kurumunun İngiliz kurumlar tarihi içinde müstesna bir yerinin olması bu kurumun köklerini ve gelişim evrelerini araştırma ihtiyacı hissettirmişti. Bir başka husus da bu ve benzeri kurumların ilk ortaya çıktığı dönemlerin bahse konu bu toplumların çok ilkel denebilecek anlayışlara sahip olduğu dönemlere denk gelmesidir. Bir başka ifadeyle on ikinci yüzyıl gibi çok erken bir dönemde nasıl oldu da bu şekilde çok amaçlı bir kurum bu toplum tarafından ortaya çıkarıldı. Trust kurumunun özgün olduğu varsayımıyla hareket edenler bu kurumu common law hukuk düşüncesinin emsalsiz bir ürünü olduğunu ifade ederler. Bu perspektifle konuyu ele alanlar çok zaman kurumun menşeyinden –bilinçli ya da bilinçsiz- ziyade fonksiyonlarına odaklanmayı önerirler. Böyle bir kurumun bir başka kültürden ilham alınarak oluşturulmuş olabileceğine ihtimal dahi vermek istemezler. Trust kurumunun İslam hukuk düşüncesinde izlerini araştıran hukukçuların bu konudaki kanaatlerini doğrulayacak yeterli argümanlara ulaştıklarını ifade etmek mümkündür. Ayrıca trust kurumunu çevreleyen kavram ağına baktığımız zaman İslam vakıf hukukuna ilişkin kavramların belirgin bir izdüşümünün varlığı kolayca fark edilecektir. Bu çalışmamızda bu denli önemli bir iddianın bilimsel zeminini irdeleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Vakıf, İslami Vakıf Hukuku, Hukuk, İslam Hukuku, İslam Hukuk Düşüncesi.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 23.12.2021

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 21.12.2022

* Prof. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, sahan.yildirimer@asbu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-7204-5609>



Abstract

The waqf institution, which does not have a very special place in terms of the history of Islamic institutions and is considered like other institutions, in other words, does not attract more attention and interest than other institutions, has gained an important interest for many scientists, especially British jurists, and has been the subject of many studies. However, this institution should not be thought to be the subject of direct research. This institution has been the subject of research in the context of the British "trust" institution. The fact that the "trust" institution has an exceptional place in the history of British institutions made us feel the need to research the roots and development stages of this institution. Another issue is that the periods when these and similar institutions first appeared coincided with the periods when these societies had very primitive understandings. In other words, how did it happen in such an early period as the twelfth century that such a multi-purpose institution was created by this society? Those who act on the assumption that the "trust" institution is authentic of which they state that it is a unique product of the common law idea of law. Those who research the subject from this perspective often suggest focusing on the functions of the institution - consciously or unconsciously- rather than its origin. They do not even want to give the possibility that such an institution could have been inspired by another culture. It is possible to state that the jurists who investigate the traces of the trust institution in the Islamic legal thought have reached sufficient arguments to confirm their opinions on this issue. In addition, when we look at the network of concepts surrounding the trust institution, it will be easily noticed that there is a clear projection of the concepts of Islamic waqf law. In this study, we will examine the scientific basis of such an important claim.

Key Words: Waqf, Islamic Waqf Law, Law, Islamic law, Islamic Legal Thought.

GİRİŞ

İslam medeniyetindeki vakıf (waqf) kurumunun İngiliz kültüründeki "trust"ın kaynağı olduğu yönündeki karşılaştırmalı çalışmalara çokça rastlanmaktadır. Bu alandaki önemli bir çalışma Henry Cattan'ın 1955 yılında yayımlanmış "The Law of Waqf" başlıklı makalesidir. Müellife göre, "İngiliz sistemindeki trust, İslami vakıf/waqf kurumuna çok benzemektedir ve muhtemelen İslami vakıf kurumu buna kaynaklık etmiştir."¹ Yine vakıf kurumu üzerinden bir etkileşimden bahseden bir diğer çalışma ise, Monica M. Gaudiosi'nin "The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England" başlıklı makalesidir. Müellif bu makalesinde, Oxford dâhil birçok eğitim kurumunun varlığını İslam'ın bu kurumuna (waqf) borçlu olduğunu ifade eder.² Yine aynı konudaki Suleiman'ın "The Islamic Trust Waqf"³ başlıklı makalesini zikretmek gerekir.

¹ Henry Cattan, "The Law of Waqf", *Herbert Law in the Middle East, Vol. 1, Washington 1955*, at 212-218.

² Monica M. Gaudiosi "The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol:136/1231. https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3909&context=penn_law_review.

³ Haitam Suleiman "The Islamic Trust Waqf: a Stagnant or Reviving Legal Institution", *Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law* | Vol. 4/32, (2016).

Trust kurumu, özellikle ifa ettiği çok yönlü görevler nedeniyle bilim çevrelerinin ilgisini çekmiştir. Bu konuda ilk araştırma yapanlar, trust’ın kökenini Roma hukukundaki “*fideicommissum*”a dayandırmışlardır. Daha sonraki araştırmacılar ise, Alman Treuhand veya beşinci yüzyılda ortaya çıkan ve Sallian Franks yasası olarak bilinen, Lex Salica’daki Salmannus üzerinden bir modelleme arayışına girmişlerdir. Trust’ın yeni bir kaynağına işaret eden yakın zaman araştırmacıları, haçlı seferinden dönenlerin İngiliz hukuk sistemine taşıdıkları bir kurum olduğu iddiasını ortaya attılar.⁴

Trust kurumun kökeni ile ilgili İslami yapıya işaret eden teorilerin bilimsel zeminini araştırırken Batılı araştırmacıların konuya çok fazla ilgi gösterdiğine şahit olduk. Alanda yapılmış çalışmaların hem nitel hem de nicel zenginliği bizde; “trust kurumunun hak ettiğinden çok daha fazla bir ilgiye mazhar olduğu” yönünde bir düşüncenin oluşmasına neden oldu. Ancak araştırmalarımızı derinleştirdikçe trust kurumunun sınır aşan bir unvana sahip olduğunu ve bu kurumun genetiğine uygun olmayan hukuk sistemlerince dahi kullanılması hususunda büyük bir ilginin olduğunu gördük. Öyle ki, trust hukukunun düzenlenmesi ve birleştirilmesi amacıyla toplanan konferanslar, iki adet uluslararası metin doğurmuştur. Bunlardan ilki, Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı tarafından geliştirilen ve on iki ülke tarafından imzalanan 1985 Uluslararası Lahey Trust Konvansiyonu, ikincisi ise daha ziyade bir öneri niteliğinde olan Avrupa Trust Hukuku Prensipleridir.⁵ Bu konvansiyon, esas itibarıyla common law ülkelerince bilinen ve fakat Kıta Avrupası Hukuklarına yabancı “trust” müessesesini milletlerarası planda düzenlemeyi amaçlamaktadır. Böylece Common Law ülkelerince bilinmesine karşılık, kıta Avrupası hukuklarına yabancı olan bir hukuki kurum, bu müesseseye yer vermeyen sistemlerce benimsenmiş olacaktır.⁶ Yukarıda değindiğimiz nedenlerle, İslam kültür ve medeniyetinin bu kurum üzerindeki etkisini ortaya koymak bilimsel bir zorunluluk haline gelmiştir.

Trust kurumunun tarihini araştıran kimi bilim insanları, İngiliz hukuk sisteminin emsalsiz bir ürünü olarak gördükleri bu kurumun kaynağının farklı hukuk kültürlerine dayandırma çabalarını bu ön yargıyla olsa gerek, tartışıl-

⁴ Ann Van Thomas Wynen, Note on the Origin of Uses and Trust – WAQFS, *Southwestern Law Journal*, 3 Sw L.J. 162 (1949), <https://scholar.smu.edu/smulr/vol3/iss2/3>. s. 162. O, genellikle bir varisin atanması veya evlat edinilmesi ile ilgili konularda, belirli durumlarda mülk transferinin tamamlanmasına yardımcı olması için çağrılan üçüncü bir kişi olan Salmannus adlı gizemli bir kişidir.

⁵ Eylem Apaydın, Common Law’da Trust Kavramı ve Civil Law’da Trust Alanında Güncel Gelişmeler, (L.H. D.), c: XIV, sayı: 160, (2016), s. 1828.

⁶ Cemal Şanlı, “Devletler Hususî Hukuku La Haye Konferansı Tarafından Hazırlanmış Bulunan “Trust”a ve Trust’ın Tanınmasına Uygulanacak Hukuka Dair Konvansiyon Üzerine Bir İnceleme”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl 1986, Cilt 6, Sayı, 1, s, 25.

maya dahi değer bulmamaktadırlar. Onlar açısından en iyi ihtimalle Roma ve Germen hukukları kabul edilebilir kaynaklardır.⁷ Ancak İslam kültürünün bu “mükemmel” kuruma kaynaklık edebileceği -velev ki gerçekte olsa bile – onlar açısından kolaylıkla kabul edilebilecek bir durum değildi. Bu tür fanatizme bir başka yaklaşımın da eşlik ettiği söylenebilir. O da; trust kurumunun üstünlüklerini zikredip buna mukabil vakıf kurumunun olumsuzluklarını ön plana çıkarıp kurumun özgün İslami niteliğine gölge düşürme çabalarıdır. Bu yaklaşımın bir örneği olarak Hossein Esmaceli’nin birkaç iddiasını zikretmek yerinde olacaktır. Ona göre *trust*, *hem esnek ekonomik faaliyetleri geliştiren önemli bir ekonomik kurum hem de daha etkili adalet sağlayan yasal bir mekanizmadır. Buna mukabil vakıf, daha çok bir sosyal refah görevi gördü ve muhtemelen büyük ekonomik kurumların ve şirketlerin gelişimine katkıda bulunmamıştır. Bunun sonucu olarak büyük ekonomik birliklerin yokluğu, birçok Ortadoğu ülkesindeki hukukun üstünlüğü sistemlerinin eksikliğinin bir nedeni olarak gösterilebilir. Müellif kenarından pozitif bir özellik olarak, muhtemel başarıları ortaya çıkarma potansiyeline şu şekilde işaret eder: Vakıf, İslami ekonomik sistemlerin büyük şirketleri geliştirmedeki başarısızlığının bir nedeni olarak gösterilse de, yine de sosyal kurumlara ve sivil toplum kuruluşlarına desteği artıracak şekilde yönetilebilir.*⁸

I. TARİHİ ARKAPLAN

İngiliz hukukunda iki ayrı sistem aynı anda yürürlüktedir. Bunlardan birincisi law adı verilen “hukuk” sistemidir. İkincisi ise mahkeme kararları ile Ortaçağ’dan günümüze gelişen equity adı verilen sistemdir. Bu manada trust, equity uygulamaları olarak ortaya çıkmış bir hukuki kurumdur. Law kurallarının hakkaniyete uygun sonuçlar sağlamada yetersiz kaldığı noktada ortaya çıkan equity kuralları ile yeni bir mülkiyet yaratılmıştır. Trust’a niteliğini veren, equity’den kaynaklanan bu mülkiyet anlayışıdır.⁹ İngiliz hukukunun kendine özgü bir ürünü olarak nitelenen trust, common law hukuk sisteminde çok önemli bir yer kaplamaktadır. Bu konum, ifa ettiği işlevlerin bir sonucu olarak değerlendirilebileceği gibi trust mallarının toplam değeri ve vergi miktarları ile de vurgu-

⁷ Common law’ın özgün niteliğine atıf yapan hukukçulara göre; “dünya üzerindeki en büyük hukuk düzenlerinden biri olan Common Law hukuk düzeni, kıta Avrupası hukukçusuna oldukça yabancıdır. Bu hukuk düzeni Roma hukukunun kurum ve kurallarını benimsememiş, devrimci bir düşünce sonucu oluşmamış ve kodifikasyon düşüncesinden etkilenmemiştir.” Selin Özden Merhacı, “Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller,” *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 2012, Sayı 4, s. 179. Merhacı, bu ifadeleriyle en genel anlamıyla Common Law’ın Roma hukukundan hiç etkilenmediğini iddia etmektedir.

⁸ Hossein Esmaceli, “The Relationship Between the *Waqf* Institutions in Islamic Law and the Rule of Law in the Middle East”. <https://waqfacademy.org/wp-content/uploads/2013/03>. s. 10.

⁹ Apaydın, s. 1800.

lanmaktadır. Trust kurumunun temelinde bir mal varlığının, belli bir kişi veya kişiler yararına kullanılmak üzere güvenilen bir kişi veya kişilere devredilmesi vardır. Bu sistem İngiliz hukukunda, onlarca amaca hizmet etmektedir.¹⁰

İngiliz trust kurumunun kaynağı olarak Roma’ya işaret eden; Lord Chief Baron Sir Geoffrey Gilbert, Francis Williams Sanders, Sir William Blackstone, George Spence ve Sir Kenelm Edward Digby gibi bilim insanları bu düşüncelerini on dokuzuncu yüzyıla kadar devam ettirdi. On dokuzuncu yüzyıl boyunca ise durum farklılaştı ve Germen bu kurumun kökeni olarak kabul edildi. Yirminci yüzyıla gelindiğinde tekrar başa dönüldü ve Roma’nın trust’ın kaynağı olabileceği yönündeki kanaat tekrar ağırlık kazandı. Oliver Wendell Holmes’a atfedilen bu teori, trust’ın Germen (Salian Frank) Salmannus’tan kaynaklandığını savundu. Bu arada Frederick Pollock ve Frederick W. Maitland gibi araştırmacılar orta bir yol izleyerek İngiliz trust kurumunun hem Germen hem de Roma kökenli olabileceğini savundu.¹¹ Ancak son yüzyılda bu anlayışlardan çok uzak yeni bir iddia ortaya çıktı ve trust’ın kökenlerinin İslami vakıfta olabileceği öne sürüldü. Vakıf mekanizması İngiliz trust ile paralellik göstermekte, kavramsal ve yapısal çerçevelerinin kökeni on ikinci yüzyıl civarında vakıf kurumuna dayandığına dair güçlü kanıtlar vardır.¹²

İslam hukukunda trust’a ilham kaynağı olduğu düşünülen vakıf müessesesi İslam’ın ilk üç yüzyılında geliştirilen özgün bir kurum idi. Jeffrey Schoenblum’a göre vakıf kurumu, *Muhammedi hukukun en önemli dalıdır; çünkü Müslümanların ‘tüm dini hayatı ve sosyal ekonomisiyle iç içe geçmiştir.*¹³ Lonca vakıflarını inceleyen Hanna, vakfın bu çok yönlü fonksiyonu şöyle ifade etmiştir. İslam coğrafyasında halk vakıflarla o denli iç içe yaşamıştır ki, içtiği su bir vakfın desteği ile finanse edilmiş, namaz kıldığı mescit ve ya cami bir başka vakıf tarafından inşa edilmiş ve giderleri karşılanmıştır. Eğitim gördüğü medrese birçok vakfın iştiraki ile hem inşa edilmiş hem de günlük harcamaları giderilmiştir. Dahası, hastalandığında da yine vakıfların desteği ile okumuş doktorların görev yaptığı hizmet binaları ve giderleri yine vakıflarca yerine getirilmiştir. Dolayısıyla vakıf deneyimleri görünür, somut ve pratikte yer alı-

¹⁰ Apaydın, s. 1827-1828.

¹¹ Lisa Watanabe, “The Possible Contribution of Islamic Legal Institutions to the Emergence of a Rule of Law and the Modern State in Europe”, *The Role of the Arab-Islamic World in the Rise of the West*, (Ed. Nayef R. F. Al-Rodhan), 2012, s. 81, Dipnot: 48. (Trust’ın Roma kökenli olma ihtimali birkaç nedenden ötürü reddedilmiştir. Ayrıca Fideicommissum teorisinde olduğu gibi, çağdaş bilim adamları hem salmannus hem de Romano-Germen teorilerini büyük ölçüde reddettiler.

¹² Mohammad Abdullah, “Comparing the effectiveness of Waqf and English charitable trusts”, s. 39. <https://www.researchgate.net/publication/285409807>.

¹³ Jeffrey Schoenblum, “The Role of Legal Doctrine in the Decline of the Islamic Waqf: A Comparison with the Trust”, 32 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1999), s. 1198-1199. <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/faculty-publications>.



yordu. Böylece vakfın ne olduğu konusundaki anlayışları pratikte yaşantıya dökülüyor, teoride ve kitaplarda yer alan bilgiler onları pek de ilgilendirmiyordu. Muhtemelen vakıf kelimesinin de onlar için, eğitilmiş veya ilim çevreleriyle daha yakından ilgilenen diğerlerine göre farklı bir anlamı vardı. Bu açıklamalardan ortaya çıkan kayda değer bir nokta vakfın bilim adamları veya kadılar için ifade ettiği anlam teorik, buna makabil alanda olanlar ve vakfın idamesi adına kaygısı olanlar için ise pratik bir anlamı olduğudur.¹⁴

Vakıflar birer hayır kurumuydu ancak bu alanda yapılan bağışlar hem dini hem de kamusal nitelikteydi. Vakıf genellikle hastanelere, eğitim kurumlarına ve camilere bağış yapmak için kullanılıyordu. Bu kurumun tarihine bakıp ifa ettiği bireysel ve toplumsal yararları incelediğimizde, özel mülkiyete ait bir mülk olan külliyyatın, ebediyen¹⁵ hayırsever bir amaç için bağışlandığı ve elde edilen gelirin bu amaçla harcanması, İslam medeniyetinin en büyük başarılarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira Atlantik’ten Pasifik’e kadar geniş İslam dünyasının her yerinde, mimarının yanı sıra toplum için hayati öneme sahip hizmet zenginliği yüzyıllar boyunca bu sistemle finanse edildi ve sürdürüldü.¹⁶

İlk vakfın ortaya çıktığı Hz. Peygamber döneminden Osmanlı İmparatorluğu’nun çöküşüne kadar giderek artan sayıda kurulan vakıflar, her dönemde medeni bir Müslüman devletin kurulmasında önemli bir rol oynadı. Medine-i Münevvere camileri Peygamberimiz (sav) tarafından yaptırılan ilk vakıf kabul edilir. Aynı şekilde Peygamberimiz (sav)’in güzel arkadaşları olan sahabe, O’nun örneğini takip etti, öyle ki Cabir b. Abdullah, Peygamber (sav)’in varlıklı arkadaşlarından hiçbirinin vakıf kurmayı reddetmediğini söylüyor.¹⁷ Camiler, hayati rolleri nedeniyle vakıfta en yüksek payını aldılar,

¹⁴ Nelly Hanna, “Guild Waqf: Between Religious Law and Common Law,” in *Held in Trust*, edited by Pascale Ghazaleh, American University in Cairo Press, Cairo, 2011, p. 165-189.

¹⁵ Vakıf üzerine araştırmaya yapan Batılı yazarları, büyük ölçüde aile vakıflarında sürekliliği zorunlu kılan İslami görüşe odaklandılar. İslami vakıftaki “ebedilik” niteliği, common law’ın katılığının sirayet ettiği trust hukuku ile telif edilmesi en zor alan olarak kabul edilmiştir. Başka bir ifadeyle, ebediyetler kuralı, İslami vakıf hukukunun trust hukuku ile uzlaşmaz olarak görülmesi anlamına gelmektedir. Bu temel kabule rağmen Harasani bu eserinde genel hedefi ile uyumlu olarak bu uzlaşmanın iki düzeyde mümkün olduğunu göstermeyi hedeflemektedir.

Hamid Harasani, “Toward the Reform of Private Waqfs: A Comparative Study of Islamic Waqfs and English Trusts”, *Brill’s Arab and Islamic Laws Series Edited by Dr. Khaled Abou El Fadl*, c. X, s. 88. Müellif bu iddiasını temellendirmek için bir çok anekdot sunar. Harasani, s. 113.

¹⁶ Hussein Elasrag, “Towards a New Role of the Institution of Waqf”, s. 12-13. <https://mpr.ub.uni-muenchen.de/80513>. Bu ezici başarılarla rağmen vakıfların tarihi çalkantılıdır. Yüzyıllar boyunca bu kurumların kaderi, yönetimleri altında faaliyet gösterdikleri devletlerin kaderleriyle yakından bağlantılıydı.

¹⁷ Hacı Mehmet Günay, “Vakıf”, *DİA*, İstanbul 2012, c. 42, s. 475-479.

ancak bu durum camilerle sınırlı kalmamış, su kuyuları, çiftlikler, yollar vb. gibi kamu hizmetlerinin diğer alanlarını kapsamıştır. Vakıflara olan bu ilgi Fatimiler, Abbasiler ve Osmanlılar döneminde de sürmüştür, Osmanlı İmparatorluğu’nun çöküşüne kadar bu kurum canlılığını sürdürmüştür. Öyle ki, İslami vakıf, ekonomik ve kültürel kalkınmada ve şehirleşmede önemli bir rol oynadı. Etkileri, büyük ölçüde yaşamın çeşitli yönlerini içerecek şekilde genişledi.¹⁸

Lisa Watanabe trust’ın İslami vakıf kurumundan ilhamla oluşturulmuş olabileceği yönündeki kanaatine Monica Gaudiosi’n görüşünü de destek olarak sunar. Monica Gaudiosi, trust’ın Roma hukukundaki fideicommissum’dan veya Frankların/Normanlar’ın Salık yasasının Salmannus’undan vakfa daha çok benzediğini savunurken, bu kurumun İngiltere’ye Norman fethi sırasında tanıtıldığını iddia etmiştir. Ona göre; Inns of court denilen eğitim kurumları da İngiliz trust geleneği içinde oluşturulmuştur. Trust, İslami hukuk kurumlarının İngiltere’ye açıkça aktarılmasına ek bir örnek sağlar. On üçüncü yüzyılda bir din adamı olan Walter de Merton tarafından kurulan Oxford’daki Merton Koleji’nin İngiltere’deki trust’ın olası İslami kökenlerini gösterdiğine inanılıyor. Vakıf, başlangıçta 1264’te kurulduğunda tüzel kişiliği olmayan bir hayır kurumuymuştu, ancak on yıl sonra şirketleşti. Bunun, İngiltere’deki üniversite sisteminin başlangıcını işaret ettiği düşünülüyordu.¹⁹

Başta Henry Cattan olmak üzere Lisa Watanabe, Monica M. Gaudiosi gibi onlarca araştırmacı bu iddiaları destekleyecek argümanları ortaya koydular. Bu alandaki önemli bir çalışma Henry Cattan’ın 1955 yılında yayımlanmış “*The Law of Waqf*” başlıklı makalesidir. Müellife göre, “İngiliz sistemindeki trust, İslami vakıf/waqf kurumuna çok benzemektedir ve muhtemelen daha önceki İslami vakıf kurumu buna kaynaklık etmiştir.²⁰ Yine vakıf kurumu üzerinden bir etkileşimden bahseden bir diğer çalışma ise, Monica M. Gaudiosi’nin “The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England” başlıklı makalesidir. Müellif bu makalesinde, Oxford dâhil birçok eğitim kurumu varlığını *İslam’ın vakıf kurumuna borçlu olduğunu ifade eder.*²¹ Yine aynı konudaki Suleiman’ın “The Islamic Trust Waqf”²² başlıklı makalesini de zikretmek gerekir.

¹⁸ Elasrag, s. 13.

¹⁹ Watanabe, s. 76.

²⁰ Henry Cattan, “The Law of Waqf”, *Herbert Law in the Middle East, Vol. 1, Washington 1955*, at 212-218.

²¹ Monica M. Gaudiosi “The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol:136/1231. https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3909&context=penn_law_review.

²² Haitam Suleiman “The Islamic Trust Waqf: a Stagnant or Reviving Legal Institution”, *Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law* | Vol. 4/32, (2016).



Andrew White, trust’ın İslam hukuk kurumlarından vakıf kaynaklı olduğu tezini bir kat daha genişleterek common law’ın çok yönlü İslam hukukundan etkilendiği yönündeki görüşlerini şu şekilde dile getirir: “1955’te Henry Cattan, birçok benzer yönlerinden hareketle, İngiliz trust’ın kaynak olarak muhtemelen İslami vakıftan ilham aldığını belirtti. George Makdisi, başta skolastik yöntem, öğretim lisansı ve İngiltere’de Inns of Court olarak bilinen hukuk okulları ve İslam’daki medreseler dâhil olmak üzere İslami ve batı hukuk eğitimi-minde birçok paralel kurumu ortaya çıkardı. Abraham Udovitch, Avrupa com-menda’nın muhtemelen İslam’dan kaynaklandığına dikkat çekti. Makul bir te-ori olarak tüm bu veriler bir arada düşünüldüğünde common law’ın İslam’ın bir ürünü olduğunu ifade etmek önlenemeyecek bir sonuçtur”.²³

İslam hukuk kurumlarının kimi zaman doğrudan kimi zaman da dolaylı yollardan farklı kültürleri etkilediği ifade edilir. Bu tür iddialar sadece Arap/İslam hukukçuları tarafından dillendirilmemekte aksine Batılı hukukçular da bu tür iddiaları teyit etmektedir.²⁴ İslam hukuk kurumlarının özelde İngiltere, genelde tüm Avrupa ülkeleri üzerindeki etkileri birlikte düşünüldüğünde acaba kapitalizmin gelişmesinde bu etkileşimin (trust bağlamında) bir katkısı olmuş mudur? sorusu da akla gelmektedir. Bu soruya olumlu cevap veren Watanabe’nin temel referansları; öncelikle kapitalizmin doğum yerinin İngiltere’nin olmasından hareketle, bu kültürde var olan anlayışların bu ekonomik sistemi beslediğini öne sürer. Ayrıca İslam hukukundaki “aqd” in yani sözleşmenin bu etkilemedeki önemine işaret eder. Zira “kapitalizmin ortaya çıkmasında esas olan, sözleşme hukukunun sağladığı öngörülebilirlikti.” Ayrıca İslam hukukunda ortaklık kavramı ve buna bağlı geniş çeşitlilikten hareketle denilebilir ki, “Deniz aşırı ticaretin genişlemesi büyük ölçüde ortaklık kavramı ile kolaylaştırılmıştır.” Ayrıca İslami vakıflardan ilhamla oluşturulan “trust” kurumu,

²³ Andrew White, “Breathing New Life into the Contemporary Islamic Waqf: What Reforms Can Fiqh Regarding Awqaf Adopt from the Common Law of Trusts without Violating Shari’ah?” *Real Property, Probate and Trust Journal*, Fall 2006, Vol. 41, No. 3 (Fall 2006), pp. 497-527), s. 511-512. Dipnot: 63. <https://www.jstor.org/stable/20785832>.

²⁴ Kültürel etkilemiş konusunda Mathias Rohe şu tespitte bulunur: *Muhammed Peygamber (sav) ve etrafındaki birçok kişi tüccar olduğu için İslam ticaret hukuku nispeten gelişmiş bir çevrede ortaya çıkmıştır. Temelde ticaret ve ekonomi dostu bir tutuma sahiptir. Orta çağda henüz az gelişmiş Kuzey Avrupa’ya ticari ilişkiler yoluyla kapsamlı bir kültürel transfer gerçekleşti. Bunu sadece Baltık Denizi’ndeki oryantal sikkelerin çokça bulunması değil hukuki kavram ve kurumların alınması da ispat etmektedir. Örneğin, senet (Arapça “havala” Almancada “aval” olmuştur) ve yine İslam hukukunun biçimlendirdiği bir toplum yapısında geliştirilmiş olan komandit şirket veya Genel Alman Ticaret Kanunu Taslağı’nda yer alan “sensal” yani ticari işler tellahı (Arapça-Farsça simsar) gibi isimlerde bu görülmektedir. İnsanları gelişmesine izin verildiği ölçüde bu güne kadar Doğu’ya özgü pazarların canlılığı bu temel tutuma tanıklık etmektedir. Mathias Rohe, *İslam Hukuku Bir Giriş*, (Çev, Barış Yiğit) Repal Dijital Matbaası, İstanbul 2020, s. 29.*

“modern Avrupa’nın sosyal ve politik temellerinin oluşmasına yardımcı olan ve yükselmesini sağlayan” önemli kurumlardandır.²⁵

Batı’nın yükselişinde İslami ticaret ve finansın etkisini analiz eden John M. Hobson, İslam ticaret hukukuna ilişkin kurumsal yapıların çoğunun İslam öncesi döneme ait olduğunu iddia ederken şu hususa da özenle vurgu yapar. Kur’an bu konularda kodlamalarda bulunmadan önce bankacılık ve döviz bolarına ilişkin uygulamalar, Sümerler ve Sasanilerden geleneksel olarak intikal etse de bu alanları düzenleyip ileriye taşıyanlar Müslümanlar olmuştur. Uluslararası ticarete İslami bankerler bu günkü anlamda bankacılık işlemleri yapıyor, para transferlerinde ve kredilerde komisyonculuk anlaşmaları yapıyorlardı. Bu işlemler uluslararası ticaret için hayati öneme sahipti; zira fonların bir yerden diğerine aktarılmasında bu önemli bir kanaldı. İslami bankacılar, uzak bir yerdeki ‘talep notu’ veya senet (suftaja) ve modern bir çekle aynı olan “ödeme emri” (hawala) vb. notlar yayınladılar.²⁶ Abu-Lughod, hawala’yı şu şekilde betimler: “Sol üst köşede ödenecek miktar (sayı olarak) ve sol alt köşede tarih ve ardından ödeyenin adı yazılırdı. Bu uygulama Avrupa’da kullanılmadan yüzyıllar öncesinde Fars’ta da kullanılmaktaydı.”²⁷

Türk hukuk tarihinde vakıf müessesesi adlı çalışmasında konuyu ayrıntılı olarak ele alan Karakoç’a göre; hayır amaçlı İngiliz trust’ın benzerliklerden hareketle hukukçular, bu kurumun kökenini İslami vakıfta aramalarına neden olmuştur. Konuyla ilgili kendi yorumunu şu şekilde ortaya koymuştur: “Erken dönem İngiliz kullanım olgusunun (uses) İslam vakıf sisteminden etkilenerek yepyeni bir müesseseye kaynaklık ettiğini düşünmek son derece makul bir çıkarım olur. Günümüzde artık bu bağlantı, farklı bilim dallarında yapılan araştırma ve ortaya konulan eserlerde açıkça dile getirilmektedir. Çünkü gerçekten de tarihte Avrupa ve Müslüman dünyanın Haçlı seferleri sırasında bir arada buldukları bilinmektedir. Toplumlar arası etkileşimin kaçınılmaz olduğu böyle bir dönemde hukuki ilişkiler de bir birinden etkilenmiş olmalıdır.

²⁵ Watanabe, s. 79. (Hukukun üstünlüğü ile kapitalizmin doğuşu ve gelişmesi arasındaki ilişkiye dikkat çeken Watanabe, Batı’da bu değerleri besleyen İslam hukuk kurumlarından özellikle “aqd, “istihqaq” ve “lafif’e işaret eder.)

²⁶ İslam hukuku ile Roma hukukunu karşılaştırmalı inceleyen çağdaş müelliflere göre “Roma ve İslam hukuku arasında temel ayrılıklar vardır. Örneğin, evlat edinme İslam hukukunda kabul edilmez, ama Roma hukukunda vardır. Havale, borcun başkasına transferi İslam hukukunda vardır, diğerinde yoktur. İslamiyet’teki şuf’a hakkının ve vakıf müessesesinin Roma hukukunda karşılıkları yoktur. Mehir konusunda yine İslam ve Roma hukukları temelde farklıdır. Roma hukukunda mehir erkeğe verilirken, İslam hukukunda kadına verilir. Benzer misaller çok sayıda verilebilir.” Şükrü Selim Has, “Roma Hukuku’nun İslam Hukuku Üzerindeki Tesiri Konusunda Şarkiyatçıların Görüşleri,” *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 4, 2004, s.350.

²⁷ John M. Hobson, “Islamic Commerce and Finance in the Rise of the West” *The Role of the Arab-Islamic World in the Rise of the West*, (Ed. Nayef R. F. Al-Rodhan), 2012, s. 93.

İki toplum arasındaki bağlantı ve ilişkilerin artması ile trust sisteminin ortaya çıkmasının eş zamanlı olduğu görülmektedir.”²⁸

II. KÜLTÜREL ETKİLEŞİM ZEMİNİ OLARAK SİCİLYA

İslam kültür ve medeniyeti Sicilya’da fiilen 250 yıl, etkileri bakımından ise 500 yıl varlığını sürdürmüştür. Bu birikimle Sicilya, Endülüs’ten sonra İslâm medeniyetinin Avrupa’ya taşındığı ikinci coğrafya olmuştur.²⁹ Müslümanların bu bölgeye gelişi ile İslam medeniyetinin tüm birikimler Sicilya üzerinden Avrupa’nın güney bölgelerine, oradan da Avrupa’ya yayılmıştır. Kültürlerarası etkileşimde tercüme rollerine işaret eden Mohammed Abattouy, Sicilya’nın önemini vurgular. İtalya çeviri faaliyetinde İspanya’dan çok daha az önemliken Arapçadan Latinceye, bilgi birikimindeki rolü önemsiz değildi. Güney İtalya ve Sicilya, hem Afrika Konstantin’in on birinci yüzyılda Salerno’ya tercüme hem de özellikle on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda Yunanca eserlerin doğrudan Latince tercüme için önemliydi. *İtalya’da her zaman Yunanca konuşan topluluklar vardı ve Bizans İmparatorluğu ile güçlü bağlar mevcuttu. İtalya anakarasına yakınlığı nedeniyle Sicilya, Arap bilim ve teknolojisinin Avrupa’ya aktarılmasında önemli bir rol oynadı. Arap (827-1091) ve Norman (1091-1194) dönemlerinde ada, Arap-İslam medeniyeti ile Avrupa arasında bir köprü idi. Arapların diğer dinlere hoşgörü geleneği, Sicilya’daki Norman kralları tarafından sürdürüldü. Ada üzerindeki İslam kültürünün etkisi o kadar derinleşti ki sanat ve estetikte kalıcı izler bıraktı. Sicilya’daki Arap varlığı, Norman Sicilya’yı karakterize eden sanatsal faaliyetin uyarıcısı oldu. Normanlar altında inşa edilen hemen hemen tüm anıtlar, katedraller, saraylar ve kaleler Arap tarzındaydı. Anıtlar ve kalıntılar hala bazı İtalyan şehirlerinde mimari üzerindeki Arap etkisini göstermektedir.*³⁰ Örneğin, II. Roger tarafından başkent Palermo’da inşa ettirilen büyük kilise (Capella) binasının tavanları, Fâtımî tesiri altında kalınarak yapılmış resimler, desenler ve Kûfi yazılarla süslenip bezenmişlerdi. Bu yapıda ve Sicilya’daki diğer abidelerin yapımında Müslüman sanatkarlar kullanılmışlardı. Bu gün Vatikan’daki Hristiyan Müzesi (Museo Cristiano) ve diğer müzeleri süsleyen mücevher kutuları ve piskopos asâları da dâhil, birçok fildişi eşya, bu döneme ait Sicilya-İslam sanatkarlığını en güzel bir biçimde göstermektedir.³¹

²⁸ İrem Karakoç, *Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Müessesesi*, Yetkin Basımevi, Ankara 2017, s. 78-81.

²⁹ Mehmet Demiralay, *Ağlebîler Devrinde Sosyal ve Kültürel Hayat* (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi) Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 30, 192.

³⁰ Mohammed Abattouy, “The Arabic-Latin Intercultural Transmission of Scientific Knowledge in Pre-Modern Europe: Historical Context and Case Studies”, *The Role of the Arab-Islamic World in the Rise of the West*, (Ed. Nayef R. F. Al-Rodhan), 2012, s. 171-172.

³¹ Philip K. Hitti, *Siyâsî ve Kültürel İslam Tarihi*, (Çev. Salih Tuğ), Özal Matbaası, İstanbul

İslam hukuk kurumları ile dönemin Avrupası'nın hukuk uygulamaları arasındaki durumu Boisard şu şekilde betimlemektedir: *Bütün bunların ötesinde, İslâm hukukunun yüksek ahlâkî standardı Orta Çağ Avrupası'ni hayran bırakıyor ve daha saf bir hukukî düşüncenin gelişmesini teşvik ediyordu. İşin bu yönü, adli yönetimle de örneklendirildiği gibi Müslümanların etkisinin en çok arz eden unsuruydu. Haçlı seferlerine kadar Batı'da tanrısal yargılama usullerini de içeren hukukî prosedür, kaynar su ya da düello, kişinin kızgın demirle dağlanması veya kızgın yağla yakılması gibi acılı tecrübelerden meydana gelmekteydi ki, şayet sağ kalmayı başarabilirse suçlu olmadığı ilan edilirdi. Bunun tam tersine iki anlayış arasında nasıl bir fark olduğunu göstermek için VII. yüzyılda Hz Ömer tarafından kadı/hâkimlere verilen talimatı zikretmek yeterli olacaktır: Yalnızca delillere göre karar ver; zayıflara nazik davran ki, kendilerini serbestçe ve korkmadan savunabilsinler. Tarafları uzlaştırmaya çalışarak onlara eşit davran. İslam'ın başlangıcından itibaren zanlı, suçlu olduğu ispat edilinceye kadar masum kabul edilmiştir. Muhakkak ki, IX. Louis'in kraliyet müfettişlerini atamak, şahitliği delil olabilmesi prensibini ihdas etmek ve kişinin kraldan af dilemek için müracaatına izin vermek suretiyle Fransız hukuk kurumunu meydana getiren bir kral olması tesadüf değildi. Onun sunduğu yasama Avrupa'da hukuk tarihi açısından bir dönüm noktası olmuştur. Hattırlananlar da kifayet etmektedir ki bu konuda ortaya çıkan popüler betimleme bir yanlışlığı sonucu değildi. Zira IX. Louis, zamanın filozof ilahiyatçılarından yararlanmış, St. Thamos Aquinas'tan istifade etmiştir. Ancak İslam'ın tesiri daha doğrudandı. Kral önemli hukuk reformlarını Filistin'den dönüşünde gerçekleştirdiği için böyle bir varsayımda bulunabiliyoruz.³²*

Watanabe'nin ifadesiyle; İngiliz hukuk kurumları ile İslam hukuk kurumları arasındaki dikkat çekici benzerlikler dışında önemli bir husus da common law'ın ortaya çıktığı, II. Henry döneminde İslam coğrafyasının bir parçası olmayan Normonların denetimindeki Sicilya'nın bu etkileşim bölgesi olmasıdır. Ifriqiya ve Sicilya, dokuzuncu yüzyıldan on ikinci yüzyıla kadar İslam İmparatorluğu'nun bir parçasıydı. Normanlar Sicilya'yı zapt ettiğinde, önemli ölçüde, İslami kurumları ve Müslüman kültürünü kendilerinininkiyle değiştirmeye çalışmadılar, daha çok entegre ettiler. Norman yönetimi özellikle bürokrasi ve finans alanında entegrede bulundular. Hıristiyanlığa geçiş, krallık içindeki siyasi konumlar için bir ön koşul değildi. Bundan dolayıdır ki, birçok Müslüman lider, Sicilya'nın Normanlar tarafından ele geçirilmesinden sonra bile önceki görevlerinde kalmaya devam ettiler. Müslümanlar kendi dinlerini yaşayabildiler ve kendi kanunlarına tabi oldular. Sicilya Müslümanlarının örf ve medeni ihtilaflarla ilgili kararlarda Şeriat kanununu kullanmaya devam

1980, c. III, s. 969.

³² Marcel A. Boisard, “Batının Kamu ve Uluslararası Hukukuna İslâm'ın Muhtemel Tesiri Üzerine”, (Çev. Şemsettin Ulusal), *Marife*, yıl. 4, sayı. 2, güz 2004, s. 258.



ettiğine dair kanıtlar da vardır.³³ Hatta Müslümanlar ile gayrimüslimler arasındaki durumlarda bile, Kur’an üzerine yemin etmeye ve İslam hukukunun kullanımına saygı gösteriliyordu.³⁴ Normanlar döneminde Sicilya halkının din, dil ve vicdan özgürlüğü sağlanmış, her toplumun hukukî sorunlarını çözmeleri için kendilerine özgü yargı kurumlarının varlığına izin verilmiştir.³⁵ Bu toleranslı durumu biraz daha detaylandıralım.

III. HOŞGÖRÜNÜN HÂKİMİYETİ

Bu günkü İngiliz milleti Breton, Anglosakson ve Norman unsurlarının karışma ve kaynaşmasından meydana gelmiş bir toplumdur. İngiliz hukuk sistemi de Anglosakson ve Norman hukukunun etkileşiminden doğmuş bir hukuk sistemidir.³⁶ Bu hukuk sisteminin başta Amerika olmak üzere İrlanda, Kanada, Avustralya ve Yeni Zelanda’da uygulanması, İngiliz hukukçular tarafından bu hukukun meziyetlerini ispat için önemli bir delil olarak ifade edilmiştir.³⁷

Normanlar Sicilya adasına hâkim olunca Müslümanlara hoşgörülü yaklaşım onlardan her konuda faydalanmışlardır. Örneğin, “I. Roger’in Bizans’a karşı yaptığı savaşta Müslüman askerler de vardır. II. Roger’in muhafız birliğinin okçuları Müslüman askerlerden oluşmaktaydı. Tecrübeli devlet adamlarını istihdam edip devlet işlerinde danışmanlıktan, teknik işlere kadar her alanda yararlanmışlardır. Yönetim usulleri, divanı, askeri usulleri uygulamaya devam etmişlerdir. Normanlar, İslâm kültür ve medeniyetini silmek yerine onu korumuş ve ondan yararlanmışlardır. Sicilya Adası’nın İslâm, Bizans ve Latin kültürlerinden oluşan zengin mirasını devralan Normanlar, yeni bir kültür sentezini oluşturmayı başardılar. Normanlar döneminde oluşan bu sentez kültür, Rönesans öncesi Avrupa’nın kültürel değerlerinin oluşumuna önemli ölçüde katkıda bulundu. Ayrıca Normanlar egemenliğindeki Sicilya’da birçok farklı kültür ve inanca sahip toplulukların barış ve uzlaşma içindeki yaşamları, yalnız kendi dönemleri için değil günümüz modern dünyasına dahi örnek teşkil edecek bir düzeydi. Haçlı Tüm bunlar, Sicilya’yı Endülüs’ten üstün kılan önemli noktaldır.”³⁸ Normanlar idari bürokraside adadaki Müslümanlara görev vermişlerdir. “Özellikle Roger’in idari sistemi Arap idari sistemidir. Doktoru Arap

³³ Watanabe, s. 72-73.

³⁴ Alex Metcalfe, “The Muslims of Sicily under Christian Rule”, s. 296. <https://www.researchgate.net/publication/236145055>.

³⁵ Seyhun Şahin, *Normanlar Döneminde Sicilya Adası, (11-12. Yüzyıllar)*, (Basılmamış Doktora Tezi), Elazığ, 2012, s. 172.

³⁶ Sadri Maksudi Arsal, “İngiliz Âmme Hukukunun İnkişafı Safhaları”, (İ. Ü. H. F. M.) c: VI, s: I, Kenan Basımevi, İstanbul 1940, s. 15.

³⁷ Clive Parry, “İngiliz Hukuk Sistemi”, (Çev. Fazıl H. Sur), (A.Ü.H.F.D.) c. I. s. 3, Maarif Matbaası, Ankara 1944, s. 444.

³⁸ Şahin, s. 3, 210.

bir Müslümandır. Kâtipleri birçok dil bilmektedir. Devlet kayıtlarını Arapça, Yunanca ve Latince tutmuşlardır. Onlarda idari işleyiş ve mali çalışmalara dair çok sayıda defter ve günlük kayıt tutmuşlardır.”³⁹ Normanlar, İslam kültür ve medeniyetine ait kurumsal yapıları adeta kendi birikimleri gibi sahip çıktılar. Bu konuda o kadar doğal davrandılar ki “*Fâtımî halifesinin lakabı olan ve paraların üzerine yazılan el-Mutezbillah lakabını kendi adına bastırdığı sik-kelerin üzerine yazdırmış, bu yazıları asli şekli olan Arapça Kûfî tarzda yazdırmıştır.*”⁴⁰ En dikkat çekici olan ise “bastırdıkları paraların üzerinde *Lâ İlâhe İllallâh Muhammed Rasûlullâh* yazısının oluşudur.”⁴¹

İtalya’da mali kurumlardaki önemli bir yenilik ise, “11.yüzyılda icat edilen (*collegantia commenda*)’dır. Bu, yatırımcının tüccarın yolculuğunu finanse ettiği sözleşmeli bir anlaşmaydı. Bu tür anlaşmalar, hem “ticari işgücü” ile sermayeyi bir araya getirmesi, hem de ekonomik gelişme için gerekli olan tasarrufun sağlanması açısından sermaye piyasasını harekete geçirmesiyle uluslararası ticareti olumlu yönde etkilemişlerdir. İşin aslına bakılacak olursa, *commenda* ilk kez Ortadoğu’da icat edilmiştir. Kökleri İslamiyet öncesi döneme dayanmakla birlikte erken İslam tacirleri tarafından oldukça geliştirilmiştir. Abraham Udovitch’in belirttiği gibi “Avrupa’nın çok daha sonra *commenda* olarak tanıdığı, ekonomik ve hukuki anlamda türünün ilk örneği olan ticari anlaşma, ilk kez İslam dünyasında (*qirâd, muqârada, mudâraba*) şeklinde ortaya çıkmıştır. Kendisi de önceleri bir *commenda* taciri olan Hz Muhammed (sav) için bu yeni bir buluş sayılmazdı. Arap ticaret sistemine ait olan bu sistemi onlarla işbirliği yapan İtalyanların kullanmaya başlaması hiç de şaşırtıcı değildir. 8. yüzyıldan itibaren *qirâd*, sadece ticaret için değil, kredilendirme ve üretimde de kullanılmıştı.”⁴²

IV. ORTAK KAVRAMAĞI

Vakıf kurumu, Batı’da genellikle foundation, stiftung, trust vb. kavramlarla ifade edilir.⁴³ Hukuk terminolojisinde çok farklı anlamlarda kullanılan trust kelimesi, Anglo-Sakson hukukunda birçok fonksiyonu ifa eden hukuki

³⁹ Mehmet Demiralay, “IX. ve XIII. Yüzyılları Arası Sicilya Adasında İslam Kültür ve Medeniyetinin İzleri”, *TÜRÜK Uluslararası Dil, Edebiyat ve Halkbilimi Araştırmaları Dergisi*, Yıl:6, Sayı:12, 2018, s. 235, 238.

⁴⁰ John A. Makdisi, “The Islamic Origins of the Common Law”,⁷⁷, *North Carolina Law Review*,1999, s. 1721.

⁴¹ Demiralay, “IX. ve XIII. Yüzyılları Arası Sicilya Adasında İslam Kültür ve Medeniyetinin İzleri”, s. 236.

⁴² John M. Hobson, *Batı Medeniyetinin Doğulu Kökenleri*, (Çev. Esra Ermert), YKY, İstanbul 2015, s. 129.

⁴³ Hüseyin Ertuç, *İslam Hukuk Tarihinde Vakıflar ile Batı Kültüründeki Benzeri Kurumların Karşılaştırılması*, (Basılmamış Doktora Tezi), Erzurum 2007, s. V.

bir kurumu ifade etmektedir. Bundan dolayı da icra ettiği fonksiyonu esas alan araştırmacılar odaklandıkları alanla ilgili tanımlar yapmışlardır.⁴⁴ Jenks'e göre trust; "herhangi bir kimsenin, başkasına ait bir mülkü -mülkiyeti kendisine devredilmek suretiyle- deruhte etmesi ve fakat o mülkü başka bir kimsenin veya kimselerin menfaatine olarak, tıpkı asıl malik gibi vicdan ve hüsnüniyetle idare eylemek hususunda yaptığı bir anlaşmadır."⁴⁵

Andrew White göre, günümüzde giderek revaçta olan en ilgi çekici teori, vakfın, modern trust'a kaynaklık etmiş olmasıdır. Zira vakıf ve erken dönem trust, amaç, teori ve yapı bakımından birçok benzerliği paylaşır. Vâkıf, settlor'a benzemekte, mütevellî ise trustee ile benzerlik arz etmekte ve her ikisinde de yararlanan bir kitle bulunmaktadır. Vakıf ile emanet arasındaki farklılıklar bile ikisi arasındaki benzerliği vurgulamaktadır. Ayrıca trust, kullanım formu olarak vakıf gibi hem ebedi olarak yapılmıştır ve hem de tüzel kişiliğe sahip değildir. Bu nedenle, vakıf ve ifa ettiği fonksiyon ile başlangıçtaki bilindiği şekliyle trust, neredeyse aynı kurumlardır.⁴⁶

Trust kurumunu çevreleyen kavram ağına baktığımız zaman İslam hukukuna ilişkin kavramlarının belirgin bir izdüşümünün varlığı kolayca fark edilecektir. Trust kavramını ve onunla ilintili kavramlardan biri olan "trustee" için yapılan tanımları ele alalım. Sevig'e göre; *trust, bir kimsenin bir hal ve vaziyeti, başkasının lehine olarak ihtiyarı ile ve ivazsız kabul eylemesidir. Trustee ise, kanun ve âdetin tayin ve tarif eylediği hal ve vaziyete girmeyi ivazsız kabul den kimsedir. Burada bir hal ve vaziyet vardır. Çünkü insan bir başkasının malını idare etmek gibi pek nazik bir hal ve vaziyeti kabul edip etmemekte muhtardır; Yani (trustee) olup olmamağı kabulde muhtardır. Fakat insan bir kere (trustee) olmağı kabul edince bir müddet için borçlanmış oluyor: vicdanın bağladığı bir vaziyete girmiş oluyor ve nasfet yargıçları önünde sorumluluğa düşüyor; Emanet akdi vücuda geliyor.* Sevig aynı dipnotta Jenks'in trust tanımına da yer verir. Onun ifadesini aynen aktaralım: Jenks trust'u şöyle tarif eder, «*trust bir mülkü, bir mülkiyet mevzuunu emaneten elinde tutmak ve idare eylemek (borç) u dur. Bundan başka malı, bir veya bir kaç kişinin menfaati için ihtimamla (yani hıyanet ve tecavüz etmeyerek) idare eylemek borcudur. Tarifteki ihtimam kelimesi «trust» müessesesinin bir nasfet müessesesi olduğunu bildirir.*⁴⁷

⁴⁴ Eylem Apaydın, Common Law'da Trust Kavramı ve Civil Law'da Trust Alanında Güncel Gelişmeler, (L.H. D.), c: XIV, sayı: 160, (2016), s. 1800.

⁴⁵ Edward Jenks, "İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler", (Çev. Mukbil Özyörük), (A.Ü.H.F.D.), c. VII, s. 1, (1950), s. 67.

⁴⁶ Andrew White, "Breathing New Life into the Contemporary Islamic Waqf: What Reforms Can Figh Regarding Awqaf Adopt from the Common Law of Trusts without Violating Shari'ah?" Real Property, Probate and Trust Journal, Fall 2006, Vol. 41, No. 3 (Fall 2006), pp. 497-527, s. 512. <https://www.jstor.org/stable/20785832>.

⁴⁷ Vasfi Raşit Sevig, Hukuk Mukayesesi, (A.Ü.H.F.D.), Cilt:4, Sayı:1, (1947), s.256, Dipnot:1

Bir diğer tanım da Tuğrul Ansay’ındır. Ona göre trust; *Anglo-Amerikan hukuk sistemine has bir müessesedir. Bunda, trustee (mutemet) denilen şahıs, beneficiary (müstefit) denilen şahsın mallarını idare eder. Malların hukukî bakımından maliki mutemet, hakkaniyet icabı maliki (equitable ovner) ise müstefittir. Mutemet malları kendi namuna fakat müstefidin menfaatine idare eder.*⁴⁸

Sonuç olarak, hem trust’ta hem de vakıfta yapısal benzerlik çok belirgindir. Vakıf kurumunda vâkıf denilen (vakfeden) bir taraf var iken trust’ta; trust’ı kuran ve kurucu metni hazırlayan bir settler (kurucu) vardır. Vakıf kurumunda işi sevk ve koordine eden bir müteveli bulunurken, trust’ta mülkiyet hakkının kendisine devredildiği ve bu hakkı belli kişiler lehine kullanmak ve yönetmekle yetkili trustee (güvenilen) denilen taraf bulunur. Her ikisinde de yararlanan bir kitle mevcuttur. Nitekim trust metninde mülkiyet hakkının kendi lehine kullanılacağı belirtilen, bunu talep etmeye yetkili ve equity tarafından malik olarak tanınan, beneficiary (yararlanan) taraf vardır.⁴⁹ Bu ortak kavramsal ağa işaret eden Monica Gaudiosi’ye göre; *İslam kaynaklı waqf kurumu “trust” a çok daha yakın bir benzerliği barındırmaktadır. Her ikisinde de bağışta bulunan wâqif/settler, ayrıca bu kurumun işleyişinden sorumlu bir mutawalli/trustee ve bu hayır kurumundan yararlanacak/beneficiaries bir kesim yer almaktadır.*⁵⁰

Gerek trust gerekse vakıf, inanca ve güvene dayalı bir ilişkidir. Trust’ta kurucu (settler), maliki bulunduğu bir eşyayı yararlananlar lehine kullanılmak üzere güvenilene devreder. Bu aşamada güveni yönetmek son derece önemlidir. Bundan dolayı hem ahlaki hem de hukuki açıdan yetki ve sorumluluğun belirlenmesi gerekir.⁵¹ Müteveli/nâzır/kayyim/trustee, bir yönüyle vicdani bir yükümlülükle vakfedilen eşyayı yararlananlar lehine, kurucunun öngördüğü şekilde idare etmeyi üstlenirken diğer yandan hukuken vakfiyede yazılmış şartlara bağlı kalacağını taahhüt etmiştir. Bu durum onu ikili denetime açık hale getirmektedir.⁵² İslam hukukçuları vakıf hukukunu oluştururken vakfi sevk ve idare eden kişileri asla vicdanları ile baş başa bırakmamışlardır. Çok rasyonel bir bakışla, insanın doğasında var olan zaafı, yasal zeminde kontrol altına almışlar, vakfin mütevellisi, gerektiğinde hukukun temsilcisi olarak kâ-dî’ya hesap vermiştir.⁵³ Harasani’nin tespitiyle; *İslam hukukçuları, Orta Çağ kadar erken bir zamanda, vakıf mütevellisinin yolsuzluğa bulaşma potansiyeli-*

⁴⁸ Friedmann W., “Tüzel Kişilik Nazariyeleri ve Tatbikat”, (Çev. Tuğrul Ansay) (A.Ü.H.F.D.), *Cilt:15, Sayı:1, (1958)*, Dipnot, s. 53.

⁴⁹ Apaydın, s. 1800.

⁵⁰ Watanabe, s. 72.

⁵¹ Zia Akhtar, “Charitable Trusts and Waqfs: Their Parallels, Registration Process, and Tax Reliefs in the United Kingdom” s. 291. <https://academic.oup.com/slr/article/34/3/281>.

⁵² Apaydın, s. 1805.

⁵³ Thomas, s. 165.



ni fark ettiler. Bu durumun tamamen ortadan kaldırılamayacağı gerçeği kabul edilse de en baştan sıkı kurallar konularak ve caydırıcı cezalarla bu kurumsal yapılar varlıklarını devam ettirmeyi başarmışlardır. Gerçi benzer endişeler common law trustee (vakıf müteveli heyeti) için de söz konusu olmuştur. Tüm bu dini, ahlaki ve hukuki sorumluluklara rağmen mütevellinin maddi anlamda tatmin edici bir ödülü yoktur. Dini ve vicdani baskı, bu insanları mütevellisi oldukları vakıflardan ekmeklerini kazanmayı dahi düşünmediler. Bu durum aynı zamanda, genellikle kendilerine de ödeme yapılmayan İngiliz mütevelliler için de geçerlidir.⁵⁴

Burada önemli bir husus gündeme gelmektedir. Bu hayır hizmetini yüklenen kişinin Müslüman olması zorunlu mudur? Başka bir ifadeyle Müslüman olmayan bir kişi, "mutemetlik" "güvenilir olmak" sıfatına sahip olamaz mı? Konu seküler bir sistemde gündeme geldiğinde trust kurumu açısından böyle bir zorunluluktan bahsetmek elbette anlamlı olmayacaktır. Ancak dini nitelikli İslami vakıf kurumu çerçevesinde mütevellinin Müslüman olmasının şart olduğunu belirtmek gerekir.⁵⁵ Çünkü bu işin dini boyutu son derece önemsenmiştir. Hatta vâkıf denilen ve kurucu rolü olan kişinin vakfiyede çizdiği çerçeve dini açıdan o kadar önemsenmiş ki, İslam düşüncesinde "vâkıfın şartı Şari'in şartı gibidir" anlayışı yaygınlık kazanmıştır. Başka bir formda "vâkıfın şartı Şeriatın nassı gibidir" ifadesiyle, vakfedilen mal ebedi olarak Allah'ın mülkü hükmünde kabul edilmiştir.⁵⁶ Bu durum vakıf mallarını âdete

⁵⁴ Harasani, s. 79.

⁵⁵ Bu konuda araştırma yapan kimi hukukçular böyle bir şartın ileri sürülemeyeceğini ifade ederler. Örneğin, Akhtar, İslam toplumunda yaşamasına izin verilen farklı dinden vatandaşlar olarak kabul edilen zimmilerin vakıf kurma işlemlerine izin verilmesini gerekçe göstererek kayyımın da farklı dinden olabileceğini iddia etmiştir. Ona göre, vakıf kurucusunun dini kimliği vakıf kurmanın ön şartı olarak belirlenmemiş ise pek ala vakfın kayyımı da Müslüman olmak zorunda değildir. Ayrıca İslam toplumunda farklı dinden insanlar Müslümanların kurdukları vakıflardan faydalanmışlardır. Yani vakfın iki unsur; kurucu ve faydalanıcıların Müslüman olması şart değildir, diğer bir unsur olan, kayyım için dini kimlik önemli olmamalıdır. (Akhtar, s.292).

⁵⁶ Hüseyin Hâtemi, Önceki ve Bugünkü Türk Hukuku'nda Vakıf Kurma Muamelesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1969, s. 133-134. Bu ifadelerden şu çıkarımda bulunulmuştur: Allah için vakfedilen bir mal, geliri fakirlere ve ihtiyaç sahiplerine vermek suretiyle mülkiyetinin zımnı olarak Allah'a izafesi, o malın mülkiyeti üzerinde vakfedenin herhangi bir hakkının olmamasını gerektirir. (Akhtar, s. 290). İslam hukukunda mülkiyet tartışması teolojide başlar. Allah, her şeyin gerçek sahibidir, oysa insan sadece fiilen mal sahibidir. Gerçekte, her şeyin ve herkesin bir noktada sona ermesi gerektiğinden, hiç kimse sonsuza kadar mülk sahibi değildir. İslam hukukçularının burada söylediği şey teolojiktir ve mülkiyetin yasal bir tanımı veya tasviri değildir. İslami literatürü okurken, teolojiiyi hukuktan ne zaman ayırt edeceğimizi bilmek gerekir. İslam hukukçularının kastettiği, Allah her şeye sahip olduğu için, İslam hukukunun sınırlarını aşmamak için, mülkü ile olan ilişkilerinde bir Müslüman'ın buna dikkat etmesi gerektiğidir. (Harasani, s. 153-155).

dokunulmaz kılmış, siyasilerin keyfi müdahaleleri ile vakıf mallarına el konulmasına engel olmuştur. Bu dokunulmazlık anlayışının bir sonucu olarak birçok vakıf yüzyıllarca varlığını korumuş hatta bazılarının ömrü bir milenyum (bin yıl)’u bile geçmiştir.⁵⁷ Hattı zatında “vakf” terimi lengüistik olarak “durmak” anlamına gelir⁵⁸ ki, bu “duruş” bünyesinde çok yönlü anlamalar barındırmaktadır. Öncelikle bağışlanan malın ebediyen “durma”sını ifade etse de, hem bağışlayıcının artık o maldan uzak “durma”sını hem de kamu adına yöneticilerin o vakfiyeden uzak “durma”sını ifade etmektedir. En önemlisi de vakfedenin mirasçılarının mülkiyet anlamında mesafeli “duruş”unu ifade eder. Zaten vakıf terimi; “ bir şeyi hapsedmek ve yasaklamak” anlamına geldiği gibi o şeyin “durmasını ve sabit kalmasını”⁵⁹ da ifade etmektedir.

Vakıf, hayırsever bir amaç için aday gösterilen, devredilemez, geri alınmaz ve ebedi bir bağıştır. Bir vakfın kurucusu, mülkünü insanları, hatta diğer canlıları memnun etmek için Allah’a adanmıştır. Böylece vakfın kurucusu bu malın sahibi olmadığı gibi artık hiçbir canlı bunda mülkiyet hakkına sahip değildir. Kurucu, mal varlığını bir vakfa devrettiğinde bunlar geri alınmaz hale gelir. Hanefi ve Şafii hukukçularına göre kurucu mülkün sahibi olmaktan çıkar ve mülk Allah’a geçer. Bu tür niteleme Kur’an’da, “ihtiyaç sahibine borç veren Allah’a borç vermiştir” şeklinde geçmektedir.

*Vakıflar vâkıf veya mütevellî tarafından idare ve hükümet canibinden mura-kabe olunur. Mütevellî, vâkıfın şartı mucabince vakıf işlerini idare etmek üzere tayin olunan zattır. Mütevellîye kayyim-i vakıf da denir.*⁶⁰ İslam hukuk literatüründe vakıfların emanet edildiği kayımlar için “nâzır” ve “mütevellî” unvanları çokça kullanılmıştır. Bu kişiler, asırlar boyunca muhteşem İslam mirasını hakkıyla korumuş ve pek çok vakfın yüzyıllarca ayakta kalmasını sağlamıştır. Buna rağmen asılsız suçlamalara maruz kalmış hatta sistemin çöküşünden sorumlu tutulan da onlar olmuştur. Oysa Allah’ın emirlerine itaat eden, güzel ahlak ve davranışa sahip güvenilir bireyler olarak bu göreve atanmışlardır. Bu alandaki temel görevleri bir yandan vakıf mallarının korunması iken diğer yandan bu malların verimli kullanılmamalarının maksimize edilmesidir. Ayrıca vakıf mallarının bakım onarım işlerinden de sorumlu idiler. Vakıf gelirlerinin, vakfiyelerde tanımlandığı çerçevede harcanmasında dini ve ahlaki olduğu gibi

⁵⁷ Elasarag, s. 15. Ancak bu uzun tarihin hiçbir döneminde vakıflar, 19. ve 20. yüzyıllarda kendilerine uygulanan kasıtlı yıkım kadar bir dönemi yaşamamıştır. Bu durum doğrudan batı emperyalizmine veya batılılaşma sürecine atfedilebilecek bir gerçektir. Batı baskısı altında başlayan vakıf mülklerinin gaspı, İslam ülkeleri bağımsızlığını kazandıktan sonra da yerli modernistler tarafından devam etti. Elasarag, s.15).

⁵⁸ Akhtar, dipnot,7, s. 284.

⁵⁹ Akhtar, s. 289.

⁶⁰ Ali Himmet Berki, *Vakıflar*, Aydınlık Basımevi, İstanbul 1946, s. 39.



hukuki olarak da sorumlulukları vardı.⁶¹ Bunca sorumluluğa rağmen vakıf malları üzerinde herhangi bir intifa hakları olmadığı için bu malları satma yetkileri yoktu. Zira satış yetkisi mahkemelerin uhdesinde idi.

İngiliz ve İslami hukuk kurumları arasındaki dikkat çekici benzerlikler dışında, kurumların aktarılması fırsatı, common law hukukunun ana boyutlarının ortaya çıktığı II. Henry döneminde Arap / İslam topraklarından İngiltere'ye esasen çok daha önce İslam İmparatorluğu'nun bir parçası olmayan Norman kontrolündeki Sicilya üzerinden var oldu. Sicilya'nın İfriqiya ve özellikle başkenti Kayravan ile güçlü bağları vardı ve bu da Maliki hukuk okulunu Sicilya'da baskın hale getirdi. Kayravan, etkili bir öğrenme ve kültür merkeziydi ve önce şehir merkezlerinde ve daha sonra kırsal alanlarda bir dizi cami okulu bulunuyordu. Ağlebiler, Sicilya adasını fethettikleri sırada Sicilya'ya Maliki hukukunda eğitim almış yargıçları gönderdi. Maliki hukuk mezhebi Sicilya'da egemendi.⁶²

SONUÇ YERİNE

İngiliz trust ile vakıf müessesesi kavramsal ve yapısal önemli benzerlikleri barındırmaktadır. Vakıf, özgün İslami bir hayır kurumu olarak doğmuş ve tarih boyunca dini karakterini sürekli korumuştur. Kökeni Hz. Muhammed (sav) dönemine dayanmaktadır. Vakfın bir sosyo-ekonomik kurum olarak ilerlemesi, erken dönem İslam toplumları için bir dizi fayda sağlamış, o zamandan beri bu kurum, sosyal güvenlik ve temel ihtiyaçların kitlelere sağlanmasında kritik bir rol oynamıştır. Vakfın rolü, herkes için eğitim, din, maneviyat ve genel refahın ilerlemesinde belirlemektedir. Kısaca vakıf müessesesi Müslüman dünyanın her yerinde sürdürülebilir hayır işleri için bir kanal sağlamıştır. Vakıf, yapısal oluşumu, idari çerçevesi, hedeflenen amaçları ve uygulanan yönetim sistemleri açısından İslam hukuk ilkelerine uymak zorunda idi. Vakıf kurumuna benzer şekilde, İngiliz toplumunda hayır işlerini kurumsallaştırmada trustlerin rolü çok önemlidir. Buna karşılık, yapısal oluşumunda vakıf ile yakın ilişkilere sahip olmasına rağmen, İngilizce trustler, dini düzenlemelerden bağımsız, seküler bir araca dönüştürüldü. Vakıf ve trustlerin her ikisinin de kendi bağlamları içinde çok sayıda hayır amacına etkin bir şekilde hizmet eden kendi tarihleri vardır.

İslami vakıf kurumu ile İngiliz trust etkileşimi iddiasında bulunan araştırmacılara göre, Oxford Üniversitesi Merton Koleji bu etkileşimin mükemmel bir örneğidir. Merton Koleji'nin Avrupa üniversitelerinin gelişiminde bir eşiği temsil ettiği genel olarak kabul edilmektedir. Merton vakfı İngiltere'de saygın bir model olarak kabul edilir ve Cambridge üniversitesinin Peterhouse isimli

⁶¹ Elasrag, s. 11.

⁶² Watanabe, 72-73.

vakfının kurulması ile taklit de edilmiştir. Bu birebir benzerliği ifade etmek üzere Elasrag, Gaudiosi’den şu alıntıyı yapar: *Merton Koleji vakıf senedi İslami vakıf yasasına o kadar uygundur ki, İslam dünyasında bilgili herhangi bir yargıç tarafından kolaylıkla onaylanacaktır.* Nitekim ABD’de de üniversiteler ya vakıf (trust) olarak yapılandırılmış ya da hepsinin kendi üniversite bağışları vardır.⁶³

Bu perspektifle araştırma yapanlar trust ile vakıf arasındaki ilişkiye, tarihin bir kesitinde olmuş bitmiş bir olay olarak bakmamışlar çok önemli bir çıkarımda bulunmuşlardır. Eğer dünyada çok kültürlülük ve farklı kültürlerle karşı hoşgörüden bahsedilecekse bu kabul en çok Batı’nın ders çıkarması gereken bir alandır. İslam hukuku hakkında bitmez tükenmez olumsuzluk propagandası yapan Batılı entelektüeller çatışma alanlarını değil uzlaşım alanlarını ön plana çıkarmalıdır. Ortak alanlardan yeni kurumlar inşa edilebileceğini kabul etmeleri gerekir. İslam hukukunun liberal düşünceye düşman ve laikliğin antitezi olduğu yönündeki olumsuz tasvirleri bir yana bırakmalı, kültürler arası etkileşime alan açmalıdır. Üstün kültür anlayışı ile kendi kendine tümüyle yeterli ve farklı kültürler kapalı bir anlayışın, düşmanlıkları derinleştirmekten başka bir yararı olmayacağı ortadadır. Hiç beklemedikleri bir kültürden de istifade edilebileceği gerçeği çok farklı gelişmelere zemin hazırlayacaktır. İslam’ın Yüce Peygamberi (sav) dedi ki, “*hikmet müminin yitiğidir, nerede bulursa alır*”. Hikmet insanlığın ortak malıdır ve sınır aşan bir yapısı vardır. Ben merkezli bir kibirle bundan mahrum olmak ya da yaşadığı toplumu bundan mahrum etmek anlamsız bir kibrin yansımasıdır.

İslam hukuk metodolojisindeki içtihadın dinamizmi, modern problemlere çözüm üretme ve dünya hukuk sistemlerine yeni şeyler hediye etme potansiyeli taşımaktadır. Bu yönüyle hem örf adet hukuku olarak common law hem de İslam hukuku karşılaştıkları yeni durumlara karşı kendi iç bünyelerinde çözüm üretme kapasitesine sahiptir. Konuya ortak ahlaki ve insani perspektiften bakan bilim insanlarına göre vakıf ve trust birbirinin kuzenleridir, her ikisi de sonsuz insani arzu olan, “bir başkasına yardım etmek”ten doğmuştur. Çoğumuz için hem sevecen hem de kalıcı görünen şeyler; bilgi aramak, başkalarını önemsemek ve Tanrı’yı memnun edecek şekillerde kendimizi yönetmektir

Tüm bu paralellikler ya da benzeşen yönler olmasına rağmen İslam hukuk kurumu ile trust’un her hususta tümüyle aynı oldukları anlamına gelmemektedir. Konu ile ilgili araştırma yapanlar iki hususta belirgin bir farklılaşmanın varlığına işaret ederler. İlki, İslami vakıflardaki “ebediyet” vurgusu, diğeri ise, iki farklı hukuk sistemindeki “mülkiyet doktrini”nin çok farklı oluşudur.

⁶³ Elasrag, s. 13.

KAYNAKLAR

Abattouy, M, "The Arabic-Latin Intercultural Transmission of Scientific Knowledge in Pre-Modern Europe: Historical Context and Case Studies", *The Role of the Arab-Islamic World in the Rise of the West*, (Ed. Nayef R. F. Al-Rodhan), 2012.

Abdullah, M, "Comparing the effectiveness of Waqf and English charitable trusts", <https://www.researchgate.net/publication/285409807>.

Akhtar, Z, "Charitable Trusts and Waqfs: Their Parallels, Registration Process, and Tax Reliefs in the United Kingdom", <https://academic.oup.com/slr/article/34/3/281>.

Apaydın, E, Common Law'da Trust Kavramı ve Civil Law'da Trust Alanında Güncel Gelişmeler, (L.H. D.), c: XIV, sayı: 160, (2016).

Arsal, S. M, "İngiliz Âme Hukukunun İnkişafı Safhaları", (İ. Ü. H. F. M.) c: VI, s: 1, Kenan Basımevi, İstanbul 1940.

Berki, A. H, *Vakıflar*, Aydınlık Basımevi, İstanbul 1946.

Boisard, M. A, "Batının Kamu ve Uluslararası Hukukuna İslâm'ın Muhtemel Tesiri Üzerine", (Çev. Şemsettin Ulusal), *marife*, yıl. 4, sayı. 2, güz 2004.

Cattan, H, "The Law of Waqf", *Herbert Law in the Middle East, Vol. 1, Washington* 1955.

Demiralay, M, *Ağlebiler Devrinde Sosyal ve Kültürel Hayat* (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi) Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.

Demiralay, M, "IX. ve XIII. Yüzyılları Arası Sicilya Adasında İslam Kültür ve Medeniyetinin İzleri", *TÜRÜK Uluslararası Dil, Edebiyat ve Halkbilimi Araştırmaları Dergisi*, Yıl:6, Sayı:12, 2018.

Esmacili, H, "The Relationship Between the *Waqf* Institutions in Islamic Law and the Rule of Law in the Middle East". <https://waqfacademy.org/wp-content/uploads/2013/03>.

Elasrag, H, "Towards a New Role of the Institution of Waqf", <https://mpraub.uni-muenchen.de/80513>.

Ertuç, H, İslam Hukuk Tarihinde Vakıflar ile Batı Kültüründeki Benzeri Kurumların Karşılaştırılması, (Basılmamış Doktora Tezi), Erzurum 2007.

Friedmann W, "Tüzel Kişilik Nazariyeleri ve Tatbikat", (Çev. Tuğrul Ansay) (A.Ü.H.F.D.), *Cilt:15, Sayı:1*, (1958).

Gaudiosi M. M, "The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College", *University of*

Pennsylvania Law Review, Vol:136. https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3909&context=penn_law_review.

Günay, H. M, “Vakıf”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 2012.

Has, Şükrü Selim, “Roma Hukuku’nun İslam Hukuku Üzerindeki Tesiri Konusunda Şarkiyatçıların Görüşleri,” *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 4, 2004.

Hanna, N, “Guild Waqf: between Religious Law and Common Law,” in *Held in Trust*, edited by Pascale Ghazaleh, American University in Cairo Press, Cairo, 2011.

Harasani, H, “Toward the Reform of Private Waqfs: A Comparative Study of Islamic Waqfs and English Trusts”, *Brill’s Arab and Islamic Laws Series Edited by Dr. Khaled Abou El Fadl*, c. X.

Hâtemi, H, *Önceki ve Bugünkü Türk Hukuku’nda Vakıf Kurma Muamelesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1969.

Hitti, P. K, *Siyâsî ve Kültürel İslam Tarihi*, (Çev. Salih Tuğ), Özal Matbaası, İstanbul 1980.

Hobson, J. M, “Islamic Commerce and Finance in the Rise of the West” *The Role of the Arab-Islamic World in the Rise of the West*, (Ed. Nayef R. F. Al-Rodhan), 2012.

Hobson, J. M, *Batı Medeniyetinin Doğulu Kökenleri*, (Çev. Esra Ermert), YKY, İstanbul 2015.

Karakoç, İrem, *Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Müessesesi*, Yetkin Basımevi, Ankara 2017.

Makdisi, J. A, “The Islamic Origins of the Common Law”, 77, *North Carolina Law Review*, 1999.

Merhacı, Selin Özden “Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller,” *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 2012, Sayı 4.

Metcalf, A, “The Muslims of Sicily under Christian Rule”, <https://www.researchgate.net/publication/236145055>.

Parry, C, “İngiliz Hukuk Sistemi”, (Çev. Fazıl H. Sur), (*A.Ü.H.F.D.*) c. I. s. 3, Maarif Matbaası, Ankara 1944.

Rohe, Mathias, *İslam Hukuku Bir Giriş*, (Çev, Barış Yiğit) Repal Dijital Matbaası, İstanbul 2020.



Schoenblum, J, "The Role of Legal Doctrine in the Decline of the Islamic Waqf: A Comparison with the Trust", 32 Vanderbilt Journal of Transnational Law, (1999). <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/faculty-publications>.

Sevig, V. R, Hukuk Mukayesesi, (A.Ü.H.F.D.), Cilt:4, Sayı:1, (1947).

Suleiman, H, "The Islamic Trust Waqf: a Stagnant or Reviving Legal Institution", Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law | Vol. 4/32, (2016).

Şahin, S, Normanlar Döneminde Sicilya Adası, (11-12. Yüzyıllar), (Basılmamış Doktora Tezi), Elazığ, 2012.

Şanlı, C, "Devletler Hususî Hukuku La Haye Konferansı Tarafından Hazırlanmış Bulunan "Trust"a ve Trust'ın Tanınmasına Uygulanacak Hukuka Dair Konvansiyon Üzerine Bir İnceleme", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 6, Sayı,1, 1986.

Watanabe, L, "The Possible Contribution of Islamic Legal Institutions to the Emergence of a Rule of Law and the Modern State in Europe", The Role of the Arab-Islamic World in the Rise of the West, (Ed. Nayef R. F. Al-Rodhan), 2012.

White, A, "Breathing New Life into the Contemporary Islamic Waqf: What Reforms Can Fıqh Regarding Awqaf Adopt from the Common Law of Trusts without Violating Shari'ah?" Real Property, Probate and Trust Journal, Fall 2006, Vol. 41, No. 3, pp. 497-527, <https://www.jstor.org/stable/20785832>.

Wynen, A. V. T, Note on the Origin of Uses and Trust – WAQFS, Southwestern Law Journal, 3 Sw L.J. 162 (1949), <https://scholar.smu.edu/smulr/vol13/iss2/3>.

GÖÇ ve VATANDAŞLIK İLİŞKİSİNDE ULUS-ÖTESİ BİR FORMÜLASYON OLARAK *JUS NEXI* ESASI VE İŞLEVSELLİĞİ*

*As A Transnational Formulation on Migration and
Citizenship Relationship: Jus Nexi and It's Functionality**

Fatma Elif ÇELİK**

Özet

Jus sanguinis (kan esası) ve *jus soli* (toprak esası) vatandaşlığı gerçek ve etkili şekilde yaratmayan, sadece belirli sayıdaki kişiyi kapsayacak esaslardır. Dolayısıyla bu esaslardan biri ile, özellikle varlıklı bir devletin vatandaşlığını yüklenememiş diğer herkes yönünden bir dahil etme ya da hariç bırakma ikilemi ile karşı karşıya kalınmaktadır. Mevcut vatandaşlık yasaları, otomatik katılım tahsis edilmesi için tek kriter olarak doğum olayına odaklanarak, bu atamanın apolitik bir sınırlama tercihinden başka bir şey olmadığı fikrine katkıda bulunmaktadır. Ne var ki pratikte, doğum yolu ile vatandaşlık yüklemeye dayalı kurallar, topluma kimlerin dahil edilebileceğini sınırlamaktan çok daha fazlasını yapmaktadır. Tıpkı mülkiyet rejimleri gibi, hak sahibi olanlara ayrılmış belirli kaynaklara, faydalara, korumalara, karar verme süreçlerine fırsat yaratan kurumlara erişimi de tanımlamaktadır.

Ayelet Shachar, kalıplaştırılmış bir vatandaşlık statüsünün nesiller arası aktarımının, Orta Çağ'daki vatandaşlık-mülkiyet ilişkisi üzerinden düşünsel bir ilgi kurarak, haksızlığını dile getirmiştir. Bu adaletsizliği telafi etmek için Shachar, bir tür küresel doğum hakkı vergisi kurgulamakta; *jus sanguinis* ve *jus soli*'den farklı olarak gerçek bir sosyal özdeşleşmenin bağlantısını kurmak adına, gurbetçi vatandaşları hariç bırakarak, uzun süredir ikamet eden yerleşik yabancıların, aşamalı olarak vatandaşlığa kabul edilmelerini "*jus nexi*" olarak adlandırdığı yeni bir esas yaratarak açıklamaktadır. **Anahtar Kelimeler:** Vatandaşlık, Ulus-ötesi Vatandaşlık, Göç ve vatandaşlık, Jus nexi, Gerçek vatandaşlık ilkesi.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 03.05.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 21.12.2022

* Bu çalışma, 21-22 Nisan 2022 tarihleri arasında Yaşar Üniversitesi Uluslararası Hukuk Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından düzenlenen "Uluslararası Hukukta Göç ve Vatandaşlık" Sempozyumu'nda sunulan "Jus Nexi Vatandaşlık Esası" başlıklı bildirin, genişletilmiş hâlidir. Zamansız gidip sonsuz olan canım kuzenim Canan'ımın ruhuna armağan edilmiştir.

** Dr. Öğr. Üyesi, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, fatmaelif.celik@ufuk.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-0373-5494>.



Abstract

Jus sanguinis and *jus soli* are principles that do not create truly and effectively citizenship but both rely upon a conception of bounded citizenship. Therefore, with one of these principles, it is been faced with an inclusion or exclusion dilemma, especially in terms of everyone else who could not acquire the citizenship of a wealthy state. By focusing selectively on the event of birth as the sole criterion for allocating automatic citizenship, existing citizenship laws contribute to the conceit that this assignment is no more than an apolitical act of membership demarcation. In practice, however, birthright attribution rules do far more than demarcate who may be included in the polity. Like other property regimes, they also define access to certain resources, benefits, protections, decision-making processes, and opportunity enhancing institutions which are reserved primarily to those defined as right-holders.

Ayelet Shachar expressed the injustice of the intergenerational transmission of a stereotyped citizenship status by comparing through the citizenship-property relationship that dates back to medieval era. To compensate for this injustice, Shachar suggests a global birthright levy to “redistribute resources from those nations who have disproportionately benefited from the intergenerational transfer of property of citizenship to those who have not. She proposes also to move from an ascriptive *jus soli* or *jus sanguinis* to a system she names “*jus nexi*” that would recognize the link of real socialization in order to progressively include in citizenry the long-term foreign residents or exclude the descendants of expatriate citizens.

Key Words: Citizenship, Transnational citizenship, Migration and citizenship, *Jus nexi*, Genuine membership principle

GİRİŞ

Göç ve vatandaşlık ilişkisi, dünyanın en zengin ülkelerinde ve giderek artan şekilde göçmen gönderen ülkelerde öne çıkan bir sosyal-politik mesele hâline dönüşmektedir. Sınır aşan insan hareketliliğinin karmaşık yapısının yanı sıra insan hakları, eşitlik, kabul görme ve kendi kaderini belirleme ile ilgili tartışma konuları ortak endişe paydası olarak tanımlanmaktadır. Özellikle daha da hızlanmış bir zamanın döngüsünde, dünya nüfusunun kontrolsüz artışı ile iklim değişikliği, süregelen savaşların yarattığı tahribat, ekonomik fayda sağlanan kaynakların azalışı, fırsat eşitsizlikleri, istihdam arayışı, gelişmemiş ya da gelişmekte olan devletlerin vatandaşları bakımından bulunulan ortamdan kaçma itkisini beslemektedir. Mevcut düzende gelişmiş devletlerin vatandaşı olup temiz bir çevrede, insan onuruna yakışır biçimde ve gelecek kaygısından uzakta hayatlarını sürdürenler ile bu şanstın mahrum kalanlar/bırakılanlar arasındaki adalet dengesini sorgulamaktayız. Bu farkı yaratanın, her bakımdan zengin bir devletin vatandaşı sıfatıyla hayata gözlerini açmaktan ibaret basit bir şans olduğu düşünüldüğünde vatandaşlık kavramının mahiyeti ve muhtevası yeniden gözden geçirilebilir mi sorusu akla gelmektedir.

Devletler, egemenlik yetkilerinden güç alarak vatandaşlığın yaşam boyu sürecek ve diğer nesillere aktarılacak faydalarından kimlerin hangi şartlarla yararlanacağına kendileri karar vermekte ve yasalarını bu bakış açısından

düzenlemektedir. Dolayısıyla bugün, hâlen feodal düzendeki gibi kalıtsal statülerin varlığına, vatandaşlık yasalarındaki tipik edinim yolları ile devam edilmektedir. Eksik olan şey, süregelen keskin eşitsizliklerle dolu bir dünyada vatandaşlığın yeni ekonomisini yaratmak ve güncel bir formülasyon üretmektir. Bu bağlamda topluma kimlerin hangi şartlarla vatandaşlık sıfatıyla dahil olacağı ile ilgili seçicilik kriterlerinin yeniden gözden geçirilmesi ihtiyacı doğmaktadır. Özellikle, şans eseri doğduğu devletin insan topluluğuna vatandaş statüsü ile katılmış olanlar dışında kalanların kaygı ve beklentilerine cevap vermek gerekmektedir.

Devletlerin, göç istatistiklerini, doğru sorun başlıkları etrafında toplamıyor ve/veya raporlamıyor olmasına; göçmen tanımlamalarının ülkeden ülkeye değişkenlik arz etmesine; iklim göçü, düzensiz göç ya da geri dönüş temelli göç gibi önemli konulara yeteri derinlikte odaklanılmamasına bağlı olarak uluslararası göç ile ilgili karşılaştırılabilir veriler sınırlı kalmaktadır. Buna rağmen 2020 yılında yaklaşık 281 milyon kişinin doğdukları ülkenin dışında yaşamlarını sürdürdükleri düşünülmektedir. Bu sayı, dünyadaki toplam nüfusun yalnızca yüzde 3,60'ını oluşturmasına¹ rağmen göçle ilişkili rakamların giderek büyümesi, göçmenlerin ev sahibi ülkelerdeki entegrasyon/uyumlaştırma ve kültürleşme kalıplarının değişmesi yeni tip vatandaşlıkların ve göç politikalarının tasarlanmasına yönelik gereklilikleri kurcalamaya yol açmakta; devletlerin vatandaşlığa kabul şartları ve uygulamaları, küresel yoksulların yaşama şansları ya da yaşam kaliteleri üzerinde doğrudan etki göstermektedir.

Bu çalışmada, uluslararası hareketliliğin yansımaları ile göç ve vatandaşlık bağlamında göçmenlerin vatandaşlık beklentileri hakkındaki teoriler öncül tutularak ulus-ötesi göç sürecinde bir çözüm önerisi olarak sunulan ve Ayelet Shachar²'in *jus nexi* olarak adlandırdığı vatandaşlık esası hakkında bilgi verilmesi ve görüşlerinin değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Çalışmada “göçmen” tabiri, Türk hukukundaki anlamının dışında³, uluslararası yazına uygun şekilde gönüllü ya da zorunlu uluslararası hareketin öznesi kişiler anlamında kullanılmıştır.

¹ < <https://publications.iom.int/books/global-migration-indicators-2021> > ET: 15.03.2022.

² Ayelet Shachar, göç ve vatandaşlık hukuku, nitelikli göçmenlik, karşılaştırmalı perspektifte din ve devlet, grup hakları ve cinsiyet eşitliği, çok düzeyli yönetim rejimleri, ulus-ötesi hukuki süreçler ve çağdaş siyaset ve hukuk teorisi alanlarında çalışmalar yürütmektedir. Toronto Üniversitesinde hukuk, siyaset bilimi ve küresel ilişkiler profesörüdür. Harvard Üniversite'sinde çalışmıştır. 2020'ye kadar Max Planck Enstitüsünün Etik, Hukuk ve Politika Bölümü'nün direktörlüğünü yürütmüştür.

³ 5543 sayılı İskân Kanunu (RG: 29.09.2006/26301) m.3: göçmen, “*Türk soyundan gelen ve Türk kültürüne bağlı olup yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu hâlde Türkiye'ye gelip bu Kanun gereğince kabul olunanlardır*”.

I. GÖÇ VE VATANDAŞLIK İLİŞKİSİNİN TEMELLENDİRİLMESİ

A. YENİ ULUSLARARASI HAREKETLİLİĞİN YANSIMALARI

Uluslararası hareketlilik ya da küresel göç, yalnızca ölçek olarak değil ve fakat hareketin yapısı ve bu harekete dahil olan grupların kültürel çeşitliliği bakımından da katlanarak artmaktadır. İlerleyen senaryoda daha fazla devlet ve ulusun bu sosyal karmaşa ile başa çıkmak zorunda kalacağı hakikattir; üstelik de geçmiş tecrübelerin yetersiz kalma ihtimali de buraya dahildir⁴.

Göç, tarih boyunca farklı insan gruplarının birbirleri ile karışmasını gerektirmiş bir olay olarak nitelendirilmiştir. Ancak bugünkü görüntüye bakıldığında, çağdaş bağlamda, göçmenlerin çeşitliliğinin arttığı fark edilmektedir. Dünya savaşları sonrasında uluslararası düzeydeki insan hareketliliği, kuzey ülkeleri arasında egemenken şimdilerde hareketin ana yönü, düşük gelirli gelişmemiş ya da geliştirmekte olan ülkelere yüksek gelirli gelişmiş ülkelere doğrudur. Her yıl iki ya da üç milyon insanın, insanca yaşama umudunu sırtlanarak karanlık bir tünelden aydınlığa doğru yol aldığı tespit edilmekte; bu sayının Batı'daki nüfus artışını domine etmeye başladığı tahmin edilmektedir. Asya, Afrika ve Latin Amerika ülkelerindeki insanların küresel göçe daha fazla katılımı, özellikle OECD ülkelerine göç akışları, kültürel çeşitliliğin artmasına ve sosyal yaşam düzensizliği karmaşasına sebep olmaktadır⁵.

Yeni uluslararası hareketliliğin yansımalarını, genel olarak, ulus-ötesilik, ulus-üstülük ve küresel dağıtım adaleti biçiminde üç farklı tartışma başlığı etrafında toplamak mümkündür.

1. Ulus-ötesilik

Ulus-ötesilik, küreselleşmenin bölgesellik üzerine kurulu tüm farklılıkları kontrol etme gücünün etkisinin zayıflaması ile gün yüzüne çıkmış bir kavram olup içinde bulunduğumuz çağın yarattığı ulaşım kolaylıkları ve yeni bilgi teknolojilerinin iletişimi kesintisiz hale getirmesine bağlı olarak ihtiyacın ve insanın sınırlar arası akışını ifade etmektedir⁶. Ulus-ötesi topluluklar, kimlikleri belirli tek bir yere bağlı olmayan, yaşadıkları ülke ile anavatanları ya da başka ülkeler arasında ekonomik, politik, sosyo-kültürel bağlar kuran, geliştiren ve bunu sürekli olarak devam ettiren gruplardan oluşmaktadır. Bu bakımdan geleneksel ulus-devlet aidiyeti fikirlerine güçlü bir meydan okuma olarak tanımlanmakta; bir ulus-devlete ya da bir bölgeye aitlik söz konusu değilse bunun ne

⁴ Graeme Hugo, 'Migrants in Society: Diversity and Cohesion', (September 2005), Global Commisison On International Migration -GCIM, 1.

⁵ Hugo (n 4) 2-3.

⁶ Stephen Castles, 'The International Migration Review', (Winter 2002) 36 (4) Host Societies and the Reception of Immigrants: Institutions, Markets and Policies, 1158.

ile ilgisi vardır sorusunu gündeme getirmektedir. Tam olarak ampirik kanıtlara sahip olmadığımızdan cevaplarımız arasında boşluklar bulunsa da kendini her yerde evinde hissedenden son derece kozmopolit gruplar, küresel iş profesyonelleri ve elitler söz konusu imajı sahiplenebilirler. Ayrıca yaşadıkları yerde kendi vatanlarını yaratan zorla yerinden edilmiş *de facto* vatansızları da bu kategorinin içinde görmek mümkündür⁷.

Ulus-ötesi toplulukların hareketleri, genellikle, hükümetlerin, güçlü şirketlerin ve hükümetler arası kuruluşların baskıcı politikalarına karşın geliştirilmiş bir tepkiden kaynaklanmaktadır. Bu hareketlere eski göç yazınında diaspora denilmekte idi. Ulus-ötesi hareketlilikte özne grubun davranış karakteri, genellikle resmi olmayan ilişki ağları örmek biçiminde şekillendiğinden bu dağınık örgütlenmelerin hükümetler tarafından kontrolü zor olmaktadır. Ulus-ötesi hareketin yukarı ve aşağı önlü iki tasnifi yapılmıştır. Yukarıdan gelen ulus-ötesi hareket daha ziyade çok uluslu şirketler ve devletler tarafından yapılan faaliyetleri içermekte; aşağıdan gelen ulus-ötesi hareket ise önemli rolü oynayan gruplardan birisi ayrımcılık ve hak kaybına uğratan göçmenlerle onları izleyen ikinci ve üçüncü kuşaklar olarak görülmektedir⁸.

Ulus-ötesi göçmen kavramını kullanabilmek için bir bireyin iki veya daha fazla devletin sınırlarını aşarak toplumsal, ailevi, siyasal ya da dinsel örgütler geliştirmiş olması beklenmektedir. Esasen bu tanımlamadaki en önemli unsur, ulus-ötesi faaliyetin bireyin hayatının önemli bir kısmını oluşturmasıdır⁹.

Uluslararası hareketliliğin artışına bağlı olarak insanları veya kurumları birbirine zincirleyen çoklu ilgi ve etkileşimleri ifade eden ulus-ötesilik kavramının¹⁰

⁷ Castles (n 6) 1159-1160.

⁸ Nermin Abadan Unat, *Bitmeyen Göç-Konuk İşçilikten Ulus-Ötesi Yurttaşlığa*, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017) 312.

⁹ Abadan Unat (n 7) 312.

¹⁰ Ulus-ötesilik, altı farklı kavram üzerinden şekillenmektedir: 1. Sosyal morfoloji, yani sınırları aşan sosyal oluşumlar; özellikle diasporalar ve şahsi sosyal bağlantılar, 2. Farkındalık, özellikle kişilerin merkezlessiz bağlılıklarının eş zamanlı olarak "*evden uzakta ev*", "*burada ve orada*" gibi farkındalıkları çoğaltması-birden çok kimliği üstlenme bilinci, 3. Çok kültürlülük, özellikle kültürel fenomenlerin küresel medya iletişiminin de etkisiyle hızlı akışı, 4. Sermayenin küreselleşmesi, özellikle çok uluslu şirketlerden oluşan sermaye bulvarları, yöneticiler, bürokratlar, profesyonellerden oluşan ticaret ve medya seçkinlerinden oluşan devlet sınırlarından taşmış kapitalist bir sınıfın doğuşu, 5. Siyasi angajman, özellikle uluslararası sivil toplum kuruluşlarının katkısıyla artan küresel siyasi faaliyetlerin etkinliği, 6. Yer ve yerelliğin yeniden inşası, özellikle dijital teknolojinin gelişmesi ile birlikte yaşam alanlarının fiziksel ve sanal olarak ayrışması. Steven Vertovec, 'Conceiving and Researching Transnationalism', (1999) 22 (2) *Ethnic and Racial Studies*, 449-456.

göç kavramı ile bağdaştırılması¹¹, yasallık-yasa dışılık¹², geçicilik-kalıcılık¹³,

¹¹ Ulus-ötesi göç kavramı, çağımıza özgü insan hareketliliğinin doğasındaki bir ikilemden doğmuştur. Bir taraftan aidiyet ve sadakat ilişkileri bakımından coğrafi algılamaların değiştiği, diğer taraftan hukuki düzenlemeler bakımından coğrafi alanların esas alındığı bir dönemde göçmenlerin birden çok ülke ile bağlar kurmaları, sık ve sürekli şekilde etkileşim içine girmeleri göç çalışmalarında yeni bir araştırma alanı oluşturmaya başlamıştır. Anglo-sakson ve Alman akademisinde gelişen “*transnationalism*” terimi, Türkçe’ye ulus-ötesilik ya da ulus-aşırılık olarak çevrilmiştir. Derya Özkul, *Diaspora ve Ulus-Ötesi Göç, Ulus-Ötesi Göç: Uluslararası Göç Yazınında Yeni Bir Paradigma, Küreselleşme Çağında Göç-Kavramlar-Tartışmalar*, Derleyenler: S.Gülfer İhlamur Öner, N.Aslı Şirin Öner, (İletişim,2018) 483.

¹² Göçün yasa dışılığı, hareketin zorla ve düzensiz oluşundan kaynaklanmaktadır. Zorla göç, doğal ya da insan yapımı nedenlerden dolayı içerisinde yaşama ve refaha yönelik tehditleri de içeren bir zorlama unsuru bulunan göç hareketini; düzensiz göç, gönderen, transit ve kabul eden ülkelerin düzenleyici normlarının dışında gerçekleşen hareketlilikleri ifade etmektedir. Özellikle düzensiz göç konusunda açık veya genel kabul gören bir tanım bulunmamakla birlikte hedef ülkeler açısından, göç düzenlemeleri uyarınca gerekli izin veya belgelere sahip olmadan ülkeye giriş yapmak, ülkede kalmak veya çalışmak anlamına gelmektedir. Gönderen ülke açısından ise örneğin, bir kişinin geçerli bir pasaportu veya seyahat belgesi bulunmadan uluslararası bir sınırı geçmesi ya da ülkeden ayrılmak için idari koşulların yerine getirilmemesi demektir. Uluslararası Göç Örgütü, *Göç Terimleri Sözlüğü*, Editörler: Richard Perruchoud, Jillyanne Redpath Cross, (2013).26, 103.

¹³ Uluslararası göçün pek çok yönü ulusal yaklaşımlara, politikalara ve yasalara bağlıdır. Ulus devletler, egemenlik yetkileri kapsamında ülkelere kimleri kabul edeceklerini kontrol eder. Burada en kilit karar, göçmenlerin geçici mi, kalıcı mı yoksa ikisinin ortasında bir durumda mı kabul edileceğidir. Göçmenler bir sözleşme temelinde kabul edilseler ve toplumun bir üyesi olarak görülmeyerek yerleşik hale geçmelerine izin verilmeseler dahi devletlerin, uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumlulukları gereği göçmen işçilerin haklarını tanıma yükümlülükleri vardır. Örneğin Asya kıtasında doğurganlığın azalması, hızlı ekonomik büyüme ve iş gücü bölünmesi sebebiyle istihdam gereksinimini karşılayamayan artan sayıda ülke bulunmaktadır. Bu ülkelerin çoğunda göçmen işçilerin ülkeye girişlerine izin veren politikalar uygulanmaktadır; ancak göçmen kabulü ve etnik çeşitlilikle başa çıkmak için özetle 1. Göçmenlerin yerleşmelerine izin verilmemesi, 2. İstisnai durumlar dışında vatandaşlık verilmemesi, 3. Ulusal kültür ve kimlikten taviz verilmemesi politikaları uygulanmaktadır. Buna karşılık yaygın gözlem ve söylem, “*geçici göçmen kadar kalıcı bir şey yoktur*” gerçeğinden hareketle pek çok hedef ülkede geçici göçmenliğe ilişkin hukuki düzenlemelerin yeniden değerlendirilmesi gerektiğidir.

Geçici vasıfsız işçilerin kalacakları korkusu, birkaç ülkenin geçici konuk işçi ithal ederek iş gücü kıtlığı ile mücadele etmeyi seçtiği ne var ki bu grupların zamanla önemli kalıcı topluluklara dönüştüğü savaş sonrası Avrupa deneyiminden kaynaklanmaktadır. Hugo (n 4) 11-14.

Burada düşünülmesi gereken bir diğer ihtimal, yakın zamanda Suriye ve şu anda Ukrayna’da yaşanan savaş sebebiyle yapılmış geçici zorunlu göçün, kabul eden devletlerde kalıcı bir yaşamın başlangıcını oluşturup oluşturmayacağıdır. Her ne kadar modern ulaşım ve iletişim biçimleri terk edilen ülke ile gidilen ülke arasındaki mesafe farklılıklarını kapsatsa ve yıkılan şehirlerin yeniden inşa edilmesi süreci hızlansa da gönüllü geri dönüşe yönelik isteksizlik oranındaki yükseklik sebebiyle daha öncekilerden farklı çok kollu somut çözümlere ihtiyaç duyulacağı öngörülebilmektedir.

sosyal uyum¹⁴ ve uluslararası hareketliliğin öznesi göçmenlerin vatandaşlık

¹⁴ Kitlesel ve çeşitli hareketlere, göçe ve insanların taşınmasına dayanan kentleşme ve sanayileşme, bir toprağın temel olarak etnik, kültürel ve dilsel açıdan homojen bir nüfus tarafından sahiplenilebildiğini temel alan milliyetçiliğe zarar vermektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde 1890'lardan, Batı Avrupa'da ise 1960'lardan beri göç alan ülkeler ve bölgelerdeki yerli nüfusun, "yabancılar"ın kitlesel akınına karşı keskin düşmanlıklar geliştirmesi ve ırkçı tepkiler vermesi maalesef aşına kalıman bir duruma dönmüştür. Ancak yabancı düşmanlığı ve ırkçılık tedavi değil, semptomdur. Karışmamış bir ulusa dönüş hayali kuran retorik ne derse desin modern toplumlardaki etnik topluluklar ve farklı gruplar bir arada yaşamaya yazgılıdır. Zygmunt Bauman, *Kapımızdaki Yabancılar*, çev. Emre Barca, (Ayrıntı, 2021) 55. Bu bakımdan uluslararası insan hareketliliğinin yönetilmesindeki önemli araç politikalarından bir tanesini sosyal uyum başlığı altında toplanabilecek tutum ve davranışlar oluşturmaktadır. Bir tarafta ulusal kimliğin korunması ve evrimi, ulusal egemenlik, siyasi kurumlar, iş gücü ve konut piyasaları, sosyal refah, güvenlik ve eğitim gibi önemli meseleler diğer tarafta göçmenlerin bu alanlardaki ana akıma dahil edilmesi meselesi söz konusudur. Ancak sosyal uyum kolay gerçekleşmemektedir; bu süreçte çeşitli zorluk ve engellerle karşılaşmaktadır. Söz konusu duvarların aşılabilmesi için ilk defa, göçmenlerin içinde buldukları toplumun özelliklerini benimseme konusunda isteksiz olduklarına dair ev sahibi çevrenin olumsuz algılarını kırmak gerekmektedir. İkinci olarak göçmenleri sağlık, eğitim ve sosyal güvenlik sistemlerine erişimden haksız yere dışlayan politikaları değiştirmek gerekmektedir. Üçüncü olarak iş piyasalarında geçerli ve bazı işleri tutmaya yönelik olarak tanımlanmış nitelik ve deneyim gibi ayrıştırıcı unsurlar bertaraf edilmelidir. Dördüncü olarak göçmenlerin, çocuklarının ve sonraki nesillerin ikamet iznine ve vatandaşlık statüsüne erişimin önündeki hukuki engeller kaldırılmalıdır. Beşinci olarak ırkçılık ve buradan beslenen diğer her türlü tacizci davranışı önlemeye yönelik güçlü bir mücadele yürütülmelidir. Son olarak göçmenlerin kültürel ve dil haklarına, temel haklar bağlamında, saygı gösterilmelidir. Bazı ev sahibi toplumlarda bu husus kırmızı çizgiyi oluşturmakta ve devlet tarafından göçmenlerin kültürel ve dil hakları tanınmamaktadır. Mevzuya göçmenler açısından bakıldığında yaşamlarının tutarlılığı ve anlamlılığı için bu hakların taşıdığı önem; ev sahibi açısından bakıldığında ise bütünlüğün bölünmesine yönelik duyulan haklı endişe ortaya çıkmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve Avustralya gibi devletlerdeki deneyimler çok kültürlü ve çok dilli çeşitliliğin hem kültürel bakımdan zenginleştirici hem de ekonomik bakımdan faydalı olabileceğini göstermiştir. Hugo (n 4) 14-15.

Göçmenlerin sosyal uyumunu sağlayacak sistematüğün kurulması değişik biçimlerde gerçekleşebilir:

- Asimilasyon tercihi: Göçmenlerin ayırt edici dilsel, kültürel ve sosyal özelliklerinden vazgeçmelerinin ve çoğunluk nüfustan ayırt edilemez hale gelmelerinin beklendiği tek taraflı bir uyum sürecidir.
- Entegrasyon tercihi: Göçmenler ile çoğunluklu nüfusun karşılıklı etkileşimi ile karşılıklı olarak gerçekleşen bir uyum sürecidir. Asimilasyoncu yaklaşımların reddedilmesinden sonraki dönemde Avustralya, Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri bu yaklaşımı benimsemiştir.
- Dışlama tercihi: Göçmenlerin yasal olarak ve/veya gayri resmi olarak işgücü piyasası gibi toplumsal bazı alanlara dahil edildiği; buna karşılık refah sistemi, siyasi katılım ve vatandaşlık gibi alanlara dahil edilmediği terk taraflı uyum sürecidir. Almanya başta olmak üzere misafir işçi kabul eden diğer Avrupa ülkelerinde bu yaklaşım benimsenmiştir.
- Çok kültürlülük tercihi: Göçmenlerin dil, kültür, sosyal davranış vb. açılardan çoğunluk nüfustan farklı kalan etnik topluluklara dönüşmesine karşılmayan ve eşit hak paylaşımı esas alan karşılıklı uyum sürecidir. Birleşik Krallık ve Hollanda gibi devletler bu yaklaşımı



beklentileri ile buna devletler tarafından karşılık verilmesi/verilmemesi, çifte vatandaşlık-tartışmaları üzerinden şekillenmektedir.

Ulus-ötesi göçmenlerin yaşadığı göç süreci, sürekli ve aynı anda iki yerde olma durumunu açıklamış, sosyal bilimlerin genelinde var olan, araştırmalara sadece ulus-devlet odağında bakmanın ve metodolojik milliyetçiliği takiben köken (menşe) ülke/göç edilen ülke, birinci/ikinci nesil göçmen ayrımı yapmanın daraltıcı etkisini göstermiştir. Bugün artık, göçmenlerin *ne orada ne burada* ya da *hem orada hem burada* olma durumları, sosyal alanların yalnızca coğrafi alanla değil zihinsel alanlarla da ilgili olduğunu kanıtlanmıştır¹⁵.

2. Ulus-üstülük

Uluslararası hareketliliğin yansımalarından bir diğeri ulus-üstülükten doğmuş olan serbest dolaşım iznidir. Ulus-üstülük, uluslararası ilişkiler doktrinine Avrupa Birliği'nin kurulmasıyla girmiş bir kavram olup egemenliğin merkez ve çevre yapılarla paylaşılması (yetki devri) anlamına gelmektedir. Birlik bünyesinde, hukuk normlarını oy birliği yerine oy çokluğu ile belirleyen organların varlığı, bu şekilde belirlenen normların üye devletlerin ulusal hukuklarında doğrudan sonuçlar doğurması ulus-üstülük kavramının ayırıcı nitelikleri olarak kabul edilmektedir. Avrupa Birliği'ne yeni bir kimlik veren Maastricht Antlaşması, Birliğin ulus-üstü niteliğini sözde olmasa da özde daha da güçlendirmiştir¹⁶. Antlaşmanın "Birlik Vatandaşlığı" taşıyan ikinci bölümünün 8.ve 8a maddeleri uyarınca bir üye devletin vatandaşlığında olan herkes, Birlik vatandaşıdır. Bütün Birlik vatandaşları, Antlaşma'da ve uygulanması ile ilgili olarak vücuda getirilen düzenlemelerde öngörülen sınırlamalar ve koşullar saklı kalmak kaydı ile üye devletlerin toprakları üzerinde serbestçe dolaşmak ve ikamet etmek hakkına sahiptir. Birlik vatandaşı olmayanlar bakımından ise koşullar daha keskin şekilde tanımlanmaktadır.

Avrupa Birliği kurumlarının hükümetler arası düzeyde kapsamlı bir göç ve sığınma politikasına sahip olması dileklerine rağmen göçmenlerin ve sığınmacıların yasal ve kurumsal koşulları üye ülkeler arasında belirgin farklılıklar göstermektedir¹⁷. Buna karşılık ortak bir sığınma sistemi yaratmaya doğru atılmış önemli adımlardan biri olarak üçüncü ülke vatandaşlarının ve vatan-

belirli sınırlamalar ile benimsemişken Kanada ve Avustralya genel olarak çok kültürlü politikalara sahip uluslara örnek olarak kabul edilmektedir. Castles (n 6) 1154-1157.

¹⁵ Özkul (n 9) 494-495.

¹⁶ Haluk Günüğür, *Avrupa Birliği Hukukunun Uluslarüstü (Supranasyonal) Niteliği, Hukuki, Siyasi ve İktisadi Yönleriyle Avrupa Bütünleşmesinde Son Gelişmeler ve Türkiye-AB İlişkileri, ATAUM 30.Yıl Armağanı*, Derleyenler Sanem Baykal, Sinem Akgül Açıkmeşe, Belgin Akçay, Çağrı Erhan (2018) 108, 117.

¹⁷ Seyla Benhabib, *Ötekilerin Hakları-Yabancılar, Yerliler, Vatandaşlar*, çev. Berna Akkıyal (İletişim, 2018) 158-161.

sızların, mülteci¹⁸ ya da uluslararası koruma ihtiyacı bulunan kişi olarak kabul edilmesine yönelik yeni usuller hakkında asgari standartlar geliştirilebilmesi bağlamında 1999 Tampere Zirvesi'nde¹⁹ alınan kararlar sonrasında Dublin Sözleşmesi kabul edilmiş, daha sonra bu Sözleşme, Tüzük²⁰ haline getirilmiştir²¹.

Aktüel durumda Birlik ülkelerine kabul politikaları giderek sertleşirken; birlik vatandaşlığı süreci, zaten Birlik içinde bulunan ve burada yaşayan yabancılar yönünden, yabancı ve üçüncü ülke vatandaşı olanlarla yabancı ve fakat Birlik üyesi kimliği taşıyanlar arasında ayrılıklara yol açmakta; Birlik vatandaşlığının çözülüş sürecine girdiği değerlendirilmektedir²².

3. Küresel Dağıtım Adaleti

Uluslararası hareketliliğin bir diğer yansıması küresel dağıtım adaleti olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu söylemde göç hareketinin ilkesel temellerinin ekonomik olduğu ve sınırlar arası hareketlerin küresel ölçekte ağırlıklı olarak karşılıklı ekonomik bağımlılıklar ekseninde görülmesi gerektiği ifade edilmektedir. Karşılıklı bağımlılıklar kimi egemen devletleri itici güç kimi egemen devletleri ise çekici güç

¹⁸ Avrupa Birliğinde özellikle mülteci hukuku bakımından, ulus-ötesi kavramı kullanılmaktadır. Çünkü mülteciliğe ilişkin davalar bakımından yetkili bir uluslararası mahkeme bulunmamaktadır; konu üye devletlerin 1951 Tarihli Sözleşmeyi yorumlamasına bağlı kalmaktadır. Bu da ulus-ötesi yargısal bir yol aramak imkânı sağlamaktadır. Işıl Özkan, *Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk* (On İki Levha, 2021) 186.

¹⁹ İlk kez bir Avrupa Birliği Zirvesinde, sığınma temel konu olarak ele alınmış ve burada sığınma aramanın kesin bir hak olduğu ve sığınma ve göçten ayrı, fakat sıkı şekilde ilişkili olduğu benimsenmiştir. Işıl Özkan, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku* (Seçkin, 2013) 197.

²⁰ Özkan (n 17) 216.

²¹ Dublin II Tüzüğü, üçüncü ülke vatandaşlarının sığınma başvurularında sorumlu üye devleti belirlemek için bir öncelik sırası tayin ederek, bazı standartlar getirmektedir. Bu bağlamda, sığınma başvurusunun ilk olarak yapıldığı devletin sorumlu olması anlayışı birinci sıradaki standardı oluşturmaktadır (m.5/2). Işıl Özkan, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında Avrupa Birliği'nin Göç ve Sığınma Politikası' (2011) 1 Ankara Barosu Dergisi, 177-178.

²² Birlik vatandaşlığının çözülüş süreci birkaç aksta ilerlemektedir: 1. Hakları taşımaya mezun olma hâli artık vatandaşlık statüsüne bağlı değildir. Yasal yerleşik yabancılar insan hakları rejimine dahil edildiklerinden hem ulus-üstü hem altı mevzuatlarla korunmaktadır. 2. Kayıtlı olmayan yabancı mukimler, mülteciler ve sığınma talep edenlerin durumları yasallıkla yasa dışılık arasında karanlık bir alanda durmaktadır. Mülteciler ve sığınma hakkı isteyenler, başvuruları onaylanıncaya değin özgürce konutlarını seçme ya da çalışma hakkına sahip kılınmamaktadır. 3. Birlik ülkelerine giriş koşullarının belirlenmesinde üye devletlerin egemenliği devam etmekte, hukuk denetimi ulusal yargı organlarınca yapılmaktadır. 4. Giriş hakkının üye devletlerce belirlenmesinin bir sonucu olarak üçüncü ülkelerin vatandaşları çeşitlilik gösteren politikalara tabi olmaya devam etmektedirler. Hareket, ikamet ve istihdam hakları, Birliğin tamamını kapsamamaktadır. 5. Birlik genelinde ulusal ve kültürel kökenle, politik üyeliğin öncelikleri arasında ayırım yapıldığı görülmektedir. Benhabib (n 16) 162-164.



haline dönüştürmektedir²³. Kavramın göç ile bağdaştırılması, göç ekonomisi²⁴ ve halkların yasası²⁵ argümanları üzerinden şekillenmektedir.

- ²³ Benhabib (n 16) 81-83. İtici-çekici güç terminolojisi, müdahil fırsatlar kavramının üzerine doğmuştur. Müdahil fırsatlar, bir hedefe gerçekleşen göç hareketinin sayısının bu hedefteki fırsatların sayısı ile ters orantılı olduğunu göstermektedir. İtme-çekme modelinde ise göç, hedefteki cazip çekici etkenler ve menşe ülkedeki itici etkilerin varlığı tarafından şekillenmektedir. Buna göre demografik büyüme, düşük yaşam standartları, ekonomik fırsat eksikliği ve politik baskılar menşe ülkedeki itici faktörlere; iş gücü talebi, hazır alanın bulunması, iyi ekonomik fırsatlar ve politik özgürlükler ise çekici faktörlere örnek gösterilmektedir. Deniz Şenol Sert, *Uluslararası Göç Hareketlerinin Tarihsel ve Kuramsal Değerlendirilmesi-Uluslararası Göç Yazınında Bütünleyici Bir Kurama Doğru, Küreselleşme Çağında Göç-Kavramlar-Tartışmalar*, Derleyenler: S.Gülfer İhlamur Öner, N.Aslı Şirin Öner (İletişim, 2018) 31.
- ²⁴ Göçü ekonomik gelişmeler ve politikalarla ilişkilendiren kuramlardan bir tanesi olan Dünya Sistemleri Kuramına göre merkezdeki kapitalist ağlar, kapitalist olmayan toplumların çevre dokularına sızmaya başlayınca çevredeki nüfus göç etmeye başlar. Tıpkı kolonyal dönemde olduğu gibi bugün de hükümetler ve çok uluslu şirketler, dünya ekonomisi kapitalistlerinin üretmiş olduğu ulusal seçkinlerin iktidarını sürdürmelerine yardımcı olmaktadır. Bu bakış açısından uluslararası göç, kapitalist gelişmenin yarattığı kopma ve yer değiştirmelerin doğal sonucudur. Kapitalist yatırım, civar ülkelerinde köklerinden kopmuş, göçe hazır bir kitle meydana getirmekte, bunun neticesinde uluslararası bir hareketlilik başlamaktadır. Abadan Unat (n 7) 61-64.
- ²⁵ Küresel ölçekte bir paylaşım adaletinin içeriği hakkında “bağımlılıklar” tezini reddeden Rawls, ulusların refahlarının dışsal nedenlerden değil, içsel nedenlerden kaynaklandığını ileri sürmektedir. Ona göre her türlü politik topluluk gibi demokratik bir toplum da tamamlanmış ve kapalıdır. Kendi kendisine yeten bir sistem kurulmuş olduğu ve bu doğrultuda insan yaşamının tüm amaçlarına erişim imkânı sunduğu için tamamlanmıştır. Kapalıdır; çünkü bu topluluğa girmenin tek yolu doğum, çıkmanın yolu ise ölümdür. Bu bakımdan göç olayı, halkların yasasının bir yönü ve niteliği olarak kabul edilmemektedir. Zira göç hareketleri, birbirinden ayrı olaylardan teşekkül eder; liberal-demokratik toplumlara dahil olmanın bu toplumlardan ayrılmanın doğasına dahil değildir; ancak tali bir husustur. Göç, belli bir ahlaki bakış açısından yansız görülebilecek politik ve sosyal pratiklere terk edilebilecek bir hadise olmayıp tam tersi sınırlandırılması gereken bir hadisedir. Göçün sınırlandırılmasına yönelik gerekçedeki iki temel dayanaktan birisi, bir halkın toprağının ötekiler için ebediyen muhafaza edilemez oluşudur-burada serbest pazar ekonomisinin açık sınır politikalarıyla yaratabileceği maksimum kârlılık dahi önemli değildir; tam tersine mülkiyet kurumuna atıfta bulunmaktadır; diğeri, bir halkın politik kültürünün ve yapısal ilkelerinin korunması zorunluluğudur; çünkü göçmenler asimile edilerek toplum kurallarına uyumlu kılınabilecek ya da eğitilebilecek kişilerden değildir; aksine yabancı ve idaresi güç unsurlardır. Bu bakımdan halka varlığını sürdürme sorumluluğu verilmelidir; eğer bunu yapmamanın zararı üstlenilmezse o varlık bozulma eğilimi gösterecektir. Ancak devletlerin zor durumda bulunan toplumlara yardım etmeye yönelik bir milli görevleri mevcut olduğundan ekonomik yardım ve destekleme yoluyla ahlaki yükümlülüklerini yerine getirebilmeleri mümkündür. Habib (n 16) 99-100. Ayrıntılı bilgi için bkz. John Rawls, ‘The Law Of Peoples’ (Autumn 1993) 20 (1) Critical Inquiri, 36-68. 2021 yılında Suriye krizine müdahale için insani yardım, dayanıklılık, kalkınma faaliyetlerini desteklemek ve ev sahibi ülkelerdeki uzayan problemlerin etkilerini bertaraf edebilmek için uluslararası toplum nezdinde 3,6 milyar Avro/ 4,4 milyar ABD Doları finansman sağlanmıştır.

B. GÖÇ VE VATANDAŞLIK İLİŞKİSİNDEKİ BAKIŞ AÇILARI

Aynı topraklar üzerinde yaşayan, aralarında dil, tarih, duygu, ülkü, gelenek ve görenek birliği bulunan insan toplulukları bakımından ortak yaşam düzeninin ve kaderin kimlerle paylaşılacağı meselesi önemlidir. Bu anlamda vatandaşlık, modern devlet anlayışından daha önce doğmuş bir kavramdır çünkü vatandaşlık, esasen belirli bir insan topluluğunun, belirli bir ülkede, bir hukuk düzenine yaşaması ile başlaması ile ortaya çıkmıştır²⁶.

Ulus-devletin getirisi, demokratik vatandaşlık kavramıdır. Kişi, vatandaşlıkla birlikte hem hak sahibi olmakta hem de yasa yapma ve karar alma sürecinde aktif rol üstlenebilmektedir. Bir diğer ifade ile vatandaş, ulus-devlete ait olarak bir yandan siyasal bir topluluğun, diğer yandan kültürel açıdan ulusal bir topluluğun üyesi haline geçmektedir. Halbuki ulusun inşası süreci, genellikle etnik grupların bütünle kaynaştırılması anlamına gelmektedir²⁷.

Göç, doğal olarak, kültürel çeşitliliğe²⁸ yol açmakta; herkesin siyasal ve kültürel açıdan sadece ulus-devlete ait bulunması anlayışının işleyişi güçleşmektedir. Yani, ulusal vatandaşlıkla, bir yere bağlı olmanın sonucu olarak bahsedilen haklar ile sadece insan olma sebebiyle hak sahibi olunan küresel vatandaşlık ayrı kutuplara yerleşmektedir²⁹.

Ayrıntılı bilgi için bkz. Brussels V Conference, Responding to the Syrian Crisis EU Support <https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/pledging_statement_financial_annex_b5c_0.pdf> ET: 01.04.2022.

²⁶ Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (Filiz Kitabevi, 2021), 5.

²⁷ Abadan Unat (n 7) 339.

²⁸ Kültürel çeşitliliğin, ulusal azınlık kavramından ayrıştırılması gerektiği ifade edilmektedir. Göçmenler, başka bir topluma katılmak için kendi ulusal cemaatlerini terk etmiş kişilerdir. Onların özgünlüğü asıl olarak aile hayatlarında ve gönüllü kuruluşlarında kendini göstermekte ve kurumsal bütünleşmelerine engel oluşturmamaktadır. Göçmenler, katılmak istedikleri toplumun kamusal kurumlarında yer alır ve toplumun ana dili(leri)ni kullanırlar. Ancak teorik olarak göçmenlerin birlikte yerleştirilmeleri ve öz yönetim gücü elde etmeleri durumunda ulusal azınlık konumuna geçmeleri de mümkündür. Will Kymlicka, *Çokkültürlü Yurttaşlık*, çev. Abdullah Yılmaz (Ayrıntı, 2020) 44-47.

Kültür çeşitliliği ya da yaygın kullanılan şekli ile çok kültürlülük, çeşitli nedenlerle egemen toplumdan dışlanmış ya da kenara itilmiş etnik olmayan çok çeşitli sosyal grupları içine alacak şekilde kullanılmaktadır. Farklı ülkelerde farklı yüzlere bürünmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde çok kültürlü bir gündemin yandaşları bu terimi, sakatlar, LGBTQ üyeleri, kadınlar, işçi sınıfı, ateistler ve komünistler gibi grupların tarihsel dışlanışlarını tersine çevirme gayretlerini ifade etmek için kullanmaktadır. Kanada'da göçmenlerin önyargı ya da ayrımcılık korkusu duymaksızın etnik kimliklerini etmek için tercih edilmektedir. Avrupa'da ise genelde ulusal cemaatler arasında güçlerin paylaşımı anlamına gelmektedir. Kymlicka (n 23) 51.

²⁹ Abadan Unat (n 7) 339.



Göçmenler, ulus değildir³⁰. Ulusa dahil olabilmeleri vatandaşlığa kabul yolu ile gerçekleşmektedir. Bu dönüşüm, dahil etmeye yaslanan bütünleştirme yaklaşımları (incorporation)³¹ yolu ile gerçekleşmektedir. Ancak söz konusu yaklaşımlar izlendiğinde geçici iş göçü istihdamına yönelik politikaların neredeyse kesinlikle kalıcı yerleşime ve etnik grupların doğumuna yol açtığı; etnik grupların karakterlerinin devletin göçün ilk aşamalarında aldığı karar ve uygulamaları ile şekillendiği; göçün oluşturduğu etnik grupların kendi sosyal ağlarına, kültür ve dillerine ihtiyaçlarının hâlen devam ettiği; devletin gerçek bir bütünleştirmeyi, etkili politikaları aktif ve istikrarla uyguladığında sağlamış olacağı; bunun için topluma tam katılıma ket vuran tüm engellerin ortadan kaldırılmasına ihtiyaç bulunduğu görülmektedir³².

Göç ve vatandaşlık ilişkisinde göçmenlerin vatandaşlığa kabullerine yönelik değerlendirmeler değişiktir. Bu ilişkiyi haklar dairesinde kuran bakış açısında Marshall, vatandaşlık kavramının yön kazanımlarını, kronolojik seyirde medeni, siyasal ve sosyal haklar üzerinden açıklamaktadır. Medeni haklar, kişisel özgürlükleri, mülkiyet hakkını ve kişiye bağlı diğer hakları içermektedir; siyasal haklar, kişilerin siyasal iktidarın kullanımına katılmalarını sağlayan haklardır; sosyal haklar ise belirli bir ekonomik refah düzeyi ve toplumdan pay almaya yöneliktir. Burada önemli olan, hangi yönde gelişim gösterirse gösterebilir, vatandaşlığın vasıf eşitliği yaratabilmesidir³³. Hâli ile münferit alanlarda yaşanan gelişmeler, ancak birbirlerine etki ederek vatandaşlığın bütüncül görünümünü yaratmaktadır. Ancak, medeni, siyasi ya da sosyal alanlardaki gelişim ve bunların vatandaşlığın muhtevasına katkısı aynı düzeyde olmayabilir; dolayısıyla vatandaşlığı, vasfın

³⁰ Kymlica (n 23) 46-60.

³¹ Bütünleştirmenin ne şekilde sağlanacağı ile ilgili olarak dört model öne sürülmüştür. 1. Korporatist modelde göçmenler, devlet tarafından desteklenen yapılara gruplar hâlinde dahil edilmekte; devlet ve yerel yönetimler, göçmenlerin isteğine uygun olarak, derneklerine parasal yardımda bulunmakta, ana dil öğretimi yapan okulların kurulmasını desteklemektedir. Bu modelde merkezi otorite oldukça güçlüdür, İsveç ve Hollanda bu modeli uygulayan ülkelerdir. 2. Liberal modelde göçmenler işgücü piyasasına bireyler olarak dahil edilmektedir. Bu modelde merkezi otorite zayıf, yerel düzeydeki girişimler daha güçlüdür. İngiltere ve İsviçre bu modeli uygulayan ülkelerdir. 3. Statist modelde göçmenler devlet düzeyinde bir dizi vatandaşlık kuralına uyan bireyler olarak dahil edilmektedir. Devletçi politikalar bireyi muhatap almakla birlikte göçmen politikasının kararları yukarıdan aşağıya iletilmektedir. Fransa'da bu model uygulanmaktadır. 4. Fragmental modelde klan, aile, kilise gibi ilk ve temel gruplar egemen olduğundan göçmenler iş gücü piyasasına kısmen dahil edilmekte; sosyal hayata katılıma yönelik fırsatlar yaratılmamaktadır. Körfez ülkelerinde ve Japonya'da bu model uygulanmaktadır. Yasemin Nuhoğlu Soysal, *Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe* (The University Of Chicago Press, 1994) 36-40; Hugo (n 4) 17; Abadan Unat (n 7) 306-308.

³² Hugo (n 4) 18.

³³ Thomas Humphrey Marshall and Tom Bottomore, *Yurttaşlık ve Toplumsal Sınıflar*, çev. Ayhan Kaya (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006) 6-9.

tanımlanması yönünden birleşik, tek görünümlü kabul etmek ve fakat muhtevası yönünden bölünemez görmemek gerekmektedir³⁴.

Arendt'in bakış açısına göre haklara sahip olma hakkı³⁵, bizi birbirimizden ayıran, doğumla birlikte edindiğimiz eğreti niteliklerimizden evladır. Belli bir hedefe ulaşabilmek için uzlaşmayı, iyi geçinmeyi amaç edindiğimiz yaşamlarımızda eşitlik ancak örgütlenme yolu ile yaratılabilir. Bu bakımdan etnik bir yönetim biçimi ve mensubiyet kavramına karşılık siyasal bir düzenin kurulması; vatandaşlık hakkının *jus soli* üzerinden sağlanması gerekmektedir³⁶.

Göç ve vatandaşlık ilişkisini neden-sonuç ilgisi üzerinden açıklayan Joppke, yalnızca gelişen liberalizm merceğinden bakmanın yeterli olmadığını; göç ve vatandaşlık ilişkisinde politikayı belirleyen en az üç ilke ve güç bulunduğunu ifade etmektedir. Bunlar liberalizmin yanında neo-liberalizm ve yeni milliyetçilik anlayışlarıdır. Ancak tercihlerin değiştirilmesinin sebeplerini tam olarak çözmek de mümkün değildir. Örneğin, vatandaşlığa kabule yönelik seçicilikte kökenden liyakate geçilmesi ve yararlılık prensibinin gözetilmesi liberal mi yoksa neo-liberal midir? Ya da düşük vasıflı göçmenlerin büyük bir hızla azaltılması, alt sosyal tabakadaki vatandaşları korumak için milliyetçi itici bir gücün oyuna sokulmuş olmasından mı kaynaklanmaktadır? Bu sorulara cevap verebilmek için uyum yükünü tek taraflı olarak göçmenlere yükleyen sivil entegrasyon gereksinimlerine bakmak gerekmektedir. Joppke'ye göre göçmenlerin, asimilasyon olarak adlandırılmadan fakat ev sahibi toplumun normlarını ve değerlerini benimsenmeye zorlanmaları milliyetçi mantığın ışımasıdır. Aynı şekilde iş gücü piyasası entegrasyonunda göçmenlerin, özerk ve kendi kendilerine yeterli hâle getirilmesine odaklanmışsa neo-liberal politikanın imzası atılmıştır³⁷.

Göç ve vatandaşlık ilişkisini sosyal mensubiyet temeline yaslayan bakış açısında Carens, bir toplumda zaman içinde yaşamının kişiyi o topluma bağlayacağını; bu bağlılığın kişi(ler) lehine yasal haklar ve statüye yönelik ahlaki talepler üreteceğini ifade etmektedir. Söz konusu talebi yaratan soy ya da doğum yeri değil; mukim olmak sebebiyle gelişen kültür, kimlik, değerler ve girişilen eylemlerdir. Adalet ve demokrasi kavramları tartışılırken insanların neden ahlaki olarak vatandaşlık hakkına sahip olduklarına dair sorular sorul-

³⁴ Michael Lister, 'Marshall-ing Social and Political Citizenship: Towards A Unified Conception Of Citizenship' (2005) 40(4) Government and Opposition, 474-475.

³⁵ Haklara sahip olma hakkı, her insanın ve tüm insanların ulusal vatandaşlıklarından bağımsız olarak evrensel bireylik statüsünün kabulü anlamına gelmektedir. Hannah Arendt, *Totalitarizmin Kaynakları-2: Emperyalizm*, çev. Bahadır Sina Şener, Seçme Eserler 4 (İletişim Yayınları, 2021) 304.

³⁶ Arendt (n 30) 312.

³⁷ Christian Joppke, *Neoliberal Nationalism-Immigration and The Rise Of The Populist Right* (Cambridge University Press, 2021) 66-68.

mamasının sebebi vatandaşlığın arka planında hemşerilik gibi basit bir varsayımın yer alması yatmaktadır. Ancak resmin içine göçmenler dahil edildiğinde ahlaki iddiaların temeli hakkındaki sorulardan kaçmak artık mümkün değildir. Bu bakımdan neredeyse her ahlaki vatandaşlık iddiası sosyal mensubiyetle ilgili gerçeklere ve beklentilere dayanmaktadır. Bu, göçmenlerin çocukları için olduğu kadar vatandaşların gelecek nesilleri bakımından da geçerli bir durumdur. Dolayısıyla sosyal mensubiyetin, normatif olarak vatandaşlıktan önce geldiği çıkarımında bulunulabilmektedir³⁸.

Göç ve vatandaşlık ilişkisini politik katılım ve oy hakkı üzerinden değerlendiren Bauböck, demokratik meşruiyete ulaşmak için vatandaş olarak kimlerin seçileceği sorusunun kendisinin demokratik bir kararla cevaplanamayacağı; bu sebeple karar alma süreçlerine katılım ve temsil yönünden başka bir içerme kriterine ihtiyaç duyulduğu fikrinden yola çıkmaktadır. Uzun süreli yerleşik yabancıların, siyasi otoritenin cebri gücüne tabi olmaları (all subjected to political coercion) sebebiyle vatandaşlık talebinde bulunabilmeleri gerektiğinden bu gereksinimi karşılayabilecek bir paydaş vatandaşlığı (stakeholder citizenship) önermektedir. Bauböck'e göre bu kişiler, gelişim ve refahları ile doğru orantılı olduğu için, belirli bir yönetim biçimine dahil olma iddiasında bulunabilecek paya sahiptirler. Bir diğer ifade ile onların da kendi refahları, temel hak ve özgürlüklerden yararlanmaları için siyasi koşulları güvence altına alma hakları vardır. Paydaşlık, siyasi idare sürecinde demokratik öz yönetim sürekliliğinin ve istikrarının devam ettirilmesindeki ortak çıkara dayanmaktadır. Paydaşlık prensibi, siyasi kararlardan etkilenebilecek çok çeşitli menfaatlardan vatandaşlık iddiası türetmek yerine, vatandaşlık statüsünün kendisine ve bu statüye bağlı temel haklara olan ilgilere odaklanmaktadır³⁹.

³⁸ Sosyal mensubiyet argümanı, göçmenlik etiğine ilişkin soruları ele alırken bazı yönlerden sınırlar da koymaktadır. İlk olarak, bu bakış açısı esas olarak halihazırda mevcut olan insanlarla ilgilidir. İkincisi, konunun sadece vatandaşlığın yasal statüsüne erişim ve vatandaşların normalde sahip oldukları yasal haklarla ilgili tutulmasıdır. Üçüncüsü, sosyal mensubiyetten kaynaklanan ahlaki iddiaların, demokratik devletlerin kendi yetki alanları içindeki herkesin temel insan haklarını korumaya yönelik sorumlulukları bulunduğu ve karşılıklılık, orantılılık, rasyonellik ve adalet vb. normlarla devletlerin kontrole tabi olduğu gibi en az iki başka düşünceyle daha desteklenmesi gerektiğidir. Son olarak, bu argüman bir tavan değil bir zemin teorisi içermektedir; vatandaşlığın başka gerekçelerle yüklenilmesini yasaklamamaktadır.

Burada anahtar yaygın unsur, ikametir ve önemli olan sosyal mensubiyet iddiasının saygıyla karşılanmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Joseph H. Carens, *The Ethics of Immigration* (Oxford University Press, 2013) 159-168.

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Rainer Bauböck, 'Global Justice, Freedom of Movement and Democratic Citizenship' (2009) 50(1) *European Journal Of Sociology*, 16-27.

C. VATANDAŞLIĞIN ÇÖKÜŞÜ EKOLÜ

Vatandaşlığın çöküşü ekolüne göre uluslararası insan hakları normlarının yükselmesi ve kozmopolitik ayrışma tavırlarının yayılması ile ulus-devlet sistemi zayıflamış ve vatandaşlık kavramı değer kaybına uğramıştır. Ancak vatandaşlığın çöküşünün, küresel olduğu kadar yerel sebepleri de bulunmaktadır. Göç ve geçirgen sınırlardan ziyade, sermaye, finans ve iş gücü piyasalarının küreselleşmesi, hisse senedi ve tahvil hareketlerinin kontrol edilememesi, geniş tabanlı ve ideolojik olarak birbirinden farksız partiler, kitle iletişim politikalarının yükselişi, yerel oyların ve kampanyaların gücünün azalması gibi ulusal politik kurumları zayıflatan girdaplar çöküşün nedenleri olarak sıralanabilmektedir. Bu genel tablonun sorumluluğunu ise tek başına göçmenlere, mültecilere ya da sığınmacılara yüklemek adil görünmemektedir⁴⁰.

Vatandaşlığın çöküşü ekolü, demokratik kimliğin hem etno-kültürel biraradalık biçiminde görülen hem de göçle ilgilenen liberal demokrasiler içindeki tartışmanın bölücülüğünü en aza indiren, yoksullaştırılmış bir modelinden referans almaktadır. Makbul vatandaşlık statüsünün tek bir yönüne, yani dil ve kültürel mirasa odaklanarak, politik hakların ve kültürel kimliklerin ortaya çıktığı kurumsal sahalar hesaba katılmamaktadır. Burada hukukun üstünlüğü, canlı bir siyasal kültür ve etkin vatandaşlık gibi tüm toplumlar için eşit derecede önemi olan ve küresel göçler tarafından tehdit edildiği düşünülen değerler ön plana çıkarılmakta; kendi kendilerini yöneten toplulukların sınırlarını koruma ve tanımlama isteğine yönelik kolektif iradelerine saygı duyulmaktadır⁴¹.

II. VATANDAŞLIĞIN ULUS-ÖTESİ FORMÜLASYONU: JUS NEXİ ESASI

1987'de Joseph Carens'in, vatandaşlığı, "feodal ayrıcalığın modern eş değeri olarak kişinin yaşam standardını büyük ölçüde artıran ve miras alınan bir statü" olarak tanımlamasının ardından yirmi yıl sonra Ayalet Shachar, betimleyici-kalıplaştırılmış bir vatandaşlık statüsünün nesiller arası aktarımının, Orta Çağ'daki vatandaşlık-mülkiyet ilişkisi üzerinden düşünsel bir ilgi kurarak⁴², haksızlığı dile getirmiştir⁴³. Bu adaletsizliği telafi etmek için Shachar, bir tür küresel doğum hakkı vergisi kurgulamakta; *jus sanguinis* ve *jus soli*'den farklı olarak gerçek bir sosyal özdeşleşmenin bağlantısını kurmak adına, gurbetçi vatandaşları hariç bırakarak, uzun süredir ikamet eden yerleşik yabancılardan,

⁴⁰ Habib (n 16) 125-126.

⁴¹ Habib (n 16) 124, 136-138.

⁴² Ayelet Shachar, 'Earned Citizenship: Property Lessons for Immigration Reform', (2011) 23(1) *Yale Journal Of Law & The Humanities*, 123-128.

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayelet Shachar and Ran Hirschl, 'Citizenship as Inherited Property', (2007) 35(3) *Political Theory*, 254-259.

aşamalı olarak vatandaşlığa kabul edilmelerini “*jus nexi*” olarak adlandırdığı yeni bir esas yaratarak açıklamaktadır⁴⁴.

Shachar, yer yer duygusal yer yer kışkırtıcı düşüncelerinin⁴⁵ ve kurguladığı esasın ilk takdimini, 2009 yılında yayımlanan “*The Birthright Lottery-Citizenship and Global Inequality*” başlıklı kitabında yapmıştır. İki kısımdan oluşan kitabın birinci kısmında doğum yolu ile kazanılan vatandaşlık ve küresel eşitsizlik başlığı altında vatandaşlığın yeniden kavramsallaştırılması, açık sınır tartışması ve küresel yeniden dağıtım ihtiyacı; ikinci kısmında ise aşırı dahil etme, eksik dahil etme ve demokratik meşruiyet gibi devlet içi sorunlar üzerinden, küreselden yerele bir geçişle, bunların mevcut doğuştan gelen vatandaşlık rejimi ile bağlantıları dile getirilmekte; devlete aidiyeti tanımlanırken doğuma güvenmenin eksiklikleri tartışılmaktadır. Bunu, doğum ve siyasi üyelik arasındaki bağlantının korunmasını destekleyen normatif savunmaların eleştirel bir değerlendirmesi ve vatandaşlığa erişimi tanımlamak için alternatif bir çerçevenin geliştirilmesi izlenmektedir; altıncı bölümde *jus nexi* esası anlatılmaktadır.

A. ÖN DÜŞÜNCE

1. Küresel Eşitsizlik ve Yeniden Dağıtım İhtiyacı

Bir kısım insanın yaşam standardı gün geçtikçe iyileşirken diğer bir kısım insan ise içmek içi su bulamamaktadır. Son elli yıldır refah seviyesi sürekli artan dünyamızda yoksulluğun halen ciddi bir sorun oluşturması, büyümeden elde edilen kârların toplumlar arasında adaletsiz şekilde paylaşılmasından, kaynaklanmaktadır. Bir diğer ifade ile yoksulluk, gelir eşitsizliğinden doğmaktadır. Gelir eşitsizliği, genellikle bir devletin vatandaşları arasındaki farklılıklara işaret etmekle birlikte küresel veya bölgesel boyutlarda da ifade edilmektedir. Bu noktada eşitsizlikle yoksulluk arasındaki farka dikkat edilmelidir. Eşitsizlik, insanların hayat ölçünleri arasındaki ayrımı ortaya koyarken yoksulluk, insani koşulların altında yaşamak zorunda kalanları göstermektedir⁴⁶.

⁴⁴ Patrick Weil, ‘From Conditional To Secured and Sovereign: The New Strategic Link Between The Citizen and The Nation- State In A Globalized World’ (2011) 9, International Journal Of Constitutional Law, 623.

⁴⁵ Kitabın önsözünde Shachar çalışmasını ironik ve ikonoklastik olarak tanımlamaktadır. Bu çalışmayı yaptığı sırada bebek beklediğini; bir göçmen ve vatandaşlık konusunda çalışmalar yürüten bir akademisyen olarak oğlunun doğumunu beklerken sadece orada doğması sebebiyle otomatik olarak yükleneceği Kanada vatandaşlığı üzerine düşündüğünü ve hiçbir çocuğun dışarıda bırakılmaması yönündeki inancını ifade etmektedir.

⁴⁶ Eşitsizlik sadece gelirin adaletsiz paylaşılmasından ibaret değildir. Servetin adaletsiz paylaşılması, sağlık ve eğitim hizmetlerine erişim imkânlarındaki farklılıklar, bölgeye, ırka, dine, cinsiyete dayalı ayrımcılıklar da eşitsizlik kavramının bileşenlerini oluşturmaktadır. İNSAMER, Küresel Adaletsizlik-Dünya Yoksulluk ve Eşitsizlik Raporu, Ekim, 2016, 2. <<https://www.insamer.com/tr/uploads/pdf/rapor-kuresel-adaletsizlik-dunya-yoksulluk-ve-esitsizlik-raporu.pdf>>ET: 01.04.2022.

Bugün var olan küresel eşitsizlikler, 20.yüzyılın başlarında Batı emperyalizminin zirvesinde olduğu kadar büyüktür. Gerçekten de dünya nüfusunun en yoksul yarısının şu anda elde ettiği gelir payı, Batılı ülkeler ve onların kolonileri arasındaki büyük ayrılıktan önce, 1820'de elde dilenin yaklaşık yarısıdır. Bir başka ifade ile 19.yüzyılın ortaları ile 20.yüzyılın ortaları arasında dünya üretiminin çok eşitsiz örgütlenmesinden miras kalan küresel ekonomik eşitsizlikleri geri almak için halen kat edilmesi gereken oldukça uzun bir yol bulunmaktadır⁴⁷.

Gelişmiş bir ülkede doğdukları için talihli olanların, bu avantaja sahip olmadan doğanları/doğacakları anlamaları ya da takdir etmeleri zordur. Ancak küresel istatistikler de ortadır. En yoksul ülkelerde doğan çocukların beş yaşından önce ölme olasılığı beş kat daha fazladır. Hayatta kalanların ise büyük ihtimalle temiz su ve barınma gibi temel geçim hizmetlerine erişimleri zor olacaktır; zengin ülkelerdeki çocuklara göre on kat kötü besleneceklerdir. Birçoğu temel eğitime erişemeyecektir. İnsan hakları ihlallerine maruz ya da tanık olma olasılıkları ve acı çekme ihtimalleri de önemli ölçüde artacaktır. Doğuştan gelen vatandaşlık statüsüne bağlanan bu eşitsizlikler, bireysel kusur meselesi değildir. Böyle bir dünyada egemen bir devlete aidiyeti sağlayan vatandaşlık yasaları, temel sosyal koşulların ve yaşam olanaklarının küresel ölçüde dağılımında önemli rol oynamaktadır⁴⁸.

Jus sanguinis ve *jus soli* vatandaşlığı gerçek ve etkili şekilde yaratmayan, sadece belirli sayıdaki kişiyi kapsayacak esaslarıdır. Dolayısıyla bu esaslardan biri ile, özellikle varlıklı bir devletin vatandaşlığını yüklenememiş diğer herkes yönünden bir dahil etme ya da hariç bırakma ikilemi ile karşı karşıya kalınmaktadır. Mevcut vatandaşlık yasaları, otomatik katılım tahsis edilmesi

⁴⁷ Küresel eşitsizlikleri anlamamanın bir yolu, hükümetlerin net serveti ile özel sektörün net serveti arasındaki farka odaklanmaktır. Son kırk yılda ülkeler önemli ölçüde zenginleşirken hükümetleri aynı ölçüde fakirleşmiştir. Zengin ülkelerde kamu aktörlerinin elindeki servetin payı sifıra yakın veya negatiftir; yani servetin tamamı özel sektör aktörlerinin ellerindedir. Bu eğilim, hükümetleri gayri safi yurt içi hasıllarının %10-20'si kadarını Covid krizi süresince özel sektörden aldıkları borçlar ile daha da büyümüştür. Hükümetlerin halihazırdaki düşük servetleri, devletlerin gelecekte eşitsizliğin üstesinden gelme kapasitelerinin yanı sıra iklim değişikliği gibi 21.yüzyılın temel zorlukları için önemli etkilere sahiptir. Ayrıntılı bilgi için bkz. World Inequality Report 2022.

<https://wir2022.wid.world/www-site/uploads/2022/03/0098-21_WIL_RIM_RAPPORT_A4.pdf> ET: 01.04.2022.

⁴⁸ Shachar bu konuda amacının bu türden fırsat eşitsizliklerinin ahlaki yönden rahatsız edici şeklindeki tanıdık söylemi zorlamak olmadığını; tam tersine siyasi aidiyet bağının aktarımında genellikle ihmal edilen bir bakış açısına odaklanarak mevcut yasal rejimlerin sahip olduğu güce dikkat çekmektir. Doğuştan elde edilen vatandaşlık statüsü ile bir ülkenin siyasi geleceğini belirleme hakkının yaratılmış olmasına yönelik doğal kabulün apolitik olduğu tezini istikrarsızlaştırmak istediğini belirtmektedir. Ayelet Shachar, *The Birthright Lottery-Citizenship and Global Inequality* (Harvard University Press, 2009) 3.

in için tek kriter olarak doğum olayına odaklanarak, bu atamanın apolitik bir sınırlama tercihindense başka bir şey olmadığı fikrine katkıda bulunmaktadır. Ne var ki pratikte, doğum yolu ile vatandaşlık yüklemeye dayalı kurallar, topluma kimlerin dahil edilebileceğini sınırlamaktan çok daha fazlasını yapmaktadır. Tıpkı mülkiyet rejimleri gibi, hak sahibi olarak tanımlananlara ayrılmış belirli kaynaklara, faydalara, korumalara, karar verme süreçlerine fırsat yaratan kurumlara erişimi de tanımlamaktadır⁴⁹.

Muazzam eşitsizliklerin damgasını vurduğu bir dünyada yaşadığımız düşünülürse sınırlı sayıdaki avantajlı vatandaşın, sahip oldukları imtiyazları sürdürmeleri, aynı imtiyaza sahip olmayanlar bakımından doğan haksız sonuçları hafifletme yükümlülüğü altında bulduklarının kabulüne bağlıdır. Shachar, bu yükümlülüğün yerine getirilebilmesi için iki ana olasılığı tartışmaktadır: 1) insanların serbest dolaşımının önündeki engelleri kaldırmak⁵⁰ veya yargı sınırlarını yeniden belirleyerek vatandaşlık unvanlarının başka biçimde tahsisine odaklanmak 2) vatandaşlığın doğum yolu ile aktarımına ve bunun serveti koruyan önemli sonuçlarına kısıtlamalar getirerek fırsatı yeniden dağıtmak. Böylece sağlık, eğitim gibi geçim hizmetlerini finanse etmek için istikrarlı bir ulus-ötesi temel oluşturmanın katma değeri ile varlıklı yönetimlerin mirasçılarının otomatik kazanımları kısıtlanabilecektir. Birincisinin büyük ölçüde yapı-

⁴⁹ Shachar (n 43) 7-8.

⁵⁰ Açık sınır vizyonunun destekçileri, serbest piyasa savunucuları ile ahlaki eşitlikçilerdir. Küresel refah perspektifinden haberdar olan serbest piyasacılar için kısıtlayıcı göçmenlik politikaları, kaldırılması gereken bir çeşit tarife veya korumacılar olarak görülmektedir. Buradaki ana şikâyet, verimlilik odaklı bir bakış açısından, ihtiyaç fazlası insanların fakir ülkelerden zengin ülkelere transferinin teşvik edilmesidir. Teorik olarak böyle bir uluslararası hareketlilik, artan rekabet, uzmanlaşma ve ölçek ekonomileri yolu ile gönderme ve alma alanları arasındaki ücretlerde ve fırsatlarda yakınsamayı teşvik edecektir. Kişilerin uluslararası hareketliliği burada dünya çapında artan toplam refah seviyeleri ve temel bir üretim faktörü olarak ele alınmaktadır; genellikle malların, hizmetlerin ve sermayenin sınırlar arasında serbest dolaşımın önündeki engellerin azaltılmasını savunarak birleştirmektedir. Bu hesaba göre küresel göç baskılarının ancak taşımanın marjinal getirisinin kişinin ikamet ettiği ülkede kalmasından daha büyük olmadığı durumlarda azalacağı tahmin edilmektedir. Ahlaki eşitlikçilerin açık sınırlarının lehindeki görüşleri, verimlilik kazanımlarını vurgulamak yerine birbiriyle ilişkili üç önermeye dayanmaktadır: eşitlikçilik-evrenselcilik ve tarafsızlık. Bu ilkelerin birleşik etkileri, her kişinin doğasında bulunan ahlaki değer ve tarafsızlık kaygısı, açık sınır politikalarının savunucularını bireylere uluslararası sınırlar arasında sınırsız hareket özgürlüğü verilmesini talep etmeye yönlendirmektedir. Hareket özgürlüğünün dayanağı, bunun temel bir insan hakkı olmasıdır. Eşitlik argümanının dayanağı ise açık sınır politikalarının bireyleri vatandaşlıklarını değiştirme olasılıklarına izin verecek veya en azından artıracak arka plan koşullarını sağlayarak yoksulluğu azaltmak için dolaylı bir araç olarak hizmet etmesidir. Joseph H. Carens, 'Aliens and Citizens: The Case for Open Borders' (Spring 1987) 49(2) The Review of Politics, 255-26; Michael Veit Bader, Practical Philosophy and First Admission, *SAIS Review*, Winter-Spring 2000, 20(1), 39-59.

sal eksiklikler⁵¹ nedeniyle gerçekleşme ihtimalinin uzaklığı sebebiyle Shachar, fırsatların yeniden dağıtılmasına odaklanmak gerektiğini belirtmektedir⁵².

2. Doğum Hakkı İmtiyaz Vergisi

Shachar'ın önerdiği yeniden dağıtım sisteminin yapı taşı, sürekli ve sınırsız vatandaşlık aktarımı ile mücadele edilmesine duyduğu inançtır. Doğum yolu ile elde edilen vatandaşlık statülerinin otomatik transferi, yasal müdahaleye davet çıkarmakta ve ahlaki açıdan zayıf bir halka oluşturmaktadır. Siyasi üyelik kavramlarını önemsizleştirmenin veya sınırları yenilenmiş bir güçle tekrardan inşa etmenin aşırı uçlarını düşünmek yerine, doğuştan gelen vatandaşlık ile gerçek yaşam fırsatlarının eşitsizliği arasındaki korelasyonu azaltmanın farklı yollarını, yaratıcı bir şekilde, aramak daha doğrudur. Bu sebeple, bazılarınca doğuştan ve zahmetsizce sahip olunan birikimden herkesin, ihtiyaç duyulan her yerde yararlanabilmesi için, sabit bir gelir kaynağı yaratılmalı; böylece daha geniş kapsamlı bir çözüm sağlanarak nerede doğarlarsa doğsunlar tüm insanların durumunu iyileştirmeli; en azından belirli asgari standartlar garanti edilmelidir⁵³.

Buradaki fikir, varlıklı bir devlette doğmak sebebiyle yüklenen vatandaşlığın getireceği imtiyazdan vergi yolu ile gelir elde edilmesi; elde edilen gelirlerin doğum ve vatandaşlık koşulları arasında kurulan yasal bağlantıdan olumsuz olarak en çok etkilenen çocukların yaşam koşullarını düzeltmek için tasarlanmış özel projelere tahsis edilmesi; örneğin hiçbir çocuğun temiz su, gıda, barınma, eğitim ve sağlık gibi temel ihtiyaçlara erişiminden yoksun kalmasını sağlama görevi ile dünya çapında bir güvenlik ağı oluşturmak için kullanılmalıdır.

Söz konusu yeniden dağıtım çaresi “*doğum hakkı imtiyaz vergisi*” (birthright privilege levy) olarak adlandırılmıştır. Doğum hakkı imtiyaz vergisi kur-

⁵¹ Sınırlar üzerindeki kontrolün ve göçün düzenlenmesi, dahil etme ile dışlama arasındaki çizginin sürekli olarak insanın sahip olduğu eylem kapasitesi ve yasal kategoriler arasındaki etkileşim tarafından belirlenmektedir. Ayelet Shachar, 'Introduction: Citizenship and the Right to Have Rights', (2014) 18(2) Citizenship Studies, 115-117.

⁵² Shachar (n 43) 71. Yeniden dağıtım için göçmen sermayesi, göçmenlerin, kazançlarını menşee ülkelerine, hükümet ya da uluslararası kuruluşlar aracılığı ile değil de doğrudan aktarmaları sebebiyle önemlidir. Bu fon enjeksiyonunun tam kapsamı ve önemini anlamak için, bu havalelerin neredeyse doğrudan yabancı yatırım kadar büyük ve zengin ulusların resmi dış yardım toplamının iki katından daha fazla olduğu gerçeğine bakılması ve gelişmenin teşvik edilmesi lüzumu bulunmaktadır. İlaveten göçmen sermayesinin güçlü bir kendi kendine yardım aracı ve tamamen göçmenlerin ya da ailelerinin kendi çabası olduğu unutulmamalıdır. Shachar (n 43) 76. Uluslararası işçi dövizleri, tahmin edilen rakam itibarıyla 128 milyar ABD Dolarından 702 milyar ABD Dolarına yükselerek uluslararası göç ve bu bağlamda oluşan kalkınmanın itici göçü olarak giderek daha fazla önem kazanmaktadır. IOM World Migration Report 2022, s.10, 39-44. < <https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2022> >ET: 15.04.2022.

⁵³ Shachar (n 43) 86-87.

gusunun arka plânını, doğum yolu ile edinilen vatandaşlık statüsü ile miras teorisindeki temel anlayışlar arasındaki paralellik oluşturmaktadır. Zengin bir devletin vatandaşlık statüsünü, miras alınan karmaşık bir iyelik biçiminde kavramsallaştırdığımızda, kalıtsal vatandaşlığın dağıtımcı etkileri daha çabuk görünür hale gelmektedir⁵⁴.

Adalet ve mülkiyet teorileri incelendiğinde mülkiyetin ilk iktisabı ile miras yolu ile devri arasında uygun bir ayırım olduğu görülmektedir. Üstelik, ikincisine, birincisinden çok daha kapsamlı kısıtlamalar getirilebileceği fikri de yaygın olarak paylaşılmaktadır; çünkü miras, mülk edinmenin çaba, liyakat, verimliliğe göre dağıtım, ihtiyaç gibi temel dayanakları ile uyuşmamakta; kaynakların dağılımında verimsizliğe yol açmaktadır. Bir diğer ifade ile miras, kontrol edemeyeceğimiz genetik durumdan ya da doğuştan gelen bir yetenekten ziyade insan yapımı bir yasal yetkilendirme ve devam ettirme rejimidir. Bu cepheden vatandaşlık ilgisi kurulduğunda doğuma bağlanmış ve önceden belirlenmiş koşullar nedeniyle özgürlüğü sınırlananlar için fırsat eşitliği ilkesi ihlal edilmektedir. Bir diğer ifade ile kalıtsal vatandaşlık, güç ve servetin, bu statüyü devralan kişilerin elinde dengesiz şekilde yoğunlaşmasına yol açarken diğerlerinin bu sisteme girmesini veya adil ve açık şartlarda faydalarından yararlanmasını engellemektedir⁵⁵.

Mülkiyet-vatandaşlık benzeştirmesindeki kısıtlayıcı miras yaklaşımı⁵⁶, mensubiyet talepleri reddedilenlerin temel beklentilerinin yerine getirilmesini sağlamakta; adaletsiz bir aktarım sistemini meşrulaştırmak için eşik görevi üstlenerek vatandaşlığın mülkiyet benzeri boyutunu yeniden yazmak için bir argüman sunmaktadır. Shachar, özellikle iki temel kısıtlamadan bahsetmektedir: 1) herhangi bir kişinin hediye veya miras yolu ile edinebileceği meblağın ılımlı bir bağımsızlık oluşturmaya yetecek miktarda sınırlanması 2) belirli bir asgari düzeyin üstündeki tüm miraslar üzerinde mülkiyetin kaçırılmasına (muzavaa) yol açmadan, en yüksek geliri sağlayacak şekilde artan oranlı bir vergi

⁵⁴ Shachar (n 43) 86.

⁵⁵ Shachar (n 43) 88-89.

⁵⁶ Shachar, bu yaklaşımı geliştirirken 20.yy başlarında Eugenio Rignano tarafından nesiller arası servet transferine bağlı eşitsizliği azaltma çabasının bir parçası olarak ileri sürülen “kuşaklar arası hak sahipliğinin azaltılması” kavramından faydalandığını ifade etmektedir. Rignano, bireyleri çalışmaya ve tasarruf etmeye motive eden teşvikleri yok etmeden mirası kısıtlamanın yolunu, miras bırakılacak mülkün kökenine veya yaşına göre ayırt etmek biçiminde göstermektedir. Onun şemasının özeti, bir kişinin yaşamı boyunca yarattığı veya tasarruf ettiği mülk ile miras kalan mülk arasında ayırım yapmaktır. Bu, bir kişinin yaşamı boyunca yarattığı veya tasarruf ettiği mülk ile (0 transfer) o kişinin önceki neslinin çalışması ve tasarrufu ile gelen mülk (1.transfer) ve başkalarından gelen mirası miras alanlar yani kendileri menşe ülke dışında doğmuş ebeveynlerinden doğan çocuklar için (2.transfer) arasında ayırım yapılmasını gerektirmektedir. Rignano ilkesi uyarınca, devir sayısı ne kadar yüksekse varisin hakkının o kadar zayıf olacağı öngörülmektedir. Shachar (n 43) 92.

belirlenmesi. Bunların kalıtsal vatandaşlık alanına uygulamasının tam anlamı ile dünyamızı değiştireceğini coşkulu bir şekilde dile getirmektedir⁵⁷.

Tam da bu noktada, bir öngöründen mi yoksa hayalden mi bahsedildiği düşünülebilecekken, doğum hakkı imtiyaz vergisinin, ahlaki bir taahhütten öte, bağlayıcı bir yükümlülük olarak tasarlandığı anlaşılmaktadır. Oluşabilecek tereddüt, *bir politika aracı olarak servetin bir nesilden diğerine aktarıldığı anda üzerine vergi koymak, her zaman ilerlemeyi artırmak için kullanılmıştır* şeklindeki somut bir hukuki-politik yanıtla giderilmektedir⁵⁸. Vatandaşlık bağlamında bu vergilendirme, zengin bir devletin vatandaşlığının doğum yolu ile bir varise devredildiği anda gerçekleşmektedir⁵⁹.

Doğum hakkı imtiyaz vergisi yükümlülüğü, ihtiyaç temelli, cinsiyete duyarlı, asgari gelir eşiklerinden kaynaklanacak muafiyetler bir tarafa ayrılarak varlıklı siyasi bir topluma mensup olmanın işlevselliğinden yararlanan herkeşe, tek seferlik yükletilecek bir yükümlülük olarak tanımlanmaktadır. Bunun yerine getirilmesi hususunda ise her bir devletin⁶⁰ kendi ilke ve uygulamalarına bağlı olarak bunu toplu ödeme ya da ömür boyu ödenek şeklinde belirleyebileceği ifade edilmektedir⁶¹.

Doğum hakkı imtiyaz vergisinin kurumsal tasarımının, gelir artırma ve harcama olmak üzere iki yönü bulunduğu görülmektedir. Gelir artırma, hangi devletin ne kadar ödemesi gerektiğinin belirlenmesi; harcama, toplanan gelirlerin herkese en iyi şekilde genişletilmesi için dağıtılması demektir.

İzlenecek yöntem, aşamalı olarak şu şekilde belirtilmektedir. Öncelikle, küresel akışı destekleyecek bir katkı sisteminin oluşturulması,⁶² ardından vergi-

⁵⁷ Doğuştan gelen vatandaşlığı, özel bir tür miras mülkiyeti olarak ele almak, çözüm önerilerini buna göre sıralamak önemlidir. Çoğalan servetlerin sürekli birikimini yerel alanda dağıtmak için artan veraset vergilendirmesi gibi doğuştan gelen vatandaşlığın faydalarını koruyan kısıtlamalar, sürekli güç ve refah birikiminin ardışık nesillere aktarılmasını kontrol etme ve azaltma gerekçeleri ile meşrulaşır. Geri kalanın, kamusal kullanımlara ayrılması yükümlülüğü, dar ya da geniş yorumlanabilir ve bu, siyasi sınırlar içinde ve ötesinde tekrarlanan değerlendirmeler yolu ile halledilebilir. Seçilen standart ne olursa olsun bu doğrultudaki herhangi bir kabulün mevcut yükümlülük yokluğunun kesinlikle üstüne çıkacağından şüphe yoktur. Shachar (n 43) 89-94.

⁵⁸ Shachar (n 43) 97.

⁵⁹ Shachar (n 43) 97.

⁶⁰ Devlet, bu sistemde kilit oyuncu olarak tasarlanmıştır; bu yüzden vergi yükümlülüğünün gelecekte (özellikle vatandaşlığı tanımlamak için bir dereceye kadar güç kazanmaları durumunda) ulus-üstü ya da ulus-altı kuruluşlara devredilmesi teorik olarak mümkün değildir Shachar (n 43) 104.

⁶¹ Shachar (n 43) 99.

⁶² Mesela hükümet katkısının, yıllık doğum oranına dayalı ve çocuk başına bir kerelik ödemeyi temsil eden sabit bir dolar bazıyla çarpılarak (kişi başına 1000 dolar belirlenmişse 1000 x

nin kimlerden toplanıp kimlere aktarılacağına tespit edilmesi⁶³ gerekmektedir. Burada gelişmiş ülkeler arasındaki gayri safi yurt içi hasıla ve kişi başına gelirdeki potansiyel büyük farklılıklara dikkat çekilmekte; çözüm olarak vatandaş sayısının ve doğum oranlarının saptanmasında BM İnsani Gelişme Endeksi gibi bir matristen yararlanılarak ülke sıralamalarına göre finansman oranlarının değerlendirilebileceği belirtilmektedir. Ana fikir, gelirlerin ya da katkıların ters sırada dağıtılmasıdır. Söz konusu matrise göre birinci sırada yer alan devlet, en son sırada yer alan devlete transfer etmek zorunda kalacaktır. Böylece doğuştan vatandaşlık yolu ile farklı yönetimlerde kazanılan göreceli avantaj hesaba katılarak vatandaşları, mevcut mülkiyet/vatandaşlık rejiminden en fazla yararlanan hükümetlere en ağır yükümlülüklerin yüklenmesi sağlanacaktır⁶⁴.

Zengin devletlerin küresel doğum hakkı imtiyaz vergisi dağıtım yükümlülüklerinden muaf olup olamayacakları açıklanmamış olmakla birlikte genişletilmiş göçmenlik kabul yolları işletmeleri ya da daha yoksul ülkelerden gelen göçmenler için genel giriş izinleri tahsis etmeleri durumunda vergi indirimine hak kazanabilecekleri öngörülmektedir⁶⁵.

Doğum hakkı imtiyaz vergisinin ihtiyacı olanlara somut yardım sunma potansiyelinin ötesinde, güçlü bir sembolik etkisi de bulunduğu; varlıklı devletlerdeki yararlanıcılarına miras kalan birikmiş zenginlik ve gücü kısıtlamadan kullanmaya devam edemeyecekleri sinyalini vereceği ifade edilmektedir⁶⁶.

B. ANA DÜŞÜNCE

1. Jus Nexi Vatandaşlık Esası

Jus nexi (sosyal bağlılık alakası)⁶⁷ *jus sanguinis* ve *jus soli* gibi vatandaşlığın iletildiği yöntemin temel anlamını, yani bağ (connection), birlik (union)

yıllık yeni doğan nüfus) hesaplanabileceği önerilmektedir. Shachar (n 43) 102.

⁶³ Mesela Batı Avrupa'nın tamamı, Kuzey Amerika, Avustralya, Yeni Zelanda, Japonya gibi müreffeh ve demokratik ülkelerden toplanacak, daha az ya da en az gelişmemiş bölgelere aktarılacak. Böyle bir mekanizma açıkça, zorunlu vatandaşlık mirasçılarının ayrıcalıkları için sıfır vergiye tabi oldukları statükoda bir gelişme sağlayacaktır. Shachar (n 43) 102.

⁶⁴ Shachar (n 43) 103.

⁶⁵ Shachar (n 43) 104.

⁶⁶ Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde 1916'da kabul edilen federal emlak vergisi, çok az sayıda Amerikan aile hanedanının biriktirdiği ve nesilden nesile aktardığı sarsıcı servete karşı, o sırada birçok kişi tarafından ifade edilen ahlaki öfkeye yanıt veren bir hukuk politikası olarak uygulanmıştır. Shachar (n 43) 97-98.

⁶⁷ Shachar, önsözde, başlangıçta “gerçek üyelik ilkesi” (genuine membership principle) olarak isimlendirmeyi düşündüğünü, daha sonra Latince bir tamlama seçilmesi konusunda görüş alışverişinde bulunulduğunu, akla ilk olarak *jus connexion*'un teriminin geldiğini; *jus nexi*'nin isim babasının Van Parijs olduğunu belirtmektedir. *Jus nexi*'nin, sosyal bağlılık alakası olarak literatürümüze adapte edilebileceğini düşünüyoruz.

veya bağlantı (linage) kavramlarını kapsamaktadır. Yasal olarak belirlenmiş soy ya da kurallarına güvenmekten kaynaklanan, çoğu zaman haksız etkilerin aksine, gerçek bir bağlantıyı temsil eden *jus nexi*, doğum olayına körü körüne güvenmekten ziyade, vatandaşlık ile aitlik sosyal gerçeği arasında bir ilgi kurmaktadır⁶⁸.

Shachar'ın düşüncesi, *jus nexi* vatandaşlık esasını *jus sanguinis* ve *jus soli*'yi bertaraf edecek güçte, tek bir seçicilik kriteri hâline getirilmesidir. Bir diğer ifade, aslında vatandaşlık aktarımlarının doğuştan ve otomatik gerçekleşmesinden taraftar değildir. Ancak *nexus*'un, yani sosyal bağlılık bağlarının oluşması için geçecek sürede siyasi ve hukuki aidiyetin nasıl tanımlanacağına ilişkin karmaşayı çözümleyemediği için *jus nexi*'yi, tamamlayıcı bir esas olarak tanımlamaktadır⁶⁹.

Jus nexi'nin özü bize, Uluslararası Adalet Divanı'nın 1955 tarihli Nottebohm kararından tanıdık gelmektedir. Bu kararda vatandaşlığın tanımlanmasında, karşılıklı hak ve yükümlülüklerin yanı sıra sosyal bağlılık durumuna⁷⁰, özellikle vatandaşlık talep eden kişide tezahür eden iradenin samimiyetine⁷¹ işaret edilmektedir. Burada hatırlanması gereken konu, bir yabancının vatandaşlığa sonradan kabul edildikten sonra, aynı samimi iradeyi muhafaza edip etmediğinin izlenmesinin gerekip gerekmediğidir. Özellikle çifte ya da çok vatandaşlık hâlinde, sosyal bağlılığın azaldığı ya da kalmadığı tespit edildiğinde tevcih edilen vatandaşlığın geçerliliğini yitirip yitirmeyeceği üzerine düşünülmesidir.

Shachar'ın, Nottebohm kararından yola çıkarak bir adım öteye gitmek istediği husus, bunu somutlaştırmak yani, yasaya girebilecek netlikte bir norma dönüştürmektir. Ne kadar "gerçek" saptamasında, sözleşme, evlilik, mülkiyet vb. hukuki konularda tarafların faaliyet gösterdikleri çevredeki eylemlerine, kamusal yaşama katılımlarına, diasporaları ile ilişkilerine ve etkileşimlerine, egemen dili öğrenmelerine, taahhüt, temlik ya da senet yolu ile kurdukları ilişkilerin kalıcılığına, devamlılığına ve ne kadar kanunlar ihtilafı problemi yarattığına bakılmalıdır. Dolayısıyla kişinin yaşamının ağırlık merkezinin değiştiği

⁶⁸ Shachar (n 43) 165.

⁶⁹ *Jus nexi*, iki şekilde anlaşılmaya müsaittir. İlk olarak, *jus sanguinis* ve *jus soli* esasına dayalı vatandaşlıktan uzaklaşarak gerçek ve etkili vatandaşlığa geçişi sağlayan yeni ve tek esas olarak kabul edilebilir. İkinci olarak *jus sanguinis* ve *jus soli* esasının yanında ve onları tamamlayan bir esas olarak kabul edilebilir. İlk anlayış, vatandaşlık kriterlerinin zorlayıcı şekilde karmaşıklaştırılmasına ve vatansızlığın artmasına yol açabilir; ikinci anlayış, gerçek ve etkili ilişki bağı gibi bir ilave ile daha fazla ve gerekçeli idari kararların verilmesini teşvik edebilir. Vatandaşlığa erişimin daha çekişmeli ve hatta liyakata dayalı olmasını sağlayabilir. Seyla Benhabib, 'Review:Birthright Citizenship', (2013) 63(3) Immigration and Global Poverty, The University of Toronto Law Journal, 509.

⁷⁰ Erdoğan Göger, 'Devletler Hususi Hukukunun Mahiyeti', (1970) 27(3-4), AÜHFD, 189.

⁷¹ İlhan Unat, *Nottebohm Kararı ve Tabiiyetin Gerçekliği İlkesi* (Sevinç, Matbaası, 1966) 72-74.

bu süreç, *jus nexi* esasının çekirdeğidir ve gerçek bağların, hukuken tanınmayı hak ettiği fikrine dayanak oluşturmaktadır⁷².

Yaşamlarının büyük bölümünü doğdukları ülkede veya soylarının olduğu ülkede sürdürenler için *jus nexi*'ye geçiş önemli bir fark yaratmamaktadır. Çünkü onlar ne olursa olsun zaten tam vatandaşlık statüsünü kazanmaktadır. Buna karşılık esas değişiklik, sınır ötesi taşınanlar bakımından; özellikle iki grup için fark yaratabilir:

1. Doğuştan sahip olunan vatandaşlık unvanının itibari mirasçuları (miras olarak vatandaşlık aldıkları ülkeyi terk eden göçmenlerin çocukları veya torunları)
2. Vatandaş olmayan uzun vadeli mukim paydaşlar (ülkede yerleşik olup da henüz vatandaşlık edinmemiş kişiler)

Shachar, birinci grup için aşırı dahil edilenler nitelemesini yapmakta ve azalan vatandaşlık hakkı ölçeğinin; ikinci grup için eksik dahil edilenler nitelemesini yapmakta ve artan vatandaşlık ölçeğinin benimsenmesini önermektedir⁷³. Azalan vatandaşlık hakkı ölçeğinde nesiller arası zaman akışı faktörü hesaba katılmaktadır. Buna göre asli vatandaşın menşesi siyasal düzenden ayrıldığı zamandan bu yana aradaki nesillerin sayısı arttıkça vatandaşlığın otomatik olarak aktarılmasına, *jus nexi* gerekçe gösterilerek kısıtlama getirilebilecektir. Artan vatandaşlık hakkı ölçeğinde ise halihazırda otoritesine tabi olduğu siyasal düzen ile gerçek bağlarını kurmuş yerleşik paydaşlar ve onların çocukları bakımından uygulanma kabiliyeti doğmaktadır. Buna göre kalış süresi ne kadar uzarsa, sosyal bağlar ne kadar derinleşirse dahil olma iddiası o kadar

⁷² Benzer gelişmeler, yerel ve belediye düzeyinde meydana gelmektedir. Burada isnada (ascription) dayanmayan şehir vatandaşlığı (city citizenship) tanımlarının yükselişi görülmektedir. Mesela Amsterdam gibi şehirlerde, metropolde en az beş yıl ikamet eden vatandaş olmayanlara istihdam, ikamet ve yerel topluluğa olan sosyal bağlılıkları yolu ile gerçek bağları öne çıkararak yerel oy hakkı (local franchise-yerel düzeyde kamusal hayata katılım imtiyazı) verilmektedir. Bu şehir vatandaşları daha sonra şehir çapında çıkarlarını ve seslerini temsil etme ve siyasi partiler kurma hakkına sahiptir. Vatandaş olmayanların siyasi bir duruş kazanması, doğum yeri ya da kan bağına atıfta bulunmaksızın, bir yerde oturmak, oraya ait riskleri ve vaatleri paylaşmak, başkaları ile etkileşim kurmak ya da bir mahkeme kararının gerekçesinde bu dirsek temasına yer verilmiş şekilde bir katılım nosyonu aracılığı ile gerçekleşmektedir. Bu bağlamda *jus nexi* reformu, aidiyet tanımlarının yerel ve uluslararası düzeyde yeniden gözden geçirilmesi; mülkiyet ve ilgili hukuk alanlarına yönelik eleştiri sebebiyle yeniden kavranmasına yol açmaktadır. Bu yeniden kavrayışlar (reconceptions), statik kalıplaşmış biçimciliğe yapılan geleneksel vurguyu açıkça reddetmekte, bunun yerine aktüel, gerçek, gündelik ve anlamlı ilişkiler ve insan etkileşimleri ağının değerini vurgulamaktadır. Bu reformun pratiğe dökülmesi, belirli anlaşmazlıkları, siyasi sorunları, yasal analizleri, sosyal alışverişin ve kalıcı karşılıklı bağımlılık ilişkilerini dikkate alarak daha geniş bir sosyal bağlama yerleştirerek yapmak mümkündür. Shachar (n 43)166-167.

⁷³ Shachar (n 43) 170.

güçlenecek, göçmen karşıtlığı azalacaktır⁷⁴.

Shachar'ın *jus nexi*'ye ilişkin olarak önemle vurguladığı nokta, vatandaşlığa yönelen yolda ikameti ve ikametın süresini tek başına gözetmemesidir. Bu bakımdan *jus nexi*, usulüne uygun şekilde ikamet eden herkes için vatandaşlığa otomatik olarak geçmek için *ex lege* bir usul değildir. Bir diğer ifade ile ikamet, vatandaşlık bakımından önemli bir göstergedir ancak *ex lege*'nin aksine zorunlu bir yaratmamakta tam tersine yaşam merkezi zaten değişmiş olanlar lehine bir katılım karinesi oluşturmaktadır⁷⁵.

Jus nexi'nin, ülkeye izinsiz giriş yapan göçmenler bakımından da alternatif olarak değerlendirilecek bir yönü bulunmaktadır. Shachar burada da bir kez daha mülkiyet analojisine başvurmuştur. Ters mülkiyet (adverse possession) ya da ücret kuyruğu (fee tail) öğretileri uyarınca sahibinin izni olmadan bir başkasına ait mülkü yeterli bir süre elinde bulunduran kişi o şeyin mülkiyetini kazanmaktadır. Bu, yasa dışı giriş yapan göçmenlerin eylemleri üzerinden ele alındığında, bir kişinin ikametgahı barışçıl ise bir süre sonra yasa dışı girdiği ülkenin vatandaşlığını kazanabileceği sonucuna varılabilmektedir. Common Law'a atfedilen pragmatik değerlendirme kıstasında hak kazanmanın temeli, Oliver Wendell Holmes'e ait "*uzun süredir zevk alınarak ve ait kılınarak kullanılan her şey ister eşya ister görüş olsun, insanın varlığında kök salmaktadır*" sözü uyarınca kök salma fikrinden paye almaktadır. Kökleşmeyi merkeze alan bu yaklaşım, aynı zaman, aynı ilişkiler ve aynı beklentilerde bir süre sonra hukuki açıdan yasal statüde bir değişiklik yapılması zorunluluğunu doğurmakta; hatta demokratik toplumlarda somut ve kapsayıcı bir katılım idealini gerçekleştirmeye yönelik yöntem yaratılmasını önermektedir⁷⁶. O hâlde yetkililer, milyonlarca izinsiz göçmenin olumsuz mülkiyetine göz yummuşlarsa bir zaman sonra bu kişilerin sınır dışı edilmeye karşı dokunulmazlık elde edecekleri değerlendirilebilmektedir. Bir diğer ifade ile ülkeye izinsiz giriş yapmış bir göçmen, bir süre sonra *nexus* geliştirmişse statüsü yasal hâle geçebilecektir.

YUKK⁷⁷'da Türkiye'den sınır dışı edilen yabancıların Türkiye'ye girişlerinin Göç İdaresi Genel Müdürlüğü ya da valilikler tarafından yasaklanabileceği (m.9/1) ancak yine Genel Müdürlüğün giriş yasağını kaldırabileceği veya giriş yasağı saklı kalmak kaydı ile yabancıların belirli bir süre için Türkiye'ye girişine izin verilebileceği (m.9/v1) düzenlenmektedir. Kanun'da ve Uygulama Yönetmeliği'nde (m.8/11-e) giriş yasağının hangi sebeplere dayanılarak kaldırılacağı belirtilmemiş, sadece "*gerekli görülmesi*"nden bahsedilmiştir. *Jus nexi*'nin bu noktada işlev göreceği tasavvur edilebilir.

⁷⁴ Shachar (n 43) 171.

⁷⁵ Shachar (n 43) 179.

⁷⁶ Shachar (n 37) 113-114.

⁷⁷ RG: 11.04.2013/28615

2. Jus Nexi ve Yurt Dışında İkamet Eden Vatandaşlar

Jus nexi, yurt dışında ikamet eden vatandaşlar bakımından da etkili bağların sürdürülüp sürdürülmediğinin kontrolüne yönelik işlev görmektedir. Örneğin ABD, deniz aşırı ülkelerde yaşayan vatandaşları için azalan nesiller arası hak olarak nitelendirilebilecek bir şeyi benimsemiştir. Bir kişinin, doğumdan bir süre önce ABD’de ikamet edip artık ABD’de yaşamayan ebeveyninden, doğum yolu ile, ABD vatandaşlığını kazanabilmesi için ebeveyninin, gerçek bağlantı şartını sağlamış olması gerekmektedir. Bir diğer ifade ile ABD’den ayrılan kişinin vatandaşlık statüsünü bir sonraki nesle devrederken gerçek bağlantı şartını yerine getirmiş olması; ebeveynlerden biri ABD vatandaşı değilse, çocuğun doğumundan en az beş yıl önce ABD’de fiziksel olarak bulunmuş olma şartı aranmaktadır. Gerçekte bu, ABD vatandaşlığına ilişkin değerli hakkı ileten kişinin “Amerikalı olmanın” yaşanmış gerçekliğini deneyimlemiş olması zorunluluğunun yasa yolu ile resmileştirmektedir. Gerçek üyelik deneyimine yapılan vurgu, Amerikalı olmanın tanımına hangi içeriğin verilmesi gereğine ilişkin kimlik ve aitlik sorunlarından kaçınmamızı sağlamaktadır. Bu tür bir *jus nexi*, Amerikan hukukunun, söz konusu ailenin, ABD’deki gerçek yaşamla yakın bir teması olmamasına rağmen ABD vatandaşlığını çocuklarına süresiz olarak aktarabilecek bir gurbetçi sınıfının yaratılmasından kaçınma girişimini yansıtmaktadır⁷⁸.

Benzer şekilde İngiliz Vatandaşlık Yasasına göre yurt dışında doğan bir çocuk İngiliz vatandaşlığını, ebeveynlerinden biri İngiliz vatandaşlığını doğum yolu ile edinmiş olması şartı ile kazanmaktadır. Kanada’da Rignano’nun tipolojisine uygun şekilde iki numaralı transferden yararlananlar yani kendileri Kanada dışında doğmuş ebeveynlerinden doğan çocuklar için bulaşma otomatik gerçekleşmemektedir. Vatandaşlık Yasası’nın 8.Bölümü, doğuştan sahip olunan hakların koruması için bu tür itibari mirasçıların ülke ile bağlantılarını kayıt yaptırarak en az 1 yıl Kanada’da yaşamaları ya da ülke ile önemli bağlantılar kurmaları istenmektedir. Bu bağlantı kurma ya da yeniden etkinleştirme gereksinimine yönelik yollar; 14 yaşından sonra ülkede bir yıldan fazla ikamet etmek, Kanada’da orta öğretim veya lise kurumuna devam etmek, ülkenin resmi dillerinden birini yeteri düzeyde bilmek, Kanada’da veya yurt dışında bir kolektifin kamu hizmetinde çalışıyor olmak şeklide belirlenmiştir⁷⁹.

Diğer ülkeler, vatandaşlık yasalarında, haklarını yalnızca kan yolu ile alan ebeveynlerden yurt dışında doğan çocukların, ebeveynlerinin menşe ülkesinde belirli bir süre ikamet etmelerini şart koşmaktadır. Yakın zamana kadar kuşaklar arası sınırsız vatandaşlık aktarımını destekleyen Almanya bile, 2000 yılında, doğuştan gelen vatandaşlık yasasını değiştirerek yurt dışında doğan ikinci

⁷⁸ Shachar (n 43) 174.

⁷⁹ Shachar (n 43) 174.

nesil (torun) açısından durak noktası oluşturmuştur. Bu çocuklar için Alman vatandaşlığı otomatik değil ebeveynlerinin çocuğun doğumunu sıkı bir zaman çerçevesinde bir Alman Büyükelçiliğine veya Konsolosluğuna beyanına ve kaydına bağlıdır⁸⁰.

Türk hukukunda milli güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmamak şartı ile çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ya da ana babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybedip de ergin olmalarından itibaren üç yıl içinde seçme hakkını kullanmayanlar, Türkiye’de ikamet etme şartı aranmaksızın İçişleri Bakanlığının kararı ile yeniden vatandaş olabilmektedir. (TVK⁸¹ m. 13)

3. Yargı Kararlarında Jus Nexi

Gerçek bir yaşam merkezi bağlantısının öneminin kabulü, son yıllarda Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın (ABAD) içtihatlarında da görülmektedir. Mesela 2004 yılında ABAD tarafından karara bağlanan Collins davasında Mahkeme, ABD ve İrlanda vatandaşı olan Brian Francis Collins’in sürekli ikamet etmediği Büyük Britanya’da iş arama ödeneği takip etme hakkına sahip olup olmadığını belirlemiştir. Collins, ABD’de doğduğu için *jus soli* ile ABD; *jus sanguinis*’e dayalı olarak da İrlanda vatandaşlığına sahiptir. Collins, 1978’de üniversite eğitiminin bir parçası olarak İngiltere’de bir dönem geçirmiş; ABD’ye dönmeden önce 1980 ve 1981’de İngiltere’de yarı zamanlı işlerde çalışmıştır. Neredeyse 20 yıl sonra iş aramak için İngiltere’ye dönmüştür. İrlanda vatandaşı olduğu için aynı zamanda Avrupa Birliği vatandaşı da olan Collins’in İngiltere’de iş arama hakkına sahip olduğu tartışmasız olmakla birlikte İngiltere’ye gelişinden bir sonra iş arama ödeneği talep etmiş; talebi, İngiltere’de ikametgahı olmadığı için reddedilmiştir. Mahkeme, Collins’in miras aldığı vatandaşlık statüsünün, tek başına onu vatandaşlığa bağlı her türlü mal ve hizmetten hemen yararlanmaya uygun kıldığı iddiasını kabul etmemiştir. Bunun yerine Mahkeme, söz konusu faydaların sadece vatandaşlık statüsüne sahip olanların değil, fiili davranışları sebebiyle ilgili yargı çevresi ile gerçek bir bağlantı kurmuş kişilere ayrılması gerektiğine karar vermiştir⁸².

Collins kararından önce Martinez -Solo davasında ise ABAD, ilgili yargı çevresi ile (Almanya) genişletilmiş ikamet ve derin sosyal bağlar kuran işçi olmayan bir göçmenin bu bağlar sayesinde o siyasi topluluk tarafından sağla-

⁸⁰ “Çocuğun Alman vatandaşı olan annesi veya babasının, 31.12.1999’dan sonra Almanya dışında doğmuş olup, mutad meskeni de doğduğu Almanya dışındaki ülkedeysse, çocuk Alman vatandaşlığını kazanamaz, meğerki çocuğun doğumundan başlayarak bir yıl içinde başvurulmuş olunsun” (StAG § 4/4).

⁸¹ RG: 12.06.2009/27256

⁸² ECJ Judgement of 23.03.2004 C-138/02<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62002CJ0138>> ET: 20.04.2022.

nan kamu mallarına erişim hakkı elde ettiğine karar vermiştir. Martinez-Solo kararının gerekçesi, azalan hak kazanma mantığının tersidir. Bu davadaki yasal iddia, dar bir biçimde kalıcı haklara bağlanan sosyal yardımlara başvurmak olarak tanımlansa da artan vatandaşlık matrisine dayanmaktadır. Mahkeme, sosyal bağlar ne kadar güçlü ise o siyasi topluluğun tüm sosyal ve ekonomik yaşamına katılmak isteyen kişinin iddiasının o kadar güçlü olduğu sonucuna varmıştır⁸³.

Amerikan içtihatlarında da vatandaş olmayan uzun süreli sakinlerin, siyasi topluluk ve toplumla gerçek bağlar kurarak vatandaşlık kazanma (earned membership) fikrini vurgulanmaktadır. Somut örnek olarak Göç ve Uyruluk Yasasının 240A bölümünde, hakkında resmi sınır dışı kararı verilmiş olan kişilerin, hükümetten, kalmalarına izin verecek bir feragat talebinde bulunmalarına izin verilebileceği düzenlenmektedir. Göçmenlik hakimlerine bu tür talepleri değerlendirirken ülkedeki ikamet süresi, aile bağları, topluma hizmet kanıtları, iş geçmişi, davalı ve onun maruz kalabileceği zorluk faktörlerini dikkate almaları talimatı verilmektedir. İlâveten kişinin yaşı, sağlığı, seyahat etme kabiliyeti, sabıka kaydının olmaması ve uzun süreli ikamet edenlerin veya aile üyelerinin ülkede kalmalarına ve uyum sağlamalarına izin verilmesi, lehine ağırlık oluşturacak sebepler olarak görülmektedir⁸⁴.

Türk hukukunda MÖHUK⁸⁵ m.4/1-c’de yetkili hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hâllerde birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki içinde buldukları devlet hukukunun uygulanacağı düzenlemektedir.

III. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Shachar’ın doğum hakkı imtiyaz vergisi düşüncesi, teoride haklı ve umut verici olsa da pratikte işler görünmemektedir. Zengin devletlere, bir yeniden dağıtım görevi tanımlanmakta ancak bu görevin nasıl paylaşılacağı ve denetleneceği meselesine temas edilmemektedir. Ahlakî bir taahhüdün ötesine taşınarak hukuki bir sorumluluk olarak plânlanmış olan düşüncenin, uluslararası boyutlandırılması yapılmamıştır. Ayrıca, günümüz dünyasında imtiyazlı kişilerin, doğuştan gelen vatandaşlığın adaletsizliğinin sarsıcı sonuçlarını ortadan kaldırma mücadelesinde birer piyadeye dönüştürüleceği yönündeki beklenti de gerçekçilikten öte fazlasıyla romantiktir.

Ulus-ötesi vatandaşlık tipleri, kendi içinde öne çıkardıkları bakış açıları ile birbirleri ile kıyaslanabilir. Hepsindeki ortak argüman, mensubiyettir. Bunu

⁸³ ECJ Judgement of 12.05.1998 C-85/96< <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:61996CJ0085> > ET: 20.04.2022.

⁸⁴ Shachar (n 43) 178.

⁸⁵ RG: 12.12.2007/26728

“*membership*” olarak ifade etmiş olsalar da bizce vatandaşlık hukuku terminoloji bakımından üyelik yerine mensubiyet demek daha uygundur. Zira mensubiyet, ilgili, ait, nispetli olan demektir. Göçmenler, müntesip kabul edileceklerdir. Sosyal bağlar sebebiyle vatandaşlığı intisap etmeleri müktesep yoldan gerçekleşecektir. Mensubiyet argümanını savunan görüşlerin ortak paydası, toplumsal hayata katılımı önelemeleridir; ancak hiçbirinde vatandaşlık statüsünün sonradan yüklenilmesi bir esas olarak tartışılmamıştır. Bu bakımdan *jus nexi* farklıdır. Vatandaşlık kabulündeki seçicilik kriterlerine yönelik tümel ve fakültatif olmayan bir kavramdır ve ölçülebilir netlikte bir katılımı gerektirmektedir.

Jus nexi ahlaki prensipten öte, normatif olma özelliğine sahiptir. İkinci olarak vatandaşlığın sonradan edinilmesini hem hak olarak kabul eden hem de yetkili makamın takdir kararı biçiminde düzenleyen hukuk sistemleri için kullanılabilir. İlaveten, gelecek bir zamanda tek başına, asli vatandaşlık kriteri olarak işlev görmesi de mümkündür.

Mahfuz yetkinin sınırlandırılması bağlamında hakkın kötüye kullanılmamasının üst sınırını oluşturabilir⁸⁶. Özellikle ulus-ötesi göçe kaynaklık eden sebepler düşünüldüğünde mahfuz yetkinin uluslararası kontrole ihtiyaç duyulduğu gerçeği ile karşılaşırız. Türkiye’deki popülist politikalara bağlı olarak, rüzgâr nereden eserse durumundan sıyrılmak için, fiili durumun hukukla bağdaştırması, makul ve kuvvetli haklı gerekçeler üretmek zorunluluğu doğmaktadır.

Jus nexi’yi, tamamlayıcı esas özelliği ile kabul ederek, Türk hukuku bakımından değerlendirecek olursak vatandaşlığın sonradan oluşmasında önemli ölçüde işlev göreceği düşünülmektedir. Kanaatimizce, TVK⁸⁷’nin sistematizmasının, bu kısım itibarıyla, yeniden düzenlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Türk vatandaşlığına kabul olunacak kişilerin, seçicilik kıstaslarının arasındaki farklardan ve siyasi idarenin bu konudaki egemenlik yetkisini yanlış yorumlamasına bağlı doğan karmaşadan kurtulmak, Türkiye’nin gelecek nesillerini düşünerek atılması gereken acil adımlardan bir tanesidir.

TVK m.11/1-c’de Türk vatandaşı olarak başvuran yabancı, Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etmesi gerekmektedir. TVK m.11/1-b ile düşünüldüğünde, ikamet kriterinin taşıdığı anlam sebebiyle, başlangıçta bir tezatlık varmış gibi görünse de böyle olmadığı, amaçsal yorumda bulunularak açıklanabilir. Bizce bu kıstasın işaret ettiği husus, sosyal uyumdur. Amaç kök salma saikine referans veren tutum ve davranışların ilgili yabancı tarafından benimsenmiş olduğunu görmek, aitlik değerlendirmesi yapmak ise *jus nexi*, bunu teyit edebilir. Bir diğer ifade ile *jus nexi*, yerleşme niyetini davranışları ile teyit etme kıstasının somutlaştırılmasında fonksiyon görecektir

⁸⁶ Unat (n 70) 94-98.

⁸⁷ RG: 12.06.2009/27256

Türk hukukunda, vatandaşlık statüsü, şartları sağlayan herkes yönünden bir hak olarak tanımlanmamıştır (TVK m.10/1). Ancak zaten *jus nexi*, otomatik kazanım sağlayacak *ex lege* usulde formüle edilmediği için yetkili makamın takdir kararına yön verecek karine özelliği işe yarayacaktır.

Öte taraftan ikamet şartını sağlamış olsa da bu ikamet devam ettirilip ettirilmediği, vatandaşlık verildikten sonra kontrol edilmediği için gerçek bağlar hakikati sebebiyle sürdürülebilirlik denetimi yapılmasına imkân sağlayacaktır. *Nexus* sebebiyle, ikamet şartının yerine getirilmemesi, makul sebeplere dayanırlamadığında, vatandaşlığın kaybı sonucu olarak dahi düşünülebilir.

TVK m.13'te milli güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmamak şartı ile, Türkiye'de ikamet etme süresine bakılmaksızın, İçişleri Bakanlığı'nın kararıyla yeniden Türk vatandaşlığını kazanabilecek kişiler arasında ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybedip de ergin olmalarından itibaren üç yıl içinde seçme hakkını kullanmayanlar sayılmaktadır. Burada akla, seçme hakkını kullanmamış birine, niçin bir kez daha böyle bir imkânın tanınmış olabileceği gelmektedir. İlgili kişinin, daha önce Türk vatandaşı olması, bu noktada, kanaatimizce tatminkâr bir cevap olmamakta; Türkiye ile irtibat ve bağlılığın devam ettiği yönünde kuvvetli bağlantının aranması gerekmektedir. İşte, *jus nexi* burada da kullanılabilme özelliğini haizdir.

Türk hukukunda MÖHUK⁸⁸ m.4/1-c'de yetkili hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hâllerde birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki içinde buldukları devlet hukukunun uygulanacağı düzenlenmektedir. Daha sıkı ilişki içinde bulunulan devletin saptanması demek *nexus* ölçütlerinin belirginleştirilmesine olanak sağlayacaktır. Bu da bize taşınmaz mal edinmek, iş kurmak, yatırım yapmak vb. metalaşmış duygusuz ölçütlerin ötesine ve daha derinine gitme olanağı sunacaktır.

YUKK⁸⁹'da Türkiye'den sınır dışı edilen yabancıların Türkiye'ye girişlerinin Göç İdaresi Genel Müdürlüğü ya da valilikler tarafından yasaklanabileceği (m.9/11) ancak yine Genel Müdürlüğün giriş yasağını kaldırabileceği veya giriş yasağı saklı kalmak kaydı ile yabancıların belirli bir süre için Türkiye'ye girişine izin verilebileceği (m.9/v1) düzenlenmektedir. Kanun'da ve Uygulama Yönetmeliği'nde (m.8/11-e) giriş yasağının hangi sebeplere dayanılarak kaldırılacağı belirtilmemiş, sadece “*gerekli görülmesi*”nden bahsedilmiştir. *Jus nexi*'nin bu noktada işlev göreceği tasavvur edilebilir.

Jus nexi, vatandaşlığın muhtevasını bölen bir anlama sahip değildir. Bu bakımdan vatandaşlığın yarattığı vasıf eşitliği sebebiyle siyasi katılım hakkından

⁸⁸ RG: 12.12.2007/26728

⁸⁹ RG: 11.04.2013/28615

muafiyet ya da öz yönetim talebi gibi taleplerin gündeme gelmesi tehlikesi de doğmayacaktır.

Jus nexi, Suriye vatandaşlarına vatandaşlık verilmemesi yönündeki kararların haklı gerekçesi olarak kullanılabilir. Çünkü onlar zaten, tabii oldukları hukuki rejim sebebiyle ikamet iznine sahip değildiler. Burada sorumuz şu olmalıdır? Ankara'da yaşayan Suriyeli gençler, “*oluşturdukları diasporik bilinç ile bir sosyolojik özne olarak anavatanından uzakta yeni bir vatan ve yeni bir kültürel kimlik yaratabilmiş*”⁹⁰, Türk toplumu ile özdeşleşebilmişler midir? Çeşitli uyum raporlarına bakıldığında, etkili bağlar kurmanın çok ötesinde olduğumuz, bilakis gün geçtikçe kutuplaşmaya gittiğimiz görülecektir.

KAYNAKÇA

Abadan Unat N, *Bitmeyen Göç-Konuk İşçilikten Ulus-Ötesi Yurttaşlığa*, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017).

Arendt H, *Totalitarizmin Kaynakları-2: Emperyalizm*, çev. Bahadır Sina Şener, Seçme Eserler 4, (İletişim Yayınlar, 2021).

Bader MV, ‘Practical Philosophy and First Admission’, (Winter-Spring 2000) 20(1) SAIS Review, 39–59.

Bauböck R, ‘Global Justice, Freedom of Movement and Democratic Citizenship’, (2009) 50(1) European Journal Of Sociology, 1-31.

Bauman Z, *Kapımızdaki Yabancılar*, çev. Emre Barca, (Ayrıntı, 2021).

Benhabib S, *Ötekilerin Hakları-Yabancılar, Yerliler, Vatandaşlar*, çev. Berna Akkıyal, (İletişim, 2018).

— — ‘Review: Birthright Citizenship, Immigration and Global Poverty’ (2013) 63(3) The University of Toronto Law Journal, 496-510.

Carens, J.H, *The Ethics of Immigration*, (Oxford University Press, 2013).

— — ‘Aliens and Citizens: The Case for Open Borders., The Review of Politics’, (Spring 1987) 49(2) 251–273.

Castles S, ‘The International Migration Review’ (Winter 2002) 36 (4) Host Societies and the Reception of Immigrants: Institutions, Markets and Policies, 1143-1168.

Günuğur H, *Avrupa Birliği Hukukunun Uluslarüstü (Supranasyonal) Niteliği,- Hukuki, Siyasi ve İktisadi Yönleriyle Avrupa Bütünleşmesinde Son Gelişmeler ve Türkiye-AB İlişkileri, ATAUM 30. Yıl Armağanı*, Derleyenler Sanem Baykal, Sinem Akgöl Açıkmeşe, Belgin Akçay, Çağrı Erhan, (2018).

⁹⁰ Abadan Unat (n 7) 315.

Göçer E, 'Devletler Hususi Hukukunun Mahiyeti', (1970) 27(3-4), AÜHFD, 173-192.

Hugo G, 'Migrants in Society: Diversity and Cohesion' (September 2005) Global Commisison On International Migration (GCIM), 1-52.

Joppke C, *Neoliberal Nationalism-Immigration and The Rise Of The Populist Right*, (Cambridge University Press, 2021).

Kymlicka W, *Çokkültürlü Yurttaşlık*, çev. Abdullah Yılmaz, (Ayrıntı, 2020).

Lister M, 'Marshall-ing Social and Political Citizenship: Towards A Unified Conception Of Citizenship', (2005) 40(4) Government and Opposition, 471-491.

Marshall TH and Bottomore T, *Yurttaşlık ve Toplumsal Sınıflar*, çev. Ayhan Kaya, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006).

Nuhoğlu Soysal Y, *Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe*, (The University Of Chicago Press, 1994).

Özkan I, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku* (Seçkin, 2013).

— — *Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk* (On İki Levha, 2021).

— — 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında Avrupa Birliği'nin Göç ve Sığınma Politikası' (2011) 1 Ankara Barosu Dergisi, 165-188.

Özkul, D, *Diaspora ve Ulus-Ötesi Göç, Ulus-Ötesi Göç: Uluslararası Göç Yazınında Yeni Bir Paradigma, Küreselleşme Çağında Göç-Kavramlar-Tartışmalar*; Derleyenler: S.Gülfer İhlamur Öner, N.Asılı Şirin Öner, (İletişim, 2018).

Rawls, J, 'The Law Of Peoples', (1993) 20(1) Critical Inquiri, Autumn, 36-68.

Shachar, A, *The Birthright Lottery-Citizenship and Global Inequality*, (Harvard University Press, 2009).

— — 'Earned Citizenship: Property Lessons for Immigration Reform', (2011) 23(1) Yale Journal Of Law & The Humanities, 110-158.

— — and Hirschl R, 'Citizenship as Inherited Property', (2007) 35(3) Political Theory, 35(3), 253-287.

— — 'Introduction: Citizenship and the Right to Have Rights', (2014) 18(2) Citizenship Studies, 18 (2), 114-124.

Şenol Sert, D, *Uluslararası Göç Hareketlerinin Tarihsel ve Kuramsal Değerlendirilmesi-Uluslararası Göç Yazınında Bütünlüyci Bir Kurama Doğru, Küreselleşme Çağında Göç-Kavramlar-Tartışmalar*; Derleyenler: S. Gülfer İhlamur Öner, N.Asılı Şirin Öner, (İletişim, 2018).

Unat İ, *Nottebohm Kararı ve Tabiiyetin Gerçekliği İlkesi*, (Sevinç Matbaası, 1966).

Uluslararası Göç Örgütü, *Göç Terimleri Sözlüğü*, Editörler: Richard Perruchoud, Jillyanne Redpath Cross, No 31, (2013).

Uluslararası Göç Örgütü, *Göç Terimleri Sözlüğü*, Editörler: Richard Perruchoud, Jillyanne Redpath Cross, No 31 (2013).

Vertovec S, 'Conceiving and Researching Transnationalism, (March 1999) 22(2), *Ethnic and Racial Studies*, 445-462.

Weil P, 'From Conditional To Secured and Sovereign: The New Strategic Link Between The Citizen and The Nation- State In A Globalized World', (2011) (9) *International Journal Of Constitutional Law*, 615-635.

İnternet Kaynakları

<https://publications.iom.int/books/global-migration-indicators-2021>

<https://www.insamer.com/tr/uploads/pdf/rapor-kuresel-adaletsizlik-dunya-yoksulluk-ve-esitsizlik-raporu.pdf>

https://wir2022.wid.world/www-site/uploads/2022/03/0098-21_WIL_RIM_RAPPORT_A4.pdf

<https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2022>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62002CJ0138>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:61996CJ0085>



ALACAKLININ TEMERRÜDÜ HALİNDE BORÇLUDAN FAİZ İSTENİP İSTENEMEYECEĞİ MESELESİ*

*The Issue Whether Interest can be Demanded From the Debt in
Case of the Default of Creditor**

İmge Hazal YILMAZ TEKİN**

Özet

Alacaklının kendisine sunulan edimi haklı bir neden olmaksızın kabulden kaçınması ile ortaya çıkan alacaklının temerrüdü halinde, borçlunun dezavantajlı duruma düşmesi istenmediğinden, Türk-İsviçre hukukunda borçlu bakımından bazı imkanlar kabul edilmiştir. Bunlar, alacaklının temerrüdünün genel sonuçları ve özel sonuçları olarak ikiye ayrılmaktadır. Alacaklının temerrüdünün özel sonuçları, borçlunun borçtan kurtulmasını sağlayan özel imkanlar olup, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 107 ila 110. maddelerinde tevdi hakkı, satma hakkı ve dönme hakkı olarak düzenlenmiştir. Alacaklının temerrüdünün genel sonuçları ise borçluyu alacaklı karşısında koruyan genel imkanlar olmakla birlikte bunlara ilişkin açık yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu sonuçlara öğreti ve uygulamada yapılan değerlendirmeler ile ulaşılmakta ve Türk-İsviçre hukuku bakımından bu değerlendirmelerde Alman hukukunun etkisi bulunmaktadır. Çalışmamız çerçevesinde, bu genel sonuçlar kapsamında yer alan faizin durumu ele alınacaktır. Bu doğrultuda, konunun daha iyi açıklanabilmesi için öncelikle farklı şekillerde tanımlanabilen ve farklı çeşitleri bulunan faiz kavramı ile çeşitlerine yer verilecek; ardından alacaklının temerrüdü kavramı ve sonuçları açıklanarak alacaklının temerrüde düşmesi halinde faizlerin durumu değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Alacaklının Temerrüdü, Alacaklının Temerrüdünün Sonuçları, Faiz, Faiz Çeşitleri

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 05.05.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 21.12.2022

* Bu araştırma makalesi, Hacettepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği m. 43/5 gereğince, tez savunma sınavına girebilmek için gerekli olan tezle ilişkili makale şartı sebebiyle, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde yürütülmekte olan "Alacaklının Temerrüdü" konulu doktora tezinden türetilmiştir. Bu çalışma TÜBİTAK 2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı kapsamında desteklenmiştir.

** Ar. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, imgehazalyilmaz@hacettepe.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-7890-9650>.



Abstract

In the event of the default of creditor, which occurs when the creditor refrains from accepting the act presented to him without a valid reason, in Turkish-Swiss law some opportunities have been accepted for the debtor, since it is not desired that the debtor be put at a disadvantageous situation. These are divided into general consequences and special consequences of default of the creditor. The special consequences of the default of creditor are the special opportunities that enable the debtor to get rid of the debt, and in articles 107 to 110 of the Turkish Code of Obligations No. 6098; right of deposit, right of sale and right of return. The general consequences of default of the creditor are the general possibilities to protect the debtor against the creditor, but there is no clear legal regulation regarding them. For this reason, these results are reached with the evaluations made in doctrine and practice, and German law has an effect on these evaluations in terms of Turkish-Swiss law. Within the framework of our study, the status of the interest within the scope of these general results will be discussed. In this direction, in order to explain the subject better, first of all, the term and types of interest, which can be defined in different ways and have different types, will be given; Then, the concept of default of the creditor and its consequences will be explained, and the situation of interest in case of default by the creditor will be evaluated.

Keywords: Default of Creditor, Consequences of Creditor's Default, Interest, Interest Types

GİRİŞ

Faiz, en genel anlamıyla alacağın hukuki semeresidir. Faiz farklı şekillerde söz konusu olabilmekte ve bu kapsamda, kaynağı, hesaplanma şekli, ortaya çıktığı dönem gibi farklı kriterlere göre ayrıma tabi tutulmaktadır. Faiz borcu, fer'i niteliği sebebiyle asıl borç ve borç ilişkisi ile sıkı bir bağ içerisinde olduğundan borç ilişkisinde ortaya çıkan durumlardan da etkilenebilmektedir. Bu nedenle, alacaklının temerrüde düşmesinin faiz bakımından etkileri söz konusudur. En basit ifadeyle, alacaklının kendisine sunulan edimi haklı bir neden olmaksızın kabulden kaçınmasıyla ortaya çıkan alacaklının temerrüdü kurumu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹ 106 ila 110. maddelerinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerde alacaklının temerrüdünün şartlarına ve sonuçlarına yer verilmiştir. Bu sonuçlar arasında borcun kendiliğinden sona ermesi yer almamaktadır. Ancak borçlunun borcunu ifa etmeye ilişkin menfaati dikkate alınarak ona borcundan kurtulma konusunda imkanlar tanınmıştır. Borçlunun borcundan kurtulabilmesine yönelik bu imkanlar, TBK m. 107 ila 110'da düzenlenen ve alacaklının temerrüdünün özel sonuçları olarak adlandırılan haklardır. Bu haklar, alacaklının temerrüdünün sonuçları kapsamında TBK'da açıkça düzenlenirken, alacaklının temerrüdünün genel sonuçları olarak kabul edilen ve borçluyu alacaklı karşısında koruyan genel imkanlar ise düzenlenmemiştir. Ancak, alacaklının temerrüdü nedeniyle borçlunun dezavantajlı duruma düşmesi istenmediğinden, öğreti ve uygulamada yapılan değerlendirmeler ile bu genel sonuçlar da kabul edilmiştir. Bunlara örnek olarak gösterilebilecek

¹ Resmi Gazete T. 04.02.2011, S. 27836.

borçlunun sorumluluğunun hafiflemesi, borçlunun masrafları alacaklıdan talep edebilmesi gibi sonuçlardan birisi de faize ilişkindir. Bununla birlikte, alacaklının temerrüdü halinde faize ilişkin de TBK’da açık bir düzenleme bulunmadığından, öğreti tarafından yapılan değerlendirmeler önem arz etmekte ve konu Türk-İsviçre hukukunda tartışmalı bulunmaktadır.

Çalışmamızda, öncelikle faiz kavramı ve çeşitlerine ilişkin bilgilere yer verilmektedir. Daha sonra alacaklının temerrüdü kavramı ile sonuçlarına ilişkin genel açıklamalara yer verilerek alacaklının temerrüdü halinde faiz İsviçre ve Alman öğretisi göz önünde bulundurulmak suretiyle ele alınmaktadır.

I. FAİZ KAVRAMI VE FAİZİN ÇEŞİTLERİ

A. KAVRAMSAL ÇERÇEVE VE ÖZELLİKLER

Faiz, TBK’da tanımlanmamıştır². Arapça kökenli bu terim, Türk Dil Kurumu’na göre iki farklı anlamda kullanılmaktadır³. Bunlardan ilki, “işletmek için bir yere ödünç verilen paraya karşılık alınan kâr[dır]” ve bununla eş anlamlı olmak üzere “*getiri, ürem, nema*” kavramları da kullanılmaktadır. İkinci olarak ise “*kapitalist ekonomide, artık değer in değışikliğe uğramış biçimi olarak paranın fiyatı, kiralanan paranın kira bedeli*” anlamında kullanılmaktadır. Bu ikinci kullanımdan hareketle öğretinin bir kısmı tarafından faiz, kısaca para alacağının bir nevi ücreti veya kirası olarak ifade edilmektedir⁴.

² Helvacı, genel olarak Türk hukukunda kanunlarda faizin tanımlanmamış olduğunu, ancak yasal düzenlemelerde faize ilişkin özelliklere yer verildiğini ve bunların incelenmesi ile bir tanıma ulaşılabileceğini ifade etmektedir, Mehmet Helvacı, *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı* (Beta 2000) 44; İsviçre Borçlar Kanunu’nda da faiz tanımının yer almadığına ilişkin bkz. Alexander Blaeser, *Die Zinsen im schweizerischen Obligationenrecht Geltendes Recht und Vorschlag für eine Revision*, SGRW - St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 20 (Dike Verlag AG 2011) 3 ve Rolf H. Weber, ‘Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen’ içinde *Berner Kommentar* (Ed. Heinz Hausheer) Art. 73, N. 12; Faiz konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Blaeser (n 2) 3 vd.

³ Bu kullanımlar için bkz. <www.sozluk.gov.tr> erişim tarihi: 15 Nisan 2022.

⁴ Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdulkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (Filiz 2016) 106; Arslan Kaya ‘Adi ve Ticari İşlerde Faiz’ (1994) İÜHMF 347; Mustafa Serhat Şen ve Mustafa Kamil Şen ‘Türk Borçlar Kanunu’nda Faiz Hükümleri ve Sınırları, Adi İşlerde Faiz (Ticari ve Tüketici İşlemi Olmayan İşlerde Faiz)’, (2018) TAAD 475; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Borçlar Hukuku* (Dora 2021) 155; Serozan, faizi, “*paranın kullanma karşılığı; onun kira bedeli*” olarak ifade etmektedir. Bkz. Rona Serozan, ‘Fahiş Faiz’, içinde *Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu* (On İki Levha Yayıncılık 2010) 195; Erol Cansel ve Çağlar Özel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (Seçkin 2017) 248; Aksi yönde bkz. Helvacı (n 2) 66. Yazar, faizin adeta kiraya benzetilmesine neden olan bu ifadelere katılmadığını belirtmektedir. Benzer değerlendirmeler için bkz. Alper Çağlar Koyuncu, *Ticari İşlerde Faiz* (Seçkin 2017) 22-23. Yazar da bu şekilde belirlemenin hukuki



Bununla birlikte, daha geniş bir ifadeyle faiz, bir para alacaklısının bu paradan bir süre mahrum kalması karşılığında bu süreye ve belli orana bağlı olarak öngörülen medeni (hukuki) semere olarak tanımlanmaktadır⁵. Bu tanım çerçevesinde faizin, bir asıl alacağın bulunması, mahrum kalınan sürenin olması ve belli bir oranın uygulanması olmak üzere başlıca üç unsurundan söz edilmektedir⁶. Burada bahsi geçen asıl alacağın, (kural olarak) miktarı belirli bir para alacağı olması gerekir⁷. Bir başka ifadeyle, faizden söz edilebilmesi için bir para borcu söz konusu olmalıdır⁸. Bu kapsamda, asıl alacak (borç) belli

anlamda faiz kavramını karşılamadığını belirtmektedir.; *Weber* de tanımlama yaparken bir “ücret”, “bedel” olarak bahsetmektedir. Bkz. *Weber* (n 2) Art. 73, N. 13, 14; “Vade farkının” hukuki niteliği konusunda değerlendirmeler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı (n 4) 107 ve Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku* (Vedat 2019) 84-87. Bunun anapara faizi niteliğinde olduğu konusunda bkz. Murat Aydoğdu, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz ile İlgili Düzenlemeler’, (2010) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89, Helvacı (n 2) 84 ve Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 86. Aksi yönde bkz. Koyuncu (n 4) 42-43; Faiz kavramının, ekonomik açıdan faize benzetilen farklı kavramlardan ayrımı konusunda açıklamalar için bkz. Sadrettin Haşiloğlu, ‘Faiz Borcu’, (1980) Atatürk Üniversitesi İşletme Dergisi, 225-226; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler* (Şermet Matbaası 1976) 93-95; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II* (Fakülteler Matbaası 1977) 60-61, *Weber* (n 2) Art. 73, N. 27-43, Kaya (n 4) 347-250, Helvacı (n 2) 66-93 ve Koyuncu (n 4) 38 vd.

- ⁵ Tunçomağ (n 4) 93; Feyzioğlu (n 4) 59-60; Haşiloğlu (n 4) 225; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 4) 106; Ali Bozer ve Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2020) 369; Kaya (n 4) 347; Aydoğdu (n 4) 86; Benzer bir tanımlama için bkz. Blaeser (n 2) 14, Murat Aydoğdu ve Serdar Nart, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Adalet 2022) 299 ve Osman Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 5/1, 3* (Seçkin 2019) 165; Benzer ancak daha ayrıntılı bir tanım için bkz. Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 79; Faizin, buna benzer olmakla birlikte “bir karşılık ve tazminat” olarak nitelendirildiği tanım için bkz. Şamil Demir, ‘Türk Borçlar Kanunu’nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar’ (2012) Ankara Barosu Dergisi 213, Şen ve Şen (n 4) 474-475; Farklı tanımlamalar için ayrıca bkz. Haşiloğlu (n 4) 225; Öğretimde yapılan tanımlamalarda bazen alacaklı bazen ise borçlu açısından faiz ele alınmaktadır. Konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz. Nami Barlas, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazancı 1992) 124.
- ⁶ Aydoğdu (n 4) 86; Aydoğdu ve Nart (n 5) 299; Bunlar dışında, faiz ödeme yükümlülüğünün doğması bakımından, borçlunun parayı kullanmış veya bundan yarar sağlamış olması şartı söz konusu değildir. Konuya ilişkin olarak bkz. Barlas (n 5) 124-125; *Helvacı* ise, iki unsura yer vermekte ve bunların para borcu ile zaman olduğunu ifade etmektedir [Helvacı (n 2) 43]. Zira yazar süre ve oranın iç içe geçmiş olduğunu belirterek, bunları iki ayrı unsur olarak ele almamakta ve bu iç içe geçmiş yapı sebebiyle, bu unsuru “zamana bağlı olarak işlemesi” şeklinde ifade ettiğini belirtmektedir. Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. Helvacı (n 2) 63-64.
- ⁷ Aydoğdu (n 4) 86; Aydoğdu ve Nart (n 5) 299; Bilgili ve Demirkapı (n 4) 155.
- ⁸ Demir (n 5) 213; Şen ve Şen (n 4) 471; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Turhan 2021) 783; Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin 2021) 223;

miktar para olduğu gibi, faiz alacağı (borcu) da bir para alacağı (borcu) niteliğindedir⁹. Mahrum kalınan süre ise faizin bu süreye göre doğacak ve işleyecek olması bakımından önem taşır¹⁰. Şöyle ki, faiz tutarı, anaparanın kapsamına ve kullanım süresine göre değişmektedir¹¹. Bu açıdan bakıldığında, mahrum kalınan süre boyunca faiz artarak birikmekte; başka bir ifadeyle, faiz borcu geçen zamanla çoğalmaktadır¹². Faiz oranı ise ülkedeki enflasyon oranı ve para sahibinin parasına yeniden kavuşma riskinden etkilenmektedir¹³.

Faiz borcunun en önemli özelliği, asıl borca bağlı fer'i bir borç olmasıdır¹⁴. Bu bağlamda faiz, asıl borca bağlı olarak ortaya çıkar ve varlığını asıl borç var olduğu sürece sürdürür¹⁵. Başka bir ifadeyle, faiz kendiliğinden birden bire ortaya çıkmamakta, kendisini doğuran asıl borcun doğumu ile başlayan süreçte yavaş yavaş meydana gelmektedir¹⁶. Bu nedenledir ki, halk arasında "faiz işliyor" veya "faiz birikiyor" şeklinde ifadeler kullanılmaktadır¹⁷. Faiz, fer'i bir

Para borcu kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. Barlas (n 5) 10 vd. ve Helvacı (n 2) 44-50; Kural olarak para alacağı bakımından faiz söz konusu olmakla birlikte, istisnai hallerde faizin paradan başka eşyada da söz konusu olabileceğine ilişkin açıklamalar için bkz. Tunçomağ (n 4) 93, Barlas (n 5) 125 ve Marius Schraner, 'Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)', içinde *Zürcher Kommentar* (Ed. Peter Gauch ve Jörg Schmid) (Schuldheft 2000) Art. 73, N. 6. Konunun değerlendirilmesi için ayrıca bkz. Weber (n 2) Art. 73, N. 25-26 ve Blaeser (n 2) 15-16.

⁹ Barlas (n 5) 125.

¹⁰ Aydoğdu (n 4) 86; Aydoğdu ve Nart (n 5) 299.

¹¹ Serozan (n 4) 195; Antalya (n 5) 165.

¹² Helvacı (n 2) 63.

¹³ Serozan (n 4) 195; Weber (n 2) Art. 73, N. 14; Faiz oranlarına ilişkin hukukumuzdaki düzenlemeler için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin 2021) 1111 vd., Aydoğdu (n 4) 90 vd. ve Kürşad Yağcı, 'Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği' (2013) İÜHF 423 vd.

¹⁴ Tunçomağ (n 4) 97; Feyzioğlu (n 4) 61; Haşiloğlu (n 4) 232; Barlas (n 5) 125; Helvacı (n 2) 43, 50, 51; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 4) 106, 107; Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler; Cilt 1* (Vedat 2017) 325; Bozer ve Göle (n 5) 369; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 79; Kaya (n 4) 347; Aydoğdu (n 4) 87; Hasan Ayrancı 'Para Borçlarında Temerrüt Faizi' (2006) Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi 104; Şen ve Şen (n 4) 479; Demir (n 5) 214; Koyuncu (n 4) 26; Aydoğdu ve Nart (n 5) 300; Antalya (n 5) 165; Kılıçoğlu (n 8) 785; Ünlütepe (n 8) 224; Oğuz Sadık Aydos, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* (Seçkin 2022) 138; İhsan Erdoğan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gazi 2019) 193; Bilgili ve Demirkapı (n 4) 155; Faizin bu niteliğine ilişkin açıklamalar için bkz. Blaeser (n 2) 17 vd.

¹⁵ Tunçomağ (n 4) 93; Weber (n 2) Art. 73, N. 46; Feyzioğlu (n 4) 61; Eren (n 13) 1109; Haşiloğlu (n 4) 232; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 4) 107; Kaya (n 4) 347, 350; Aydoğdu ve Nart (n 5) 300; Antalya (n 5) 165.

¹⁶ Tunçomağ (n 4) 93; Haşiloğlu (n 4) 225; Erdoğan (n 14) 193.

¹⁷ Tunçomağ (n 4) 93; Haşiloğlu (n 4) 225.



borç olması sebebiyle asıl borca bağlı doğduğu gibi, saklı tutulmadığı takdirde asıl borcun sona ermesi ile de sona erer¹⁸. “*Asıl borca bağlı hak ve borçların sona ermesi*” başlıklı TBK m. 131’de bu duruma yer verilmektedir. Hükmün 1. fıkrasında, asıl borç sona erdiğinde faizin de sona ereceği; 2. fıkrasında ise işlemiş faizin ifasını isteme hakkının saklı tutulmuş olması veya durum ve koşullardan saklı tutulduğunun anlaşılması halinde anapara alacağı sona ermesine rağmen faizin istenebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca TBK m. 104/2’de de, alacaklının anaparanın tamamı için makbuz vermiş olması halinde, faizlerini de almış olduğunun kabul edileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden de, faizin fer’i niteliği ve kural olarak asıl borcun sona ermesi ile sona ereceği açıkça anlaşılmaktadır¹⁹.

Faizin fer’i bir borç olma özelliğinin, ayrıca kural olarak faizin asıl alacağın sahibi lehine doğacak olması, asıl alacağın temlikinin faiz alacağının da temliki sonucunu doğurması gibi sonuçları da bulunmaktadır²⁰. Bununla birlikte bazı hallerde ise faiz, asıl alacaktan ayrı hükümlere tabi olmaktadır²¹. Bu çerçevede örneğin, faiz asıl alacaktan bağımsız olarak da takip ve dava konusu yapılabilmektedir²².

Asıl borç olan para borcunun kaynağı önemli değildir. Bu nedenle, asıl borç kanundan doğabileceği gibi, bir hukuki işlemde veya haksız fiilden de doğabilir²³. Bununla birlikte, bir para borcu kendiliğinden faiz doğurmaz²⁴. Bir başka ifadeyle, faiz borcunun doğması için özel bir dayanağının bulunması gerekmekte ve bu dayanak bir kanun hükmü veya bir hukuki işlem olabilmektedir²⁵.

¹⁸ Tunçomağ (n 4) 98; Weber (n 2) Art. 73, N. 48; Haşiloğlu (n 4) 232; Eren (n 13) 1109; Bozer ve Göle (n 5) 369; Helvacı (n 2) 51; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 80; Kaya (n 4) 347; Blaeser (n 2) 26; Demir (n 5) 214; Aydoğdu ve Nart (n 5) 300; Kılıçoğlu (n 8) 785; Ünlütepe (n 8) 224; Aydos (n 14) 138; Bilgili ve Demirkapı (n 4) 155.

¹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 4) 107.

²⁰ Feyzioğlu (n 4) 61; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 80; Aydoğdu ve Nart (n 5) 300; Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kaya (n 4) 350-352 ve Helvacı (n 2) 51-60 ve Aydoğdu (n 4) 87-88.

²¹ Feyzioğlu (n 4) 61; Helvacı (n 2) 60; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 80; Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Haşiloğlu (n 4) 234-235.

²² Feyzioğlu (n 4) 61-62; Eren (n 13) 1110; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 4) 107; Bozer ve Göle (n 5) 370; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 80; Aydoğdu (n 4) 88; Aydoğdu ve Nart (n 5) 301; Kılıçoğlu (n 8) 785-786; Antalya (n 5) 166; Erdoğan (n 14) 193; Bilgili ve Demirkapı (n 4) 155; Faizin asıl alacaktan bağımsız olduğu hallere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Helvacı (n 2) 60-63.

²³ Kaya (n 4) 347; Helvacı (n 2) 50; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 79; Antalya (n 5) 167; Ünlütepe (n 8) 224.

²⁴ Tunçomağ (n 4) 95; Haşiloğlu (n 4) 226; Ünlütepe (n 8) 224.

²⁵ Feyzioğlu (n 4) 62; Oğuzman ve Öz (n 14) 324; Eren (n 13) 1110; Blaeser (n 2) 14; Ünlütepe (n 8) 224; Erdoğan (n 14) 194; Faizin bir kanun hükmü, bir hukuki işlem veya mahkeme

Faiz ile ilgili olarak farklı kanunlarda düzenlemeler bulunmaktadır. Bununla birlikte, bu çalışmada konu, TBK kapsamında ele alınmaktadır. Bu hükümler, bazen tamamlayıcı hukuk kuralları, bazen ise sınırlamalar içerdiği için emredici hukuk kuralları olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶.

B. FAİZ ÇEŞİTLERİ

1. Basit Faiz-Bileşik Faiz

Basit faiz-bileşik faiz ayrımı, faizin hesaplanma şekli esas alınmak suretiyle yapılan bir ayrımdır²⁷. Bu açıdan bakıldığında, basit faiz, anaparaya belli bir zaman diliminde belli bir oranda işletilen faizdir²⁸. Basit faizi bileşik faizden ayıran nokta, faize sadece anaparanın konu olmasıdır²⁹. Zira bileşik faiz, belli bir zaman diliminde anaparaya yürütülen faizin, anaparaya eklenmesinin ardından elde edilen meblağa yeniden belli oranda faiz yürütülmesidir³⁰. Ancak bu sadece anapara faizlerinin toplanması ve elde edilen meblağa yeniden faiz yürütülmesi ile değil, temerrüt faizlerinin toplanması ve buna yeniden faiz yürütülmesi şeklinde de söz konusu olabilmektedir³¹. Bileşik faiz, faize faiz yürütülmesinden³² hareketle kötüye kullanılabilmesi ve ekonomik anlamda karşı tarafın yıkımına neden olabileceği gerekçesiyle kural olarak yasaklanmıştır³³. TBK m. 388/3'te, "*Faizin anaparaya eklenerek birlikte yeniden faiz yürütülme-*

kararından doğabileceği konusunda bkz. Tunçomağ (n 4) 95, Aydoğdu (n 4) 87, Şen ve Şen (n 4) 480 ve Aydoğdu ve Nart (n 5) 299; Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Haşiloğlu (n 4) 226-229 ve Blaeser (n 2) 20-22.

²⁶ Aydoğdu (n 4) 87; Bu konuda örnekler için bkz. Rona Serozan, 'Yeni Borçlar Kanunu'nda "İfa Zamanı" ve "Zamanında İfa Etmeme" Konularında Rastlanan Yenilikler', içinde İş Dünyası ve Hukuk-Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan (2011) 1078.

²⁷ Helvacı (n 2) 99; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 81; Koyuncu (n 4) 83.

²⁸ Kaya (n 4) 352; Helvacı (n 2) 99; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 81; Erdoğan (n 14) 195.

²⁹ Kaya (n 4) 352.

³⁰ Feyzioğlu (n 4) 63; Eren (n 13) 1115; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2021) 85; Kaya (n 4) 352; Helvacı (n 2) 99; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 81; Şen ve Şen (n 4) 478; Erdoğan (n 14) 195; Bileşik faizi ifade etmek üzere "mürekkep faiz" kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Feyzioğlu (n 4) 63, Kaya (n 4) 352, Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 4) 108 ve Erdoğan (n 14) 195; Bileşik faize ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Arkan (n 30) 94 vd.

³¹ Helvacı (n 2) 99.

³² Feyzioğlu (n 4) 63; Eren (n 13) 1115; Arkan (n 30) 94; Helvacı (n 2) 99; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 81.

³³ Kaya (n 4) 352; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 4) 108; Eren (n 13) 1115; Demir (n 5) 221, 224; Helvacı (n 2) 99-100; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 94; Ayrancı (n 14) 104; Yargıtay 3. HD, E. 2021/4729, K. 2021/12732, T. 09.12.2021<karararama.yargitay.gov.tr> erişim tarihi: 20 Nisan 2022.



si kararlaştırılmaz.” düzenlemesi ile tüketim ödünçü sözleşmesi bakımından bu yasağa açıkça yer verilmiştir. Bu yasağın adi işler bakımından mutlak olduğunu söylemek mümkünken, ticari işlerle ilgili olarak da yasak kural olarak geçerli olmakla birlikte, bazı istisnalar getirilmiştir³⁴. Bu yasağın istisnaları 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu³⁵ m. 8/2’de yer almaktadır. Buna göre, *“Üç aydan aşağı olmamak üzere, faizin anaparaya eklenerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi şartı, yalnız cari hesaplarla her iki taraf bakımından da ticari iş niteliğinde olan ödünç sözleşmelerinde geçerlidir. Şu şartla ki, bu fıkra, sözleşenleri tacir olmayanlara uygulanmaz.”* Hükümde istisnai olarak bileşik faiz uygulanmasına izin verilmiş olmakla birlikte, bu uygulama belirli şartlara tabi tutularak, ortaya çıkması muhtemel problemlerin önüne geçilmek istenmiştir.

2. Anapara Faizi-Temerrüt Faizi

Uygulanacak faiz oranlarının ve yasal düzenlemelerin belirlenmesi bakımından hukukumuzda yapılan en temel ayırım anapara faizi-temerrüt faizi ayırımıdır³⁶. Bu ayırımıda, faizin ortaya çıktığı dönem dikkate alınmaktadır³⁷. Anapara faizi, belirli bir meblağın ödünç, kredi vb. bir işlem nedeniyle verilmiş olması halinde alacaklının bu meblağdan belli bir süre mahrum kalması karşılığında verilen faizdir³⁸. Anapara faizi, temerrüde düşmeden ödenmesi gereken bir faizdir³⁹. Bu faize genellikle kredili, taksitli veya vadeli satışlarda rastlan-

³⁴ Kaya (n 4) 361; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 4) 108; Eren (n 13) 1115-1116; Bozer ve Göle (n 5) 376-377; Demir (n 5) 224; Koyuncu (n 4) 84; Cansel ve Özel (n 4) 250; Erdoğan (n 14) 195; Bu istisnalara ilişkin bilgi için bkz. Arkan (n 30) 85, Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 95-97 ve Bozer ve Göle (n 5) 377-378; TBK m. 121/1’ın adi işlerde bileşik faiz bakımından sınırlı bir istisna olarak ele alınmasının söz konusu olabileceği, ancak buradaki istisnanın sadece anapara faizi bakımından olduğu konusunda bkz. Kaya (n 4) 361, dn. 50; Farklı ihtimallerle faize tekrar faiz yürütülmesi durumunun değerlendirilmesi için bkz. Yağcı (n 13) 422.

³⁵ Resmi Gazete T. 14.02.2011, S. 27846.

³⁶ Aydoğdu (n 4) 88; Aydoğdu ve Nart (n 5) 301; İki faiz türü olduğu ve bunların (anapara-temerrüt faizi) da kanundan veya sözleşmeden doğabildiği konusunda bkz. Şen ve Şen (n 4) 475.

³⁷ Helvacı (n 2) 102; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 81; Ünlütepe (n 8) 224.

³⁸ Kaya (n 4) 352; Bu faizi ifade etmek üzere, “sermaye faizi”, “kapital faizi” ve “resülmal faizi” ifadeleri de kullanılmaktadır. Bkz. Aydoğdu (n 4) 88; Arkan, anapara faizini, “belli bir para tutarını talep hakkına sahip bulunan alacaklıya, bu paradan belli bir süre yoksun kalması nedeniyle borcun vadesine (iade edilmesi gereken tarihe) kadar ödenen karşılık” şeklinde tanımlamıştır. Bkz. Arkan (n 30) 80; Bozer ve Göle ise anapara faizini, “mahrum kalınan bir miktar paraya, mahrumiyet süresi ve mahrum kalınan paranın miktarı ile orantılı olarak sağlanan medeni semere” şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Bozer ve Göle (n 5) 36; Helvacı ise anapara faizini, “herhangi bir para alacağına tarafların kararlaştırması ya da kanun gereği vadeye kadar işletilen faiz” olarak tanımlamaktadır. Bkz. Helvacı (n 2) 102; Anapara faizine ilişkin açıklamalar için bkz. Koyuncu (n 4) 62-65.

³⁹ Aydoğdu (n 4) 88; Şen ve Şen (n 4) 477; Aydoğdu ve Nart (n 5) 301; Ünlütepe (n 8) 224.

maktadır⁴⁰. Buna örnek olarak, tüketicici kredisi sözleşmesinde, tüketicinin aylık ödemelerinde ödediği anapara faizi gösterilebilir⁴¹.

Temerrüt faizi ise bir para borcunu ifa yükümlülüğünü zamanında yerine getirmeyip temerrüde düşen borçlunun temerrüt durumu devam ettiği sürece ödemek zorunda kaldığı faizdir⁴². Temerrüt faizi, temerrüdün gerçekleşmesi ile kanun gereği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır⁴³. Temerrüt faizi, amacı dikkate alındığında bir tazminat niteliğindedir⁴⁴. Ancak temerrüt faizinin talep edilebilmesi için, alacaklının mutlaka zarara uğramış olması gerekmez⁴⁵. Daha açık bir ifadeyle, alacaklının zararı temerrüt faizi miktarından az olsa ve hatta alacaklı hiç zarara uğramamış olsa bile temerrüt faizi talep edebilmektedir⁴⁶. Zira geciken ifanın alacaklı bakımından yarattığı muhtemel zarar dikkate alınarak, bunun kolay ve zahmetsiz olarak karşılanması amacıyla, alacaklıya zararı ve miktarı ile borçlunun kusurunu ispatlamak zorunda kalmaksızın temerrüt faizi talep etme imkanı sağlanmaktadır⁴⁷. Bir başka ifadeyle, zararın doğup doğmadığına, borçlunun kusurunun bulunup bulunmadığına bakılmaksızın temerrüt faizi ödenmesi gerekmektedir⁴⁸. Bu özelliği dikkate alındığında, temerrüt faizi, temerrüt dolayısıyla ortaya çıkan zararları karşılayan asgari bir tazminat olarak nitelendirilebilir⁴⁹. Nitekim TBK m. 122'deki temerrüt faizini aşan zararın giderilmesine ilişkin düzenleme de temerrüt faizinin bu özelliğini ortaya koymaktadır⁵⁰. Temerrüt faizi, borcun kaynağı önemli olmaksızın, sadece para borçlarında uygulanmaktadır⁵¹.

⁴⁰ Aydoğdu (n 4) 89; Aydoğdu ve Nart (n 5) 301.

⁴¹ Aydoğdu (n 4) 89; Aydoğdu ve Nart (n 5) 301.

⁴² Barlas (n 5) 124, 126; Arkan (n 30) 80; Kaya (n 4) 352; Ünlütepe (n 8) 224; Bilgili ve Demirkapı (n 4) 156; Bu faizi ifade etmek üzere “geçmiş günler faizi” ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. Feyzioğlu (n 4) 62; Ayrıca bu faizi ifade etmek üzere yine “gecikme faizi” ifadesi de kullanılmaktadır. Bu kullanım ve eleştirisi için bkz. Barlas (n 5) 126-127.

⁴³ Barlas (n 5) 124, 127; Ayrancı (n 14) 103; Demir (n 5) 213, 218; Yargıtay HGK E. 2017/1048, K. 2020/381, T. 10.06.2020 <karararama.yargitay.gov.tr> erişim tarihi: 20 Nisan 2022; Temerrüt faizinin şartlarına ilişkin olarak bkz. Barlas (n 5) 137 vd. ve Ayrancı (n 14) 100 vd.

⁴⁴ Barlas (n 5) 136; Arkan (n 30) 80; Ayrancı (n 14) 101; Kaya (n 4) 352; Koyuncu (n 4) 65; Yağcı, temerrüt faizini tanımlarken, götürü bir tazminat olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Yağcı (n 13) 422; Temerrüt faizinin amaç ve fonksiyonlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas (n 5) 127-129; Yargıtay HGK, E. 2017/2077, K. 2019/119, T. 12.02.2019'de bkz. Yerel mahkemenin direnme kararı <karararama.yargitay.gov.tr> erişim tarihi: 20 Nisan 2022.

⁴⁵ Barlas (n 5) 133; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 82; Koyuncu (n 4) 66.

⁴⁶ Barlas (n 5) 133.

⁴⁷ Barlas (n 5) 127-128; Kaya (n 4) 352; Şen ve Şen (n 4) 477-478.

⁴⁸ Helvacı (n 2) 102; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 82.

⁴⁹ Kaya (n 4) 352; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 82; Şen ve Şen (n 4) 477.

⁵⁰ Kaya (n 4) 352; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 82; Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. Barlas (n 5) 187 vd.

⁵¹ Demir (n 5) 218.



Belirtmek gerekir ki, bu iki faiz türü farklı olsa da, yasal düzenlemelerdeki kullanımlarda veya öğretilerde her zaman açık olarak “anapara faizi” ifadesi kullanılmamakta, zaman zaman sadece “faiz” veya “akdi faiz” ifadeleri tercih edilmektedir⁵². Buna örnek olarak, TBK m. 88’de “faiz” ifadesi kullanılması ve bunun aslında anapara faizini ifade ediyor olması gösterilebilir⁵³. Bununla birlikte, aşağıdaki başlıkta ele alınan akdi faiz kavramı farklı bir hususu ifade etmekte ve hem temerrüt faizi hem de anapara faizi akdi faiz olarak öngörülebilmektedir⁵⁴.

3. Akdi Faiz-Kanuni Faiz

Akdi ve kanuni faiz ayrımı, faizin kaynağına göre yapılan bir ayrımdır⁵⁵. Buna göre akdi faiz, bir para alacağı bakımından taraflarca sözleşmede öngörülen faizi ifade etmektedir⁵⁶. Başka bir ifadeyle, bu faizin kaynağı tarafların iradesidir⁵⁷. Taraflar bu kapsamda örneğin, anapara faizi veya temerrüt faizi kararlaştırabilirler⁵⁸. Ancak, iradi faiz daha çok anapara faizi bakımından önem taşır⁵⁹.

Kanuni faiz ise belli bir alacağı yasal olarak uygulanan faizi ifade etmektedir⁶⁰. Bu faiz taraf iradelerince öngörülmemekte, doğrudan kanunda belirlenmiş bulunmaktadır⁶¹. Bir başka ifadeyle, yasal düzenlemeden kaynaklanan ve taraflarca sözleşmede bir faiz öngörülmüş olmasa da, alacaklı bakımından faiz talep edebilme imkanı doğuran faiz, kanuni faizdir⁶². Belirtmek gerekir ki,

⁵² Aydoğdu (n 4) 89; Aydoğdu ve Nart (n 5) 301; Bazı yasal düzenlemelerdeki farklı kullanımlar konusunda açıklamalar için bkz. Bozer ve Göle (n 5) 368-369.

⁵³ Burada “anapara faizi” teriminin kullanılmasının daha yerinde olacağı konusunda açıklama için bkz. Aydoğdu (n 4) 92.

⁵⁴ Bu kullanıma ilişkin ayrıntılı bilgi ve ayırım yapılarak kavramların kullanımının önemi için bkz. Aydoğdu (n 4) 89.

⁵⁵ Feyzioglu (n 4) 62; Kaya (n 4) 353; Helvacı (n 2) 96; Koyuncu (n 4) 68; Ünlütepe (n 8) 224; Akdi faizi ifade etmek üzere “iradi faiz”, kanuni faizi ifade etmek üzere ise “nizamî faiz” de kullanılmaktadır. Bkz. Arkan (n 30) 81.

⁵⁶ Kaya (n 4) 353; Eren (n 13) 1111; Arkan (n 30) 81; Aydoğdu (n 4) 89; Şen ve Şen (n 4) 477; Yağcı (n 13) 423; Aydoğdu ve Nart (n 5) 302; Antalya (n 5) 167; Cansel ve Özel (n 4) 250; Erdoğan (n 14) 194; Bunun yerine “sözleşmesel faiz” kullanımı için bkz. Serozan (n 26) 1078; “Akdi faiz” ifadesinin yerinde olmadığı, zira içerisinde her türlü hukuki işlemi barındırmadığı konusunda bkz. Helvacı (n 2) 96-97. Yazar bunun yerine “iradi faiz” ifadesini kullanmayı tercih ettiği gibi, bu faiz türünü açıklarken de, hukuki işlemle kararlaştırılan faiz olduğunu belirtmektedir. Benzer şekilde bkz. Koyuncu (n 4) 68.

⁵⁷ Kaya (n 4) 353; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 81.

⁵⁸ Kaya (n 4) 353; Arkan (n 30) 81; Bozer ve Göle (n 5) 368; Şen ve Şen (n 4) 477; Yağcı (n 13) 423.

⁵⁹ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 81.

⁶⁰ Kaya (n 4) 353.

⁶¹ Eren (n 13) 1111; Helvacı (n 2) 96; Demir (n 5) 213; Şen ve Şen (n 4) 475; Aydoğdu ve Nart (n 5) 302.

⁶² Barlas (n 5) 125; Ünlütepe (n 8) 224.

anapara veya temerrüt faizi kanuni faiz olabilir⁶³. Bununla birlikte, genellikle kanuni faiz denildiğinde akla ilk gelen temerrüt faizidir⁶⁴.

4. Adi İşlerde Faiz-Ticari İşlerde Faiz

Adi işlerde ve ticari işlerde faiz, faizin bağlı olduğu para borcunun doğduğu hukuki ortama göre yapılan ve yasal dayanağı olan bir ayırmadır⁶⁵. Bu ayırmada, faizin doğduğu hukuki ilişkinin ticari iş niteliğinde olup olmaması dikkate alınmaktadır⁶⁶. Ticari işlerde faiz, TTK anlamında (bkz. m. 3 ve 19) ticari işler bakımından uygulama alanı bulan faizdir⁶⁷. TTK m. 8 ilâ 10'da ticari işlerde faize ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır. Adi işlerde faiz ise ticari işler dışında kalan işlere uygulanan faizdir⁶⁸. Buna ilişkin temel düzenlemeler TBK m. 88 ve 120-122'de yer almaktadır.

Adi işlerde faiz-ticari işlerde faiz ayırımı, konuya ilişkin yasal düzenlemeler ve bunların uygulanması bakımından farklar bulunduğundan önem taşımaktadır⁶⁹.

II. ALACAKLININ TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI VE SONUÇLARI

Alacaklının temerrüdü, TBK m. 106 ila 110'da düzenlenen bir ifa engeli-dir⁷⁰ ve temelinde, alacaklının edimin ifasına katılımı gerekirken, bunu yerine getirmemiş olması yer alır. Zira çoğu edim bakımından, borçlunun edimi gereği gibi ifa edebilmesi alacaklının ifaya katılımını gerektirmekte, alacaklı bunu yerine getirmediğinde ise alacaklının temerrüdü söz konusu olmaktadır⁷¹. Alacaklının edimin ifasına katılımının gerekli olmadığı hallerde ise alacaklının temerrüdü kurumundan söz edilmez⁷². Bir başka ifadeyle, ancak alacaklının

⁶³ Kaya (n 4) 353; Arkan (n 30) 81; Bozer ve Göle (n 5) 368; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 81; Yağcı (n 13) 423.

⁶⁴ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 4) 107; Feyzioğlu (n 4) 62; Oğuzman ve Öz (n 14) 324; Farklı bir kullanıma ilişkin değerlendirme için bkz. Arkan (n 30) 81.

⁶⁵ Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 92; Helvacı (n 2) 114-115.

⁶⁶ Yağcı (n 13) 427.

⁶⁷ Feyzioğlu (n 4) 63; Kaya (n 4) 353-354; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 92; Yağcı (n 13) 427; Koyuncu (n 4) 85; ; Cansel ve Özel (n 4) 250; Ticari işlerde faizin özelliklerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan (n 30) 84 vd.

⁶⁸ Feyzioğlu (n 4) 63; Kaya (n 4) 354; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 92; Koyuncu (n 4) 84; ; Cansel ve Özel (n 4) 250; Erdoğan (n 14) 195.

⁶⁹ Ortaya çıkan bu farklar için bkz. Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan (n 4) 92 vd.; Açıklamalar için ayrıca bkz. Eren (n 13) 1111 vd., Arkan (n 30) 81 vd., Bozer ve Göle (n 5) 370 vd. ve Yağcı (n 13) 423 vd.

⁷⁰ Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 4) s. 142.

⁷¹ Eren (n 13) 1144; Cansel ve Özel (n 4) 266; Andreas Furrer, Markus Müller-Chen ve Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 572.

⁷² Şahin Akıncı, 'Alacaklının Temerrüdü' (1999) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi



katılımının edimin ifası için zorunlu olduğu hallerde, alacaklının temerrüdü ortaya çıkabilir⁷³. Bu açıdan bakıldığında, alacaklının haklı bir nedene dayanmaksızın edimin ifasına katılmaktan kaçınması şeklinde ifade edilebilecek alacaklının temerrüdünü; alacaklının, borçlunun gereği gibi teklif ettiği edimi kabulden veya edimin ifası için kendisinin yapması gereken hazırlık fiillerini yerine getirmekten haklı bir neden olmaksızın kaçınması şeklinde tanımlamak mümkündür⁷⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun 106. maddesinin 1. fıkrasında alacaklının temerrüdünün şartlarına yer verilmiştir. Buna göre, “*Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur.*” Hükümden, alacaklının temerrüdünün temel şartlarına ulaşılmaktadır. Bunlar, edimin gereği gibi teklif edilmesi, alacaklının kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınması ve bu kaçınmanın haklı bir nedene dayanmamasıdır⁷⁵.

99; Oğuzman ve Öz (n 14) 374; Süleyman Yalman, *Türk Borçlar Hukukunda Alacaklının Temerrüdü Halinde Borçlunun Tevdi Hakkı* (Aybil 2012) 9; Aydos (n 14) 143; Erdoğan (n 14) 213-214.

⁷³ Feyzioğlu (n 4) 141; Eren (n 13) 1145; Oğuzman ve Öz (n 14) 374; Yalman (n 72) 9; Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt 3* (Yetkin 2022) 2166; Aydos (n 14) 143.

⁷⁴ Eren (n 13) 1144-1145; Eren ve Dönmez (n 73) 2166; Ünlütepe (n 8) 241; Cansel ve Özel (n 4) 266; Erdoğan (n 14) 212; Bilgili ve Demirkapı (n 4) 184; Bu tanımlama Türk ve İsviçre hukuku bakımından yerinde olmakla birlikte, Alman hukukunda alacaklının kaçınmasının “haklı nedene dayanmaması” aranmadığından, bu ifadenin çıkarılması halinde Alman hukuku bakımından tanıma genel olarak ulaşılmaktadır.

⁷⁵ Biz Kanun'dan çıkarılan üç şarta yer vermiş bulunmaktayız. Ancak bunların da farklı şekilde ele alınması mümkündür. Bu kapsamda, örneğin *Tekben*, alacaklının temerrüdünün borçlu ve alacaklıya dönük iki şartının bulunduğuna yer vermektedir. Yazar bunların da, borçlu tarafından edimin ifaya uygun olarak arz edilmesi ve alacaklı tarafından ise ifanın haklı bir nedene dayanımlı reddedilmesi ya da ifa için hazırlık hareketlerinin yapılmasından kaçınılması olduğunu belirtmektedir. Bkz. Tuğçe Tekben, ‘Alacaklı Temerrüdünün Hukuki Sonuçları’, (2016) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Özel Sayısı (III. Cilt) 2598. Temelde iki şarta yer verilen benzer bir örnek için ayrıca bkz. Feyzioğlu (n 4) 142; Oğuzman ve Öz de, iki temel şartın bulunduğuna yer vermekte, ancak bunların “alacaklının kaçınması” ve “kaçınmanın haklı bir sebebe dayanmaması” olduğunu belirtmektedir. Bkz. Oğuzman ve Öz (n 14) 375; Yer verdiğimiz şartlar, yasal düzenlemeden ulaşılan temel şartlar olmakla birlikte, bunlara bir borç ilişkisinin ve borcun varlığı, borcun muaccel veya ifa edilebilir olması, borcun ifasının mümkün olması da eklenebilir. Bu şekilde, temeldeki üç şart dışındaki şartlara genellikle konunun ayrıntılı incelendiği eserlerde rastlanmaktadır. Bu çerçevede bu şartların bazılarına yer veren eserler için bkz. Sulhi Selahattin Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (Filiz 1993) 838 vd., Nevzat Koç, *İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü* (Ankara Üniversitesi Basımevi 1992) 84 vd., Mehmet Üçer, *Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü* (Turhan 2007) 57 vd. ve Aziz Erman Bayram, *Alacaklının Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları* (Yetkin 2022) 155.

Alacaklının temerrüdü bakımından, kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi ve en önemlisi de edimin ifa edilebilmesi için alacaklının katılımının zorunlu olması ve ancak alacaklının bunu ihmal etmiş bulunması gerekli olmakla birlikte; alacaklının bu katılımı kural olarak bir yükümlülük niteliğinde olmadığından, katılımı ihmal etmesi de yükümlülük ihlali niteliği taşımaz⁷⁶. Zira alacaklı, borç ilişkisinde genel olarak haklara sahip olan taraftır ve edimin ifasına katılımı bakımından da yasal düzenleme gereğince bir yükümlülük öngörülmemiştir. Bu bağlamda, alacaklının gerekli katılım fiilini yerine getirmemesi halinde borçlunun alacaklıya karşı bunları yerine getirmesi amacıyla bir dava açması veya alacaklının ifaya katılmaması nedeniyle tazminat talebinde bulunması mümkün değildir⁷⁷. Bununla birlikte, borçlunun borcun ifası bakımından menfaati bulunduğu ve borcu gereği gibi ifaya hazır olmasına karşın, kendisinden kaynaklanmayan bir nedenle edimi ifa edememesi dikkate alınarak; alacaklının gerekli olan katılım fiillerini yerine getirmesi bir külfet olarak kabul edilmiştir⁷⁸. Bunun sonucu olarak da, alacaklının temerrüde düşmesi ile birlikte (külfet ihlali ile) bazı imkanları kaybı ve borçlu bakımından ise durumunun hafifletilmesine ilişkin esaslar kabul edilmiştir⁷⁹.

⁷⁶ Stephan Lorenz, *Beck'scher Online-Kommentar* (Ed., Heinz Georg Bamberger ve Herbert Roth, beck-online 2021) § 293, Rn. 1; Herbert Wiedemann, § 275 und §§ 279-304, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Band 2, Schuldrecht I*, (Ed. Hans-Theodor Soergel and Wolfgang Siebert, Kohlhammer-Kommentar 1990) Vor § 293, Rn. 17; Tunçomağ (n 4) 756; Akıncı (n 72) 106; Kural olarak şeklinde ifade edilmesinin sebebi, edimin ifası için alacaklının yerine getirmesi gereken fiillerin, taraflarca veya özel hükümlerle bir yükümlülük niteliğinde öngörülmüş olmasının mümkün olmasıdır. Bir katılma veya kabul yükümlülüğünün öngörüldüğü bir durumda, bunların yerine getirilmemesinin yükümlülük ihlali teşkil edeceği açıktır. Konuya ilişkin olarak bkz. Wolfgang Ernst, *BGB §§ 293-304, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I (§§ 241-310)* (2019) § 293, Rn. 1, 22, Sebastian Dötterl, 'Grosskommentar BGB §§ 293-304' içinde (Ed. Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz and Christoph Reymann) (beck-online, 2020) § 293, Rn. 37, Lorenz (n 76) § 293, Rn. 13, Demian Stauber, *Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs, ASR - Abhandlungen zum Schweizerischen Recht Band/Nr. 757*, (Ed. Heinz Hausheer, Stämpfli Verlag 2009) 232, Oğuzman ve Öz (n 14) 379-380 ve Akıncı (n 72) 106.

⁷⁷ Dötterl (n 76) § 293, Rn. 11; Lorenz (n 76) § 293, Rn. 1; Stauber (n 76) 232; Akıncı (n 72) 98-99; Eren ve Dönmez (n 73) 2168; Antalya (n 5) 183, 193; Murat Doğan, İsmail Atamulu ve Gökhan Şahan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin 2021) 271; Cansel ve Özel (n 4) 267; Bilgili ve Demirkapı (n 4) 186.

⁷⁸ Wiedemann (n 76) Vor § 293, Rn. 17; Lorenz (n 76) § 293, Rn. 1; Weber (n 2) Art. 91, N. 52; Schraner (n 8) Art. 91, N. 24-25; Stauber (n 76) 55, 56; Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 4) 145; Eren (n 13) 1146; Akıncı (n 72) 99; Yalman (n 72) 24; Eren ve Dönmez (n 73) 2168; Cansel ve Özel (n 4) 267; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 485; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 71) 572, 577.

⁷⁹ Eren (n 13) 1147; Üçer (n 75) 55; Cansel ve Özel (n 4) 267; Antalya (n 5) 193; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu (n 78) 486-487; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 71) 572.



Genel olarak alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümlerin amacı, borçluyu alacaklının temerrüdü nedeniyle ortaya çıkan dezavantajlı duruma karşı korumaktır⁸⁰. Zira, borçlu borcun ifası için üstüne düşeni yerine getirmiş olmasına rağmen, borcundan kurtulamamakta ve borç konusuna ilişkin de sorumlulukları (hafiflemekle birlikte) devam etmektedir⁸¹. Çünkü alacaklının temerrüdü, kural olarak, doğrudan borçluyu borcundan kurtaran bir kurum değildir⁸². Bir başka ifadeyle, alacaklı temerrüde düşse bile, kural olarak borçlunun edim yükümlülüğü ve alacaklının da alacağına ilişkin talep hakkı varlığını sürdürür⁸³. Ancak borçlunun borcundan kurtulmakta ve borç ilişkisinin öngörülen zamanda sona ermesinde menfaati bulunmaktadır⁸⁴. Bu nedenle, alacaklının temerrüde düşmesi halinde borçlu için bazı imkanlar tanınmıştır. Bunların bazıları borçluya borcundan kurtulma imkanı sağlarken, diğerleri borçlunun durumdan zarar görmemesi için alacaklı karşısındaki durumunu iyileştirmeyi amaçlar⁸⁵. Bu imkanlar; alacaklının temerrüdünün özel sonuçları (borçlunun borçtan kurtulmasını sağlayan özel imkanlar) ve alacaklının temerrüdünün genel sonuçları (borçluyu alacaklı karşısında koruyan genel imkanlar) şeklinde ayrılmaktadır⁸⁶.

Alacaklının temerrüdünün borçlunun borçtan kurtulmasını sağlayan sonuçları, TBK m. 107 ila 110'da düzenlenmiştir. Bu kapsamda, borçluya borcun konusuna göre değişen ve borçlunun borcundan kurtulmasına yarayan haklar tanınmaktadır. Bu haklar; maddi edimler bakımından tevdi⁸⁷ ve satma hakkı ile konusu bir şeyin verilmesi olmayan borçlar bakımından ise dönme hakkıdır.

⁸⁰ Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. Hermann Becker, *Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Berner Kommentar* (Verlag Stämpfli & Cie 1945) Vor Art. 91-96, N. 1.

⁸¹ Feyzioglu (n 4) 149; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (n 4) 147.

⁸² Feyzioglu (n 4) 148; Tekben (n 75) 2599; Aydoğdu ve Nart (n 5) 292; Antalya (n 5) 183; Ünlütepe (n 8) 242; Aydos (n 14) 143; Doğan, Atamulu ve Şahan (n 77) 271; Cansel ve Özel (n 4) 271; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* (Seçkin 2016) 383.

⁸³ Andreas von Tuhr ve Arnold Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II* (Schulthess1984) 73; Weber (n 2) Art. 92, N. 9; Schraner (n 8) Art. 92, N. 7; Dötterl (n 76) § 293, Rn. 99; Tunçomağ (n 4) 763; Eren (n 13) 1152; Akıncı (n 72) 106; Herbert Geisler, '§§ 293-304, juris Praxiskommentar BGB Band 2' (Ed. Maximilian Herberger ve diğerleri, Juris 2020) § 293, Rn. 89; Eren ve Dönmez (n 73) 2181; Doğan, Atamulu ve Şahan (n 77) 271; Bu kuralın istisnai TBK m. 593/2 gereğince, alacaklının haklı bir neden olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınması halinde, kefilin borcundan kurtulmasıdır.

⁸⁴ Yalman (n 72) 7.

⁸⁵ Tekben (n 75) 2599.

⁸⁶ Üçer (n 75) 123-124; Eren (n 13) 1152; Tekben (n 75) 2599; *Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop*, bu ayrımı "borçlunun sorumluluğunu kaldırır" ve "borçlunun sorumluluğunu daraltan veya hafifleten hükümler" şeklinde yapmaktadır. Bkz. *Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop* (n 75) 843; Ayrımın alacaklının temerrüdünün kanunda düzenlenen ve düzenlenmeyen sonuçları şeklinde de yapıldığı görülmektedir. Bunun için bkz. Bayram (n 75) 329 vd.

⁸⁷ Tevdi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Yalman (n 72) 3 vd.

Bunların en önemli özelliği, borçlunun bu hakları kullanmak bakımından serbest olması ve ancak kullanması ile borcundan kurtulabilmesidir.

Alacaklının temerrüdünün borçluyu alacaklıya karşı koruyan genel sonuçları ise TBK’da düzenlenmemiştir⁸⁸. Ancak bunlar, içtihatlar ve öğreti tarafından, yabancı hukuk sistemlerindeki konuya ilişkin düzenlemelerin de etkisiyle geliştirilmiştir⁸⁹. Bu sonuçların diğerlerinden farkı, borçluya borcundan kurtulma imkanı sağlamasa da, gerçekleşemeyen ifa sebebiyle borçlunun zarar görmemesi düşüncesi ile onun alacaklı karşısındaki durumunu haklı olarak iyileştiren imkanlar olmalarıdır⁹⁰. Genel sonuçlar ise örneğin, borçlunun sorumluluğunun hafiflemesi, hasarın alacaklıya geçmesi, alacaklının ödemezlik def’ini ileri sürememesi, borçlunun temerrüdünün sona ermesi, borçlunun masrafları alacaklıdan talep edebilmesidir⁹¹.

III. ALACAKLININ TEMERRÜDÜNDE FAİZLERİN DURUMU

Faize ilişkin en temel ayrımlardan biri, yukarıda da yer vermiş olduğumuz gibi, anapara faizi- temerrüt faizi ayrımıdır. Bu nedenle, alacaklının temerrüdü halinde faize ilişkin açıklamalar yapılırken bu ayrımdan hareket edilecektir.

Alacaklının temerrüde düşmesi halinde anapara faizinin işlemeye devam edip etmeyeceği konusunda Türk ve İsviçre hukukunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır⁹². Alman hukukunda ise BGB § 301’de konu açıkça düzenlenmiştir. Hükme göre, faiz ödenmesi gereken bir para borcunda alacaklının temerrüdü süresince borçlu faiz ödemekle yükümlü değildir. Bu hüküm, faiz talebi bakımından bir dayanak oluşturmamakta, ancak alacaklının temerrüde düşmesi halinde borçlunun faiz ödeme yükümlülüğünü sona erdirmektedir⁹³.

⁸⁸ TBK’da alacaklının temerrüdünün sonuçlarının borçluyu alacaklıya karşı koruyan genel sonuçlarını kapsayacak şekilde ayrıntılı düzenlenmemiş olmasının nedeni tarihseldir. Çünkü, TBK’daki alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümlerin kaynağı İsviçre Borçlar Kanunu’dur. İsviçre hukukunda ise tarihsel olarak, alacaklının temerrüdü tevdi için bir neden olarak düzenlenmekteydi. Bu nedenle, TBK’daki düzenlemelere bakıldığında da, sadece tevdi ve onun alternatifi niteliğindeki hakların düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Konuya ilişkin olarak bkz. Weber (n 2) Art. 92, N. 4.

⁸⁹ Weber (n 2) Art. 92, N. 14; Alman hukukundaki düzenlemeler, Türk- İsviçre hukuku bakımından etkili olmuştur.

⁹⁰ Schraner (n 8) Art. 92, N. 11.

⁹¹ Belirtmek gerekir ki, farklı eserlerde bu sonuçların kapsamı da değişebilmektedir. Genel olarak alacaklının temerrüdünün genel sonuçlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Koç (n 75) 275-304, Üçer (n 75) 124-159, Tekben (n 75) 2599-2605 ve Bayram (n 75) 329-423; Bu sonuçlar bakımından farklı bir görüş için bkz. Oğuzman ve Öz (n 14) 380-381.

⁹² Müsterek hukukta anapara faizinin, tevdi kadar işlemeye devam edeceği kabul edilmekteydi. Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. Üçer (n 75) 135-136.

⁹³ Wiedemann (n 76) § 301, Rn. 1; Dötterl (n 76) § 301, Rn. 1, 3; Geisler (n 83) § 301, Rn. 3; Hükümün önceki halinde de, aynı ilke kabul edilmiş olmakla birlikte, buna ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. Dötterl (n 76) § 301, Rn. 3.1.



Hükümün temelinde, borçlunun ifayı gerçekleştirebilmiş olduğu durumda sona ermiş olacak olan faiz yükümlülüğünün, borçludan kaynaklanmayan bir nedenle ifa gerçekleşemediğinde, devam edeceğinin kabul edilmesinin haklı olmayacağı düşüncesi vardır⁹⁴. Hüküm sayesinde, alacaklının temerrüdü ile birlikte borçlu, parayı faiz elde edecek şekilde kullanmak zorunda kalmamaktadır⁹⁵. Bununla birlikte, şayet borç ilişkisinin özelliği gereğince yararların iadesine ilişkin bir yükümlülük söz konusuysa, borçlunun, alacaklının temerrüdü süresince parayı kullanarak fiilen elde ettiği faizler bakımından BGB § 302 hükmü gereğince iade borcu söz konusu olacaktır⁹⁶.

BGB § 301 hükmünün uygulanması bakımından faizin kaynağı ise önemli olmayıp hüküm, hem kanuni hem akdi faiz bakımından uygulama alanı bulmaktadır⁹⁷.

Alman hukukundaki bu belirlemelere karşın, açık yasal düzenlemenin bulunmadığı Türk-İsviçre hukukunda konu tartışmalıdır⁹⁸. Bir görüşe göre, alacaklı temerrüde düşmüş olsa da, borçlu paradan yararlanmaya devam ettiğinden ve faiz de bu yararlanmanın karşılığı olduğundan, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, faizin işlemeye devam etmesi gerekmektedir⁹⁹. Bu görüşe göre, şa-

⁹⁴ Cornelia Feldmann, 'J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: BGB §§ 255-304 (Leistungsstörungsrecht 1)' (Ed. Manfred Löwisch, De Gruyter 2019) § 301, Rn. 1; Dötterl (n 76) § 301, Rn. 2, 8; Roland Schwarze, *Das Recht der Leistungsstörungen* (De Gruyter 2017) 630.

⁹⁵ Wiedemann (n 76) § 301, Rn. 1.

⁹⁶ Wiedemann (n 76) § 301, Rn. 4; Ernst (n 76) § 301, Rn. 3; Dötterl (n 76) § 301, Rn. 8-9; Klaus Lammich, *Gläubiger- und Schuldnerverzug, Systematische Darstellung der Anspruchsgrundlagen* (Berlin, 2003) Rn. 205; Lorenz (n 76) BGB § 301, Rn. 3; Geisler (n 83) § 301, Rn. 5.

⁹⁷ Feldmann (n 94) § 301, Rn. 3; Dötterl (n 76) § 301, Rn. 5; Ernst (n 76) § 301, Rn. 2; Lammich (n 96) Rn. 205; Lorenz (n 76) § 301, Rn. 2; Yabancı para borçları bakımından faiz yükümlülüğünde ise BGB § 668 ve BGB § 1834 hükmü, BGB § 301'e göre önceliklidir. Konuya ilişkin olarak bkz. Ernst (n 76) § 301, Rn. 3, Lorenz (n 76) § 301, Rn. 3 ve Dötterl (n 76) § 301, Rn. 8.

⁹⁸ Akıncı (n 72) 109; Koç (n 75) 295; Üçer (n 75) 136.

⁹⁹ von Tuhr ve Escher (n 83) 75; Weber (n 2) Art. 92, N. 23; Schraner (n 8) Art. 92, N. 25; Akıncı (n 72) 109; Eren (n 13) 1154; Yalman (n 72) 40; Eren ve Dönmez (n 73) 2184; Kılıçoğlu (n 8) 860; Doğan, Atamulu ve Şahan (n 77) 272; Cansel ve Özel (n 4) 272; Antalya (n 5) 194; Bilgili ve Demirkapı (n 4) 186; Koç da bu görüşü savunmakta ve TBK m. 106 hükmü gereğince tevdi ifanın yerini tuttuğundan, mevcut yasal düzenlemeler dikkate alındığında ancak bu görüşün savunulabileceğini belirtmektedir. Bkz. Koç (n 75) 300. Aynı yönde bkz. Feride Demirbaş, 'Alacaklının Temerrüdünün Borçtan Şahsen Sorumlu Olmayan İpotekli Taşınmaz Malikinın Sorumluluğuna Etkisi Üzerine Düşünceler' (2019) BATİDER, 98; Oğuzman ve Öz de, TBK'da Alman hukukundakine benzer bir hükmün bulunmadığını ve bu durumda faizin ancak borcun sona ermesi ile (tevdi ile) sona ereceğini belirterek, bu görüşe katılmaktadır. Bkz. Oğuzman ve Öz (n 14) 382.

yet borçlu faiz ödeme borcunun sona ermesini istiyorsa, para borcunu tevdi etmesi gerekmekte ve ancak tevdi ile faiz ödeme borcundan kurtulabilmektedir. Zira tevdi ile borçlu, artık paradan yararlanamayacağından, tevdiden itibaren anapara faizi işlemeyecektir¹⁰⁰. Diğer görüşe göre ise, alacaklının temerrüdü ile birlikte artık anapara faizinin işlememesi gerekmektedir¹⁰¹. Zira faiz, paradan yararlanmanın karşılığı değil, alacaklının bir süre paradan mahrum kalmasının karşılığında borçludan istemeye hakkı olduğu bir karşılıktır¹⁰². Ayrıca borçlu para borcunu vadesinde ve usulüne uygun olarak ifa etmek istemişken, ondan kaynaklı olmayan bir nedenle bunu yerine getirememiş olmasının faiz bakımından sorumluluğunun kendisine yüklenmesi hem hakkaniyete hem de faizin niteliğine aykırı olacaktır¹⁰³. Bir başka görüş ise, doğru bir sonuca varmak adına bir ayırım yapılması ve bunun için de alacaklının temerrüdü ile tevdi anı arasındaki sürenin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁴. Bu kapsamda, borçlunun tevdii bilinçli olarak geciktirmesi halinde paradan yararlanıp yararlanmadığının araştırılmasına gerek olmadığını, ancak diğer hallerde alacaklının temerrüde düştüğü zaman ile borçlunun tevdi zamanı arasındaki sürenin dürüstlük kuralına göre makul olup olmadığının değerlendirilmesi ile sonuca varılması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁵. Buna göre de, sürenin uzun sayılabileceği hallerde, aşılın bu süre bakımından da borçlunun anapara faizinden sorumlu tutulması gerektiğini, ancak sürenin makul kabul edilebileceği hallerde artık borçlunun faizden sorumlu tutulmaması gerektiğini ifade etmekte ve böylece hukukumuz bakımından sorunun bu şekilde çözümlenmesinin daha tutarlı ve hakkaniyete uygun olacağı sonucuna varmaktadır¹⁰⁶.

¹⁰⁰ von Tuhr ve Escher (n 83) 75; Weber (n 2) Art. 92, N. 23; Schraner (n 8) Art. 92, N. 25; Eren (n 13) 1154; Yalman (n 72) 40; Eren ve Dönmez (n 73) 2184; Antalya (n 5) 194; Kılıçoğlu (n 8) 860; Doğan, Atamulu ve Şahan (n 77) 272; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 71) 578.

¹⁰¹ Bruno von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (Schuldhes & Co. AG 1964) 417; Becker (n 80) Art. 92-94, N. 8; Stauber (n 76) 262; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 75) 849; Feyzioğlu (n 4) 152; Bayram (n 75) 398; Bir para borcunda, alacaklının hazırlık fiillerini yerine getirmemesi sebebiyle alacaklının temerrüdünün gerçekleşmesi ihtimalinde ise anapara faizinin işlemeye devam etmesi gerektiği konusunda açıklamalar için bkz. Stauber (n 76) 263-264 ve Bayram (n 75) 400.

¹⁰² Feyzioğlu (n 4) 152.

¹⁰³ Feyzioğlu (n 4) 152; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop ise, para borcunun ifasını teklif eden borçlunun artık bir ödeme süresine de bu paraya da ihtiyacı kalmadığı farz edilebileceğinden, anapara faizinin devam edeceğinin kabulünün yerinde olmayacağını belirterek, alacaklının temerrüdü ile anapara faizi ödeme borcunun sona ermesi gerektiği sonucuna varmaktadır. Bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 75) 849.

¹⁰⁴ Üçer (n 75) 137.

¹⁰⁵ ibid 137.

¹⁰⁶ ibid 137.



Kanaatimizce, alacaklının temerrüdü halinde anapara faizinin artık işleme-
mesi gerektiği görüşü daha isabetlidir. Borçlu edimin ifasını zamanında ve ge-
reği gibi teklif ederek üzerine düşeni yerine getirmiş bulunmakta ve bu andan
sonra ifanın gerçekleşmemesinin borçlu bakımından bir dezavantaj yaratma-
ması gerekmektedir. Bu durum, faiz bakımından da aynı şekilde olmalıdır¹⁰⁷.
Zira bu görüşün kabulü, alacaklının temerrüdü kurumunun temelindeki, borç-
lunun üzerine düşeni yaptığı ancak ifanın alacaklının katılımına bağlı olduğu
ve alacaklının bunu gerçekleştirmediği hallerde borçlunun korunması gerekti-
ği düşüncesine de daha uygundur.

Alacaklının temerrüde düşmesinde, temerrüt faizinin durumu açısından ise
konu daha açıktır. Zira alacaklının temerrüdü, borçlunun temerrüdünü engelle-
mektedir¹⁰⁸. Daha açık bir ifadeyle, alacaklının temerrüde düşmesi için borçlu-
nun edimini gereği gibi teklif etmesi gerektiğinden ve bu durumda borçlunun
edimini zamanında ifa etmediğinden söz edilemeyeceğinden alacaklının tem-
errüdü ile borçlunun temerrüdü bir arada bulunmamaktadır¹⁰⁹. Şayet borçlu,
daha önce borçlunun temerrüdüne düşmüşse bu durumda da edimini gereği
gibi sunması, alacaklının bunu haklı bir neden olmaksızın kabul etmemesi
ve temerrüde düşmesi ile borçlunun temerrüdü sona erecektir¹¹⁰. Bu nedenle,
ya temerrüt faizi hiç işlememiş olacak ya da alacaklının temerrüde düşmesi
ile borçlunun temerrüdü sona erdiği için artık işlemeyecektir¹¹¹. Vurgulamak
gerekir ki, bu durumda temerrüt faizinin durması için alacaklının temerrüde
düşmesi ile borçlunun temerrüdünün sona ermiş olması yeterlidir. Bunun için,

¹⁰⁷ Görüşümüz bu yönde olmakla birlikte, açık bir yasal düzenlemenin bulunmaması ve hakim görüşün aksi yönde olması sebebiyle, alacaklının temerrüde düşmesi halinde borçlunun para borcunu tevdi etmesinde fayda vardır. Zira tevdi artık anapara faizinin işlememesi bakımından bir garanti sağlayacağı gibi, aynı zamanda borçlunun borcundan kurtulmasını sağlayabilecek olması açısından da borçlunun yararına olacaktır.

¹⁰⁸ Becker (n 80) Art. 92-94, N. 2; Weber (n 2) Art. 92, N. 25; Schraner (n 8) Art. 92, N. 20; Eren (n 13) 1154; Stauber (n 76) 256; Schwarze (n 94) 635; Akıncı (n 72) 108; Bayram (n 75) 391; Eren ve Dönmez (n 73) 2168, 2184; Kılıçoğlu (n 8) 860; Antalya (n 5) 193; Ayan (n 82) 383; Bilgili ve Demirkapı (n 4) 186; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu (n 78) 488; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 71) 577.

¹⁰⁹ Eren (n 13) 1154.

¹¹⁰ von Tuhr ve Escher (n 83) 75; von Büren (n 101) 417; Tunçomağ (n 4) 764; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 75) 849; Weber (n 2) Art. 92, N. 30; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 71) 577.

¹¹¹ von Tuhr ve Escher (n 83) 75; von Büren (n 101) 417; Becker (n 80) Art. 92-94, N. 2; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 75) 849; Koç (n 75) 299-300; Weber (n 2) Art. 92, N. 26; Schraner (n 8) Art. 92, N. 21; Oğuzman ve Öz (n 14) 382; Stauber (n 76) 256- 257; Blaeser (n 2) 103; Demirbaş (n 97); Bayram (n 75) 393; Kılıçoğlu (n 8) 860; Antalya (n 5) 193-194; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 71) 577; Müşterek hukukta da alacaklının temerrüdü halinde temerrüt faizinin artık işlemeyeceği kabul edilmektedir. Konuya ilişkin olarak bkz. Üçer (n 75) 135.

borçlunun edim konusunu tevdi etmesi gerekmez¹¹².

Alacaklının temerrüdü halinde temerrüt faizinin işlememesi, alacaklının temerrüdü halinde faize ilişkin yukarıda incelenen BGB § 301'den bağımsız olarak, alacaklının temerrüde düştüğü durumda borçlunun temerrüdü söz konusu olmayacağı için Alman hukuku bakımından da geçerlidir¹¹³.

SONUÇ

Faiz kavramı, bir para alacaklısının bu paradan bir süre mahrum kalması karşılığında bu süreye ve belli orana bağlı olarak öngörülen medeni (hukuki) semere olarak tanımlanmakta ve farklı ayrımlara tabi tutularak inceleme konusu yapılmaktadır. Ancak özellikle anapara faizi ve temerrüt faizi ayrımı konumuz bakımından önem arz etmektedir. Anapara faizi, alacaklının çeşitli nedenlerle vermiş olduğu bir meblağdan belli bir süre mahrum kalması karşılığında, temerrüt söz konusu olmaksızın verilen faizken; temerrüt faizi, bir para borcunu ifa yükümlülüğünü zamanında yerine getirmeyip temerrüde düşen borçlunun temerrüt durumu devam ettiği sürece ödemek zorunda kaldığı faizi ifade etmektedir.

Alacaklının kendisine gereği gibi sunulan edimi haklı neden olmaksızın kabulden kaçınması olarak ifade edilebilecek alacaklının temerrüdü kurumu bakımından ortaya çıkan sonuçlardan biri de faize ilişkindir. Öğretide, temerrüt faizi bakımından bir tartışma söz konusu olmaksızın, alacaklının temerrüdünün borçlunun temerrüdünü engellemesi sebebiyle, alacaklının temerrüde düşmesi ile birlikte (tevdie gerek olmaksızın) temerrüt faizinin artık işleme-yeceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte anapara faizi bakımından konu Türk-İsviçre hukukunda tartışmalı olup, bu konuda öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu çerçevede, bir görüşe göre alacaklı temerrüde düşmesine rağmen, borçlu parayı kullanmaya devam edebileceğinden aksi kararlaştırılmamışsa faizin işlemeye devam etmesi gerekmekte ve ancak tevdi ile faizin işlemesi durmaktadır. Bir başka görüş, alacaklının temerrüdü halinde faizin işlemeye devam edip etmeyeceği konusunda karar vermek için, alacaklının temerrüde düşmesi ile tevdi anı arasında geçen sürenin uzunluğuna bakılması gerektiğini belirtmektedir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, alacaklının temerrüde düşmesi ile birlikte artık anapara faizi işlemeyecektir. Gerçekten bu görüşün faizin mantığına ve alacaklının temerrüdü kurumunun temelindeki borçlunun korunması düşüncesine daha uygun olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte, açık bir kanuni düzenlemenin bulunmaması ve hakim görüşün aksi yönde olması sebebiyle, alacaklının temerrüde düşmesi

¹¹² von Büren (n 101) 417, dn.17; Feyzioğlu (n 4) 152; Weber (n 2) Art. 92, N. 26; Schraner (n 8) Art. 92, N. 21; Bayram (n 75) 394.

¹¹³ Ernst (n 76) § 301, Rn. 2; Dötterl (n 76) § 301, Rn. 7; Lammich (n 96) Rn. 205; Lorenz (n 76) § 301, Rn. 2; Geisler (n 83) § 301, Rn. 2.



halinde borçlunun para borcunu tevdi etmesinde fayda olduğunu belirtmek isteriz. BGB § 301’de alacaklının temerrüdü halinde borçlunun faiz ödemesine gerek olmadığı açıkça hükme bağlandığından, Alman hukukunda konuya ilişkin herhangi bir tartışma bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

Akıncı Ş, ‘Alacaklının Temerrüdü’ (1999) 7(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97-113.

Antalya O G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 5/1*, 3 (Seçkin 2019).

Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2021).

Ayan M, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* (Seçkin 2016).

Aydoğdu M, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz ile İlgili Düzenlemeler’ (2010) 12(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 85-136.

Aydoğdu M ve Nart S, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Adalet 2022).

Aydos O S, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* (Seçkin 2022).

Ayrancı H, ‘Para Borçlarında Temerrüt Faizi’ (2006) (5) Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi 100-105.

Barlas N, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazancı 1992).

Bayram A E, *Alacaklının Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları* (Yetkin 2022).

Becker H, *Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Berner Kommentar*, (Verlag Stämpfli & Cie 1945).

Bilgili F ve Demirkapı E, *Borçlar Hukuku* (Dora 2021).

Blaeser A, *Die Zinsen im schweizerischen Obligationenrecht Geltendes Recht und Vorschlag für eine Revision, SGRW - St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 20* (Dike Verlag AG 2011).

Bozer A ve Göle C, *Ticari İşletme Hukuku* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2020).

Cansel E ve Özel Ç, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (Seçkin 2017).

Demir Ş, ‘Türk Borçlar Kanunu’nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar’ (2012) (4) Ankara Barosu Dergisi 207-234.

Demirbaş F, ‘Alacaklının Temerrüdünün Borçtan Şahsen Sorumlu Olmayan İpotekli Taşınmaz Malikinin Sorumluluğuna Etkisi Üzerine Düşünceler’ (2019) 35(4) BATİDER 91-125.

Doğan M, Atamulu İ ve Şahan G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin 2021).

Dötterl S, *beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB §§ 293–304* ((Gesamt Hrsg. Gsell B, Krüger W, Lorenz S, Reymann C) beck-online 2020)).

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin 2021).

Eren F ve Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt 3* (Yetkin 2022).

Erdoğan İ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gazi 2019).

Ernst W, *BGB §§ 293-304, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I (§§ 241-310)*, ((Redakteur Krüger W) 2019)).

Feldmann C J, *von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: BGB §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht I)* ((Hrsg. Löwisch M) De Gruyter 2019)).

Feyzioğlu F N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II* (Fakülteler Matbaası 1977).

Furrer A, Müller-Chen M ve Çetiner B, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha Yayıncılık 2021).

Geisler H, §§ 293-304, *juris Praxiskommentar BGB Band 2* ((Hrsg. Herberger M, Martinek M, Rüßmann H, Weth S, Würdinger M) Juris 2020).

Haşiloğlu S, 'Faiz Borcu' (1980) 4(3-4) Atatürk Üniversitesi İşletme Dergisi 219-238.

Helvacı M, *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı* (Beta 2000).

Kaya A, 'Adi ve Ticari İşlerde Faiz' (1994) LIV İÜHMF 347-366.

Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Turhan 2021).

Kocayusufoğlu N, Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme* (Filiz 2016).

Koç N, *İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü* (Ankara Üniversitesi Basımevi Ankara 1992).

Koyuncu A Ç, *Ticari İşlerde Faiz* (Seçkin 2017).

Lammich K, *Gläubiger- und Schuldnerverzug, Systematische Darstellung der Anspruchsgrundlagen* (ESV 2003).

Lorenz S, *Beck'scher Online-Kommentar* ((Hrsg. Bamberger H G, Roth H) beck-online 2021).



Oğuzman K ve Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (Vedat 2017).

Tercier P, Pichonnaz P ve Develioğlu H M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha Yayıncılık 2020).

Schraner M, *Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Zürcher Kommentar* ((Hrsg. Gauch P, Schmid J) Schuldhess 2000).

Schwarze R, *Das Recht der Leistungsstörungen* (De Gruyter 2017).

Serozan R, 'Fahiş Faiz' Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu (On İki Levha Yayıncılık 2010) 195-208.

Serozan R, 'Yeni Borçlar Kanunu'nda "İfa Zamanı" ve "Zamanında İfa Etme-me" Konularında Rastlanan Yenilikler' İş Dünyası ve Hukuk-Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan (2011) 1072-1081.

Stauber D, *Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs, ASR - Abhandlungen zum Schweizerischen Recht Band/Nr. 757* ((Hrsg. Hausheer H) Stämpfli Verlag 2009).

Şen M S ve Şen M K, 'Türk Borçlar Kanunu'nda Faiz Hükümleri ve Sınırları, Adi İşlerde Faiz (Ticari ve Tüketici İşlemi Olmayan İşlerde Faiz)' (2018) 9 (35) TAAD 469-516.

Tekben T, 'Alacaklı Temerrüdünün Hukuki Sonuçları' (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı (III. Cilt) 2597-2621.

Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz 1993).

Tunçomağ K, *Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler* (Sermet Matbaası 1976).

Üçer M, *Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü* (Turhan 2007).

Ülgen H, Helvacı M, Kaya A ve Nomer Ertan N F, *Ticari İşletme Hukuku* (Vedat 2019).

Ünlütepe M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin 2021).

von Büren B, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (Schuldhess & Co. AG 1964).

von Tuhr A ve Escher A, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II* (Schulthess 1984).

Weber R H, *Die Erfüllung der Obligation Art. 68-96 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar* ((Hrsg. Hausheer H) Schulthess 2005).

Wiedemann, H. § 275 und §§ 279-304, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Band 2, Schuldrecht I* ((Soergel H-T, Siebert W) Kohlhammer-Kommentar 1990).

Yağcı K, ‘Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği’ (2013) LXXI (2) İÜHFM 421-438.

Yalman S, *Türk Borçlar Hukukunda Alacaklının Temerrüdü Halinde Borçlunun Tevdi Hakkı* (Aybil 2012).



TÜKETİCİNİN AYIPLI HİZMET HALİNDE MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ

The Consumer's Moral Compensation Demand Due to Defective Service

Miray Özer DENİZ*
İdil Nur GÜRBÜZ GÖKBERK**

Özet

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da (TKHK) hizmet kavramı tanımlandıktan sonra ayıplı hizmet olarak kabul edilen dört hal düzenlenmiştir. Hizmet sağlayıcısının, ayıplı hizmetten dolayı kanundan kaynaklı olarak sorumlu olduğu belirtildikten sonra tüketicinin ayıplı hizmetin varlığı halinde sahip olduğu haklar sayılmıştır. TKHK'ya göre, tüketici ayıplı bir hizmet alır ise kendisine tanınan dört seçimlik haktan birinin yanında ya da bu hakları hiç kullanmaksızın maddi ve manevi tazminat talep edebilir. Seçimlik haklar, tüketicinin TKHK kapsamında sahip olduğu yenilik doğuran haklar iken; tazminat talebi TBK m. 112 ve devamında düzenlenen, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde talep edilebilen bir alacak hakkıdır. Dolayısıyla, ayıplı hizmetin varlığı halinde tüketicinin manevi zararını talep edebilmesi için, TBK hükümlerine göre, hukuka aykırı bir fiil, zarar ve fiil ile bu zarar arasında illiyet bağının varlığı aranır. Bu çalışmada, hizmet ve ayıplı hizmet kavramından bahsedildikten sonra, ayıplı hizmet durumunda tüketicinin manevi tazminat talebi hakkı, talep şartları ve Yargıtay'ın bu konudaki tutumu ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ayıplı Hizmet, Manevi Tazminat, Tüketicinin Korunması.

Abstract

The Law on the Protection of the Consumer (TKHK), has regulated the concept of service and the definition of defective service. TKHK has stated that the service provider is legally responsible for the defective service. The elective rights of the consumer are defined in TKHK. According to the article, if the consumer receives a defective service, they can demand material and moral compensation with one of the four elective rights granted to them or even without using these rights. The claim for compensation can be demanded according to the Law of Obligation. Therefore, in case of a defective service, to claim moral damages, contrary to the optional rights, the existence of a causal link between an unlawful act, damage and this damage should be

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 29.04.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 21.12.2022*

* Arş. Gör., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ozermiray@yahoo.com, <https://orcid.org/0000-0003-2443-6290>

** Arş. Gör., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, igurbuz@cu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-8424-9713>

proved. In this study, after mentioning the concept of service and defective service, the consumer's right to claim non-pecuniary damage in case of defective service and the appearance of this right in the Supreme Court decisions will be discussed.

Key Words: Defective Service, Moral Compensation, Protection Of Consumer.

GİRİŞ

Tüketiciler, ilk olarak, 1982 Anayasası 172. maddesindeki “Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbir alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.” hükmü ile yasal olarak korunma altına alınmıştır. Tüketicilerin haklarını belirleyen ve koruyan ilk müstakil düzenleme ise 08.03.1995'te yürürlüğe giren 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dur. Bu Kanunun torba kanun olarak bazı konuları gereği gibi düzenlememesi ve uygulamada buna bağlı sorunlar yaşanması dolayısıyla ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ile AB Direktiflerine uyum sağlanması amacıyla yürürlükten kaldırılmış, yerine 28.05.2014'te 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir.

6502 sayılı Kanun ile 4077 sayılı Kanun'da düzenlenen pek çok konuda değişiklik yapılmış, yeni maddeler eklenmiş veya mevcut hükümler mülga hale gelmiştir. İki kanun arasındaki en belirgin farklar, tüketici işlemi kavramının kapsamının önceki kanuna göre genişlemesi, tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı olarak arabuluculuk kurumunun öngörülmesi, tüketicinin bilgilendirilme anlayışının gelişmesi, cayma hakkının kullanım alanının artması ve ayıp hükümlerinde tüketiciye sağlanan ispat kolaylığı olarak sayılabilir¹.

Konumuz ile ilgili olarak ayıba ilişkin, hakkın kullanılması için gereken muayene ve ihbar külfeti kaldırılmıştır. 4077 sayılı Kanun'da tüketiciye ayıplı mal veya hizmet sunulması halinde, muayene ve ihbar külfeti öngörülmüşken; 6502 sayılı Kanun bu külfeti tüketici lehine olacak şekilde kaldırmıştır². Bunun yanında, tüketicinin seçimlik hakkını kullanması durumunda satıcı veya sağlayıcının, seçimlik hakkın en geç 30 gün içinde ifa etmesi zorunluluğu getirilmiştir.

Manevi tazminata ilişkin hükümde bir değişiklik olmamıştır. Her iki Kanun da seçimlik hakların kullanılmasına rağmen telafi edilemeyen manevi zararın ayrıca talep edilmesini düzenlemiştir. Tüketiciye seçimlik hakların yanında veya bağımsız olarak manevi tazminat talep etme hakkının tanınmasının başlıca nedeni, aşağıda değinileceği gibi, bazı durumlarda, seçimlik hakların kul-

¹ Aydoğdu, Murat, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz' (2014) 15(2), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4 vd. ; Aslı Makaracı, Başak, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gereğince Ayıplı Hizmet Hükümlerinin Uygulama Alanı, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(145), 508, 537.

² Aydoğdu, (n 1) 10.

lanılmasının tüketicinin ayıplı hizmetten dolayı uğradığı zararı giderebilecek kabiliyette olmamasıdır. Özellikle, hizmetin tekrar görülmesi veya ayıbın giderilmesinin fiilen mümkün olmadığı durumlarda tazminat talebinin mümkün olması tüketiciyi korumaktadır.

I. KAVRAMLAR

A. Tüketici Kavramı

6502 sayılı TKHK m. 3'te tüketici, "ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır³. Bir başka deyişle, tüketici, taraf olduğu tüketici işlemini, mesleki faaliyetleri ya da para kazanma gibi ticari amaçları olmadan yapmalıdır. Örneğin; kıyafet, beyaz eşya, telefon alan bir öğrenci tüketici olacaktır. Burada dikkat edileceği üzere, tüketici sıfatının kazanılmasında önemli olan işleme taraf olma iradesi ve amacıdır⁴. Bu amaç bir defaya mahsus değil planlı ve süreklilik arz eden bir amaç olmalıdır. Bir öğretmenin ileride kar etme amacıyla ev alması durumu ile emlak işi ile ilgilenen ve sürekli olarak ev alıp satan bir kişinin amacı aynı olmayacaktır. Dolayısıyla, ilk örnekte öğretmen olan kişi tüketici sıfatına sahip olacak, ancak emlak işi ile uğraşan kişi ticari amaç güttüğünden tüketici olmayacaktır.

Ticari amaç unsurunun belirlenmesinde bir görüş, alınan mal veya hizmetin, daha sonra tüketiciye geri dönüşü olup olmadığını dikkate almaktadır⁵. Bir başka deyişle, mal veya hizmeti satın almak için kullanılan para, mal veya hizmetin çeşitli şekillerle yeniden değerlendirilerek alıcısına tekrar para olarak geldiği hallerde, artık ticari unsurun olduğu kabul edilmelidir. Bu görüşe göre, aldığı aracı kendi şahsi amaçları için kullanan kişi tüketici olarak; aracı kiraya verip gelir elde eden kişinin ise ticari amaçla hareket ettiği kabul edilecektir.

Kanun tanımında gerçek kişi ve tüzel kişilerin tüketici sıfatına sahip olabileceği düzenlenmiştir. Tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatı bakımından tartışmasız olan gelir elde etme amacı olmayan dernek ve vakıflardır. Doktrinde tartışmalı olan ise gerçek kişi tacirler ve şirketlerdir. Bu noktada farklı görüşler olmakla birlikte, çalışmamızın konusu oluşturmadığından, yalnızca gerçek kişi tacir ve şirketlerin tüketici sıfatına sahip olmadığı görüşünü kabul ettiğimizi belirtmekle yetiniyoruz⁶.

³ Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)" 2000 Prof.Dr.M.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 663 vd.

⁴ Sezer Çabri Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, (2.Baskı, Adalet Yayınevi 2021), 83; Yakup Bal, 'Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu' (2022) 13(50) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 365, 368.

⁵ Bal, (n 3) 370.

⁶ Konu İle İlgili Detaylı Bilgi İçin Bknz. İpek Yücer Aktürk, 'Tüzelkişi Tacirin Tüketici

B. Tüketici İşlemi Kavramı

TKHK m. 3'te tüketici işlemi, "mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi" olarak tanımlanmıştır. Maddeden yola çıkarak tüketici işlemini, bir tarafın tüketici diğer tarafın ise mesleki veya ticari amaçlar ile hareket eden satıcı veya sağlayıcının olduğu işlemler olarak tanımlayabiliriz⁷. Bu noktada, doktrinde ve Yargıtay'ın bazı kararlarında, özellikle vekâlet ve eser sözleşmeleri için TKHK'nın uygulanmaması, bir tarafın tüketici olmasının her halükarda TKHK'nın uygulanmasını gerektirmediği savunulmaktadır⁸. Bu görüşe katılmamaktayız⁹. Şöyle ki, kanun koyucu, TKHK m. 3'te açıkça tüketici işlemi tanımında vekâlet, eser, bankacılık¹⁰, taşıma¹¹, sigorta¹² gibi sözleşmeleri belirtmiştir. Örneksene

Sıfatı' (2016) XX (2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; H. Ebru Töremiş, 'Yatırım Hizmet Ve Faaliyetlerinden Yararlanan Yatırımcıların Tüketici Sıfatının Belirlenmesi' (2020) XXIV(4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 227,241; Aynı Görüşte, Mehmet Akçaal/Alper Uyumaz, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (M. 1-16) İlişkin Bir İnceleme' (2013) 4(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 241,245; Şebnem Akipek, 'Madde 3 Şerhi' Hakan Tokbaş and Özlem Tüzüner (editör), Milli Şerh, (Aristo 2016) 56.

- ⁷ Akipek (n 5) 57-58; Eda Şahin, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ayıplı Hizmetin Hukuki Niteliği' (2016) XX(1-2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 85,92; Gül Doğan, "Satıcının Ayıplı Mallardan ve Sağlayıcının Ayıplı Hizmetlerden Sorumluluğu", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 195; Hasan Petek, "Tıbbî Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması". (2013) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15, 982.
- ⁸ Ece Baş Süzel, 'Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa' (2018) 24(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 966,968; Hasan Can Çağlayan, 'Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk Ve Seçimlik Haklar', Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi' 2016 (7) 358, 354.
- ⁹ Aynı görüşte, Murat Aydoğdu, 'Ayıplı Hizmetler' Hakan Tokbaş and Özlem Tüzüner (editör), Milli Şerh, (Aristo 2016) 356.
- ¹⁰ Yargıtay 11 HD, 41/597, 06.02.2017.
- ¹¹ Somut uyuşmazlıkta, hava taşımasının gerçekleşmemesi nedeniyle ödenen bilet bedelinin istirdadı talep edilmekte olup, davalı yolcu 6502 sayılı Yasa'nın 3/k maddesinde ifade edilen "tüketici", davalının işlemi Yasa'nın 3/1 maddesinde ifade edilen "tüketici işlemi", olup Yasa'nın 66 ve 68 maddesi hükümleri gereğince uyuşmazlık 6502 sayılı Yasa kapsamında ve Tüketici Hakem Heyeti'nin görev alanı içinde bulunmaktadır." Yargıtay 11 HD E. 2016/14881, K. 2017/776, 13.02.2017.
- ¹² Yargıtay 17 HD E. 2016/18238, K. 2017/9723, 24.10.2017 "Dava kasko poliçesinden kaynaklanan itirazın iptaline ilişkindir. Davacı ile davalı ... şirketi arasında kurulan kasko ... poliçesine ilişkin sözleşme 6502 TKHK'nın 3. maddesi anlamında bir tüketici işlemi olup, görevli mahkeme bu anlamda Tüketici Mahkemesidir.

yolunu kullanması ve uygulaması oldukça çok olan bu sözleşme tiplerine kanun metinde yer vermesi, kanun koyucunun, tüketici işlemi kavramını genişletmek istediğini göstermektedir. Zira burada amaç, olabildiğince çok işlemi tüketici işlemi kapsamına alarak tüketiciyi korumaktır. Dolayısıyla, vekalet ve eser sözleşmesinin tüketici işlemi olarak kabul edilmesinin zorlukları bir tarafa bırakılarak, tüketici işlemi olduğu hususunda tereddüt edilmemelidir¹³.

Belirtmek gerekir ki tüketici işlemi kavramının genişlemesinin olumsuz yönleri de vardır¹⁴. Özellikle, bazı sözleşmeler bakımından TKHK kapsamındaki seçimlik hakların kullanımı fiilen uygulanabilir değildir. Örneğin, avukat ve müvekkil ilişkisinde¹⁵, ayıplı hizmetin varlığının tespiti ve ayıptan doğan seçimlik hakların kullanımı oldukça zordur. Yine de, kanun koyucu tarafından açıkça vekâlet sözleşmesi zikredildiğinden, artık avukat ve müvekkil (tüketici müvekkil) açısından, işlemin tüketici işlemi olmadığını söylemek doğru olmayacaktır¹⁶.

C. Hizmet Kavramı

Hizmet kavramı, TKHK m. 3/d'de, "bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işlemi" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan anlaşıldığı üzere önemli olan sağlayıcının mal sağlama dışında bir edim üstlenmesidir¹⁷. Bilindiği üzere edim,

¹³ Aslı Makaracı (n 1) 511; Yargıtay 13 HD E.2016/ 9468, K.2019 / 6492, 23.05.2019.

¹⁴ Tüketici işlemi kavramının genişlemesinin bir diğer olumsuz noktası ise yargılamaya ilişkindir. Uyuşmazlık konularının artması, tüketici mahkemelerini, özel nitelikteki mahkemeden adeta genel nitelikli bir mahkeme haline getirmiştir. Bu da başta yargılama süresinin uzamasına neden olmaktadır. Bu noktada ise kanun koyucu, dava şartı arabuluculuğu zorunlu hale getirerek sorunu çözmeye çalışmaktadır.

¹⁵ Burada belirtmek isteriz ki avukat ile müvekkili arasındaki her vekalet ilişkisi tüketici işlemi olmayacaktır. Sadece tüketici sıfatına haiz müvekkil bakımından işlem tüketici işlemi olacaktır. Örneğin, boşanma davasının açılması için avukata vekalet veren bir kişi tüketici olacaktır; çünkü boşanma davası mesleki veya ticari amaç içermemektedir. Buna karşın, bir işçinin işe iade davası amacıyla avukata vekalet vermesi durumunda, işçinin bu vekaleti verme amacı mesleki faaliyeti olacağından, işçi tüketici olmayacaktır. Dolayısıyla, işçi-işveren uyuşmazlıklarının konu olduğu vekalet ilişkilerinde tüketici işlemi olmayacaktır. Bunun gibi, müvekkilin gerçek kişi tacir olması durumunda, müvekkil taraf tüketici olmadığından, avukat ve müvekkil arasındaki ilişki tüketici işlemi olmayacaktır.

¹⁶ "Somut olayda davacı avukat, Avukatlık Kanununun 172. maddesi uyarınca haklı istifa nedenine dayalı olarak vekalet ücreti talebiyle davayı açmıştır. Vekalet akdi 28.5.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Yasa kapsamına alınmış olup, davada Tüketici Mahkemesi görevlidir." Yargıtay 13 HD E.2016/9468, K. 2019/6492, T. 23.05.2019; Yargıtay 13 HD E.2016/28351, K. 2019/3414, T. 18.03.2019.

¹⁷ Alper Gümüş 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (1 Baskı, Vedat Yayıncılık 2014) 21; Gül Doğan: Satıcının Ayıplı Mallardan ve Sağlayıcının Ayıplı Hizmetlerden Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008/1, s. 200;

şahsi edim ve maddi edim olmak üzere ikiye ayrılır. Maddi edimde, borçlu bir malvarlığının devri borcu altına girerken şahsi edimde bedeni veya fikri gücünü kullanarak ifa etme borcu altındadır. TKHK kapsamında hizmetten bahsedebilmek için sağlayıcı olan tarafın bedeni veya fikri gücü ile borcunu ifa etmesi ve mal sağlama borcunun olmaması gerekir¹⁸. Bu kapsamda, doktor ve veterinerin tedavi etmesi, mimarın çizim yapması, boyacının duvar boyaması, kuaförün saç kesimi, terzinin elbise dikmesi, fotoğrafçının çekim yapması gibi borçlar, mal sağlama amacı olmadan emek harcanarak bir işin görülmesi olduğundan hizmet olarak değerlendirilecektir.

Doktrinde hizmet kavramının geniş olmasından dolayı kavramın, doğrudan mal ile ilgili hizmetler, dolaylı kişi veya mal ile ilgili hizmetler ve doğrudan kişi ile ilgili hizmetler olarak sınıflandırılması gerektiğini savunanlar vardır¹⁹. Buna göre, TKHK m. 3/h kapsamında mal kabul edilen ve bunlara ilişkin değişiklikleri kapsayan hizmetler, doğrudan mal ile ilgili hizmetler olarak kabul edilmelidir²⁰. Dolaylı kişi veya mal ile ilgili hizmetler, tercüme faaliyetleri gibi, zihinsel faaliyetlerden oluşur. Doğrudan kişi ile ilgili hizmetler ise mala ilişkin bir hizmet olmayıp tedavi sözleşmelerinde olduğu gibi doğrudan tüketiciye odaklı hizmetlerdir. Taraflar arasında yapılacak sözleşme, hem mal sağlama hem de hizmet sunulması içerebilir²¹.

Son olarak, hizmetin bir ücret ya da menfaat karşılığında sağlanması gerekir. Aksi halde, ücretsiz yapılan bir hizmet, TKHK kapsamına girmeyecektir²².

D. Ayıplı Hizmet Kavramı

Ayıplı hizmet, TKHK m. 13/I'de, "Ayıplı hizmet, sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşıyamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir." şeklinde düzenlenmiştir. TKHK m. 13/II'ye göre, "Hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikleri taşımayan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler ayıplıdır." Maddeye göre, bir hizmetin sözleşmede belirtilen süre içinde başlamaması,

Petek, H. "TİBBÎ MÜDAHALELERDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN UYGULANMASI". Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15 (2013): 969-1017.

¹⁸ Gümüş (n 16) 21; Betül Tiryaki Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk (1. Baskı Yetkin Yayınları 2007), Akipek (n 5) 46.

¹⁹ Aydoğdu, (n 8) 346; Çağlayan, (n 7) 354.

²⁰ Akipek (n 5) 56.

²¹ Aydın Zevkililer/Murat Aydoğdu Tüketicinin Korunması Hukuku(3.Baskı, Seçkin 2004) 93.

²² Aydoğdu, (n 8) 348.

tarafarla kararlaştırılmış olan özellikleri taşımaması, sağlayıcı tarafından bildirilen özellikleri taşımaması, objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması ayıplı hizmettir.

Ayıp, tüketicinin o hizmetten beklediği faydayı kısmen ya da tamamen ortadan kaldıran bir eksiklik. Bu eksiklik, madde metninde belirtildiği gibi, sağlayıcı tarafından zikredilen ya da hizmetin doğası gereği taşınması gereken özelliklerin bulunmaması ya da olmaması gereken özelliklerin bulunması şeklinde olabilir. Bu ayıplar, maddi, hukuki veya ekonomik ayıp olabilir. Belirtmek gerekir ki uygulamada ayıba ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından bu ayrımların bir önemi yoktur²³. Keza, aynı şekilde, ayıbın önemli olup olmadığına da sorumluluğunun doğmasında bir etkisi yoktur²⁴. Ayıbın var olması yeterli olup ayıbın önemine ilişkin bir ayırım belirtilmemiştir. Dolayısıyla, tüketicinin menfaatinin azalması yeterli olup ayıbın derecesine bakılmaması gerekir. Somut olaya göre, makul bir tüketicinin beklentisinin karşılanmaması, ayıbın öneminden bağımsız olarak, sağlayıcının ayıptan sorumlu olması için yeterli olacaktır. Bununla birlikte ayıbın önemi, manevi tazminatın belirlenmesi noktasında hâkimin takdir yetkisini kullanması ve seçimlik hakların kullanımının dürüstlük kurallarına uygun olup olmadığı bakımından gözetilecektir.

Maddi ayıp, somutlaşmış bir hizmetin, mimari proje ya da terzinin diktiği kıyafetin, ayıplı olmasıdır²⁵. Hukuki ayıp ise kamu kısıtlamaları neticesinde hizmetin ayıplı ifa edilmesidir. Konserin belediyenin izin vermemesi nedeniyle vaat edilenden erken bitmesi ya da hiç başlamaması örnek olabilir. Ekonomik ayıp ise ayıplı hizmet nedeniyle tüketicinin hizmetten beklediği ekonomik yararın azalması ya da masrafın artmasıdır. Örneğin alınan hizmetin ayıplı olması nedeniyle tüketicinin başka bir hizmet almak zorunda kalması böyledir. Bu çerçevede ayıplı hizmetlere genel olarak, doktorun hastasını yanlış tedavisi, taraflar arasında kararlaştırıldan farklı sonuç doğuran estetik ya da lazer operasyonları, bir terzinin yanlış ölçüde ya da kumaşta elbise dikmesi, kuaförün müşterinin saçlarını yakması, tercümanın yanlış dile çeviri yapması, mimarın projeyi hatalı çizmesi, avukatın duruşmaya girmemesi, konserin başlamaması, düğün videolarının sesiz olması, doğum fotoğrafının çekilememesi, parke, boya, badana işlerinin hatalı yapılması gibi hizmetler ayıplı hizmete örnek olarak verilebilir.

1. Hizmetin Belirlenen Süre İçinde Başlamaması

İlk durum, hizmetin sözleşme ile belirlenen süre içinde başlamamasıdır²⁶. Sağlayıcı, önceden belli bir tarih ya da tarih aralığı belirtmesine rağmen ha-

²³ Aydoğdu, (n 8) 343; Doğan, (n7) 200.

²⁴ Aydoğdu, (n 8) 355; Çağlayan, (n 7) 361; aksi görüş, Yılmaz Aslan Tüketici Hukuku Dersleri, (8.Baskı Ekin Yayınları) 131.

²⁵ Çağlayan (n 7) 360.

²⁶ Makaracı, (n 1) 517.

len hizmete başlamamış ise hizmet ayıplı olacaktır. Örneğin, bir konserin 05.04.2022 saat 20:00'da başlayacağı ilan edilmiş iken saat 23:00'da başlaması ayıplı hizmet olacaktır.

TBK kapsamında temerrüt olarak nitelendirilecek bu durum TKHK'da ayıp olarak kabul edilmiştir. Bu düzenleme, tüketiciyi korumak ve onun hakkını aramasını kolaylaştırmak için bu şekilde yapılmıştır²⁷. Her ne kadar temerrüde ilişkin düzenlemeler TBK m. 117-125 arasında yer alsın da, tüketici bu hükümlere gitmeden ifaya başlanmaması halinde doğrudan TKHK hükümlerine başvurabilecektir.

TBK m. 123'e göre, temerrüt halinde borçlu, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir. TKHK düzenlemesiyle, tüketici, sağlayıcıya uygun bir süre vermesine gerek kalmaksızın ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine başvurabilir. Bu da tüketicinin menfaatlerini korumaya yöneliktir.

2. Hizmetin Taraflarca Sözleşmede Kararlaştırılmış Olan Özellikleri Taşımaması

İkinci durumda hizmet, tarafların sözleşme kurulma aşamasında kararlaştırdıkları gibi sağlanmadığından tüketicinin o hizmetten beklediği fayda azalmakta veya ortadan kalkmaktadır. Bir evin duvarlarının beyaz olmasını kararlaştırdıkları halde mavi olması, istenilen resmin yapılmaması, paket tur sözleşmesinde gezilecek yerden başka bir yerin gezilmesi, dış çekim fotoğraf çekiminin iç çekim yapılması gibi hizmetlerde ayıp, üzerinde anlaşılardan farklı bir hizmetin sunulmasıdır ve sunulan hizmet ayıplı hizmet olarak kabul edilecektir.

3. Hizmetin Sağlayıcı Tarafından Bildirilen Özellikleri Taşımaması

Üçüncü durum, hizmette sağlayıcı tarafından bildirilen bir özelliğin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bir özelliğin bulunması nedeniyle meydana gelen ayıp halidir. Burada bu eksikliğin, tüketicinin hizmetten beklediği objektif menfaati olumsuz yönde etkilemesi gerekir.

Tüketicie çeşitli yollardan, hizmetin kapsamı ya da özelliklerine ilişkin bir vaatte bulunmuş ise tüketici haklı olarak bu özelliklerin kendisine sunulmasını bekleyecektir. İpek kumaş kullanıldığının belirtilmesine rağmen polyester kullanılması, vegan ürün tercih edildiği bildirilmesine hayvansal gıda içeren yiyecek servis edilmesi, saunası olduğu belirtilmesine rağmen saunanın olmaması, yara izlerinin tamamen geçeceği vaat edilmesine rağmen lazer tedavi sonrası bir değişiklik olmaması gibi durumlar sağlayıcı tarafından zikredilen unsurların olmamasından dolayı ayıplı hizmet olacaktır.

²⁷ Baş (n 7) 978.

4. Hizmetin Objektif Olarak Sahip Olması Gereken Özellikleri Taşımaması

Dördüncü durum hizmetin objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması diğer bir ifadeyle taraflar arasında kararlaştırılmamış ya da sağlayıcı tarafından vaat edilmemiş olsa bile hizmetin niteliği gereği sahip olması gereken özelliklerin bulunmamasıdır. Örneğin, konaklama içeren bir paket tur sözleşmesinde kalmamak otelde yatak olmasının gerekliliği, taraflarca kararlaştırılması ya da vaat edilmesi gerekmeyen bir özelliktir. Otel belli bir ebat ya da yatağa ilişkin özellik belirtmedikçe zaten otelde yatak olması objektif olarak var olması gereken bir özelliktir. Böyle bir örnekte, tüketicinin gittiği otelde yatak yerine kanepede yatmak zorunda bırakılması ayıplı hizmet olacaktır.

II. AYIPLI HİZMETTEN SORUMLULUK

A. Genel Olarak

Ayıplı hizmetten sorumluluk, tüketicinin sahip olduğu haklar ve zamanasını, TKHK m. 13-16 arasında düzenlenmiştir. TKHK m. 14'e göre, sağlayıcı, hizmeti sözleşmeye uygun olarak ifa etmekle yükümlüdür. Ayıplı hizmetten sorumluluk doğması için sunulan hizmette önemli ya da önemsiz olmasından bağımsız olarak bir ayıp bulunması, ayıbın tüketiciciye geçtiği anda var olması, tüketicinin söz konusu ayıbı bilmeden hizmetten yararlanmış olması gerekmektedir.

Sağlayıcının ayıptan doğan sorumluluğu, kanundan doğan bir sorumluluktur. Bu nedenle sağlayıcı, ayıbı bilip bilmediğinden ve ayıplı hizmetin ifasında kusurlu olup olmadığından bağımsız olarak, her halde sorumludur. Tüketici hukukunda tüketicinin korunması ilkesinin olmasının bir sonucu olarak, sağlayıcı, ayıptan sorumluluğu hafifleten, daha ağır şartlara bağlayan ya da tamamen kaldıran bir sözleşme yapamaz²⁸. Böyle bir durumda, tüketici hukukunun nispi emredici hükümlerine aykırılık meydana gelir. Tüketici aleyhine sonuç doğuran bu gibi hükümler kesin hükümsüz olur ve tüketiciyi bağlamaz.

Ayıp, hizmetin tüketiciciye sunulduğu an var olmalıdır. Her ne kadar bu unsur madde metninde açıkça yer almasa da ayıplı mallara ilişkin düzenleme ile uyumlu olacağından, bu şekilde kabul edilmelidir²⁹. Bunun yanında tüketicinin, ayıbın varlığını bilmiyor olması veya bilebilecek durumda olmaması gerekir³⁰. Tüketici, ayıbı bilerek hizmetten yararlanıyorsa, artık ayıp hükümlerine

²⁸ Aydoğdu (n 8) 359; Yeşim M. Atamer/Ece BAŞ, 'Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk' (2014) 88(Özel Sayı 1) 19,29; Petek, n(7) 985.

²⁹ Aynı görüşte, Çağlayan (n 7) 362.

³⁰ Aydoğdu (n 8) 357.

gidemez³¹. Burada bizim de katıldığımız görüşe göre, tüketicinin ayıbı bilmesi ya da bilebilecek durumda olması yalnızca seçimlik hakların kullanımında dikkate alınmalı ve tazminat hükümlerine başvurmasına engel olmamalıdır³². Zira Aydoğdu'nun da belirttiği gibi, tüketicinin ayıplı hizmet alması, onun hizmetten dolayı uğrayacağı maddi ve manevi zararları baştan kabul ettiği şekilde yorumlanmamalıdır. Keza işlemin, tüketici işlemi olmasını da engellememelidir. Salt tüketicinin bilerek ayıplı hizmeti kabul etmesi, TKHK kapsamı dışında kalmasına neden olmayacaktır. Dolayısıyla, bu halde dahi, örneğin görevli ve yetkili mahkeme, tüketici mahkemesi olmalıdır³³.

Son olarak, sorumluluğun doğması için 4077 sayılı Kanun aksine, tüketicinin ihbar ve muayene külfeti yoktur³⁴. Süre, hakkın doğumunda değil, ispat külfetinin yer değişmesi üzerinde etkilidir³⁵.

B. Sorumluluktan Kurtulma İmkânı

TKHK m. 14/2, "Sağlayıcı, kendisinden kaynaklanmayan reklam yoluyla yapılan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini veya yapılan açıklamanın içeriğinin hizmet sözleşmesinin kurulduğu tarihte düzeltilmiş olduğunu veya hizmet sözleşmesinin kurulması kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içermediğini ispatladığı takdirde açıklamanın içeriği ile bağı olmaz." şeklindedir.

Madde metninde görüleceği üzere, kanun koyucu sağlayıcıya kanundan doğan ayıplı hizmete karşı sorumluluğundan kurtulabileceği üç durum belirlemiştir. Bunlardan ilki, sağlayıcının, kendisinden kaynaklanmayan reklam yoluyla yapılan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceği durumdur³⁶.

³¹ Bu durum ayıplı mallarda da bu şekildedir. Malın ayıplı olduğunu bilen ya da bilebilecek durumda olan tüketici ayıplı maldan doğan seçimlik haklarını kullanamaz.

³² Aydoğdu (n 8) 357.

³³ Aydoğdu (n 8) 357.

³⁴ Eser sözleşmelerinde ihbar süresi düzenlenmesinden dolayı, işlem tüketici işlemi olmasına rağmen ihbar süresinin halen geçerli olduğunu savunan görüşler vardır. Bizce, tüketici işlemi olan eser sözleşmelerinde, artık ihbar süresine uymak gerekmemektedir. Aynı görüşte, Aydoğdu (n 8) 357.

³⁵ Çağlayan (n 7) 362.

³⁶ Tüketicileri, istismar edici, yanıltıcı reklam yapılması yasaktır. Yargıtay 13. HD, 2749/5860, 12.05.2003; Reklamların içerdiği abartma unsurunun tüketicinin tarafından normal karşılanması gerekir. Örneğin, "En saf su", "Çocukların en sevdiği çikolata" gibi reklamlardaki abartma oranı tüketiciler tarafından anlaşılabilir durumdadır. Bu maddedeki reklamlar ise abartma ölçüsünü aşan ciddi niteliktedir. "Bir dakikadan az sürede suyu ısıtır.", "Şarjı 24 saat sürer." Gibi ifadeler, ciddi nitelikte olacaktır. Atamer/Baş (n 27) 19,24.

Burada, ortada sağlayıcının sunduğu hizmet ile ilgili bir reklam vardır ama bu reklam sağlayıcı tarafından yapılmamıştır ve ayrıca sağlayıcının bu bilgilerden de haberi olmaması gibi bir ihtimal vardır. Bu duruma, sosyal medya hesapları üzerinden fazla takipçisi olan birinin kaldığı bir otelde harika vegan yemek seçeneği olduğunu belirten paylaşımlar yapması örnek olarak verilebilir. Eğer, otel ile kişi arasında bir reklam ya da sponsorluk anlaşması yoksa kişi sadece kendi isteğiyle bu şekilde bir paylaşım yapmışsa, otelin kişinin sosyal medya hesabındaki açıklamalardan haberdar olmaması makul karşılanabilir. Bu halde, paylaşımı görüp de otele gelen tüketici ise sağlayıcının vegan yemek sunmamasını, kendisine yapılan bildirim karşılammaması olarak niteleyerek ayıplı hizmet iddiasında bulunamaz.

İkinci ihtimal, yapılan açıklamanın içeriğinin hizmet sözleşmesinin kurulduğu tarihte düzeltilmiş olmasıdır. Bu ihtimalde, sağlayıcı önceden hizmetin belli bir özelliğini reklam yoluyla duyurmuş ancak daha sonra bu hizmeti sağlayamayacağını anlamış ise bunu duyurmalıdır. Aksi halde, tüketici bu açıklama üzerine sözleşme kurarsa ayıplı bir hizmet söz konusu olur. Burada sağlayıcının, hizmete ilişkin açıklamasını yaptığı şekilde düzeltme açıklamasını yapması önemlidir. Örneğin, sağlayıcı, otelin havuzunun 7/24 açık olduğu açıklamasını kendi internet sitesinden yapmış ise havuzun bakıma alınıp kapalı olduğu açıklamasını da yine internet sitesinden yapmalıdır. Düzeltme bildirimini, otelin içerisindeki panoya bir yazı ile yapılması geçerli olmayacaktır.

Üçüncü ihtimal ise hizmet sözleşmesinin kurulması kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içermediğinin ispatlanmasıdır. Örneğin, tüketicinin hizmeti açıklamadan sonra alması durumunda bu nedensellik bağının olmadığı belli olacaktır³⁷. Bir başka örnek de kişinin yazın Uludağ'da bir otele gidip kayak pistlerinin kapalı olmasını ayıp olarak ileri sürmesidir. Burada sağlayıcı, her ne kadar internet sitesinde kayak oteli olarak tanıtım yapsa da, tüketicinin yazın oteline gelmesinin nedeninin kayak olmasının mümkün olmadığını ve nedensellik bağının sözleşmenin kurulması ile açıklama arasında olmadığını kolay bir şekilde ispatlayabilir.

III. TÜKETİCİNİN AYIPLI HİZMET DURUMUNDA SEÇİMLİK HAKLARI

TKHK m. 15/1, "Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketici, hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir. Sağlayıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar sağlayıcı tarafından karşılanır. Tüketici, bu seçimlik

³⁷ Aydoğdu (n 8) 354.

haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Kanun koyucu, tüketiciye dört seçimlik hak ve bunların yanında tazminat hakkı tanımıştır. Tüketici, seçimlik haklardan dilediğini seçmekte özgürdür. Bu anlamda sağlayıcının tüketiciyi haklardan birinin seçimine yönlendirmesi ya da seçimi kabul etmemesi söz konusu olmayacaktır. Seçimlik hakların kullanılmasında ve seçilmesi bakımından tek sınır dürüstlük kuralıdır. Tüketici, seçimlik hakkını TMK m. 2 uyarınca kullanmalıdır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, ayıptan doğan sorumluluğa başvurma hususunda ayıbın önemi ve büyüklüğü dikkate alınmayacaktır; ancak bu husus seçimlik hakkın kullanılmasında dikkate alınmalıdır³⁸.

Tüketicinin sahip olduğu seçimlik hakları esasında yenilik doğuran haklardır. Yenilik doğuran haklar, tek taraflı ve varması gereken bir irade açıklaması ile kullanılır. Seçimlik hak, sağlayıcıya tek taraflı irade beyanının varmasıyla birlikte doğar. Tüketicinin seçimlik hakkı bir kere kullanıldıktan sonra tükenir. Dolayısıyla, tüketici dönme hakkını kullandıktan sonra bundan vazgeçip hizmetin yeniden görülmesi hakkını kullanamaz³⁹. Bunun tek istisnası TKHK m.15/4’te düzenlenen, sağlayıcının kanunda belirtilen süre içerisinde tüketicinin kullandığı hakkı yerine getirmemesi halidir. Maddede açıkça ifade edildiği gibi, 30 gün içerisinde sağlayıcı tüketicinin talebini yerine getirmese, artık tüketici diğer haklarından birini seçebilir. Bu durumda ise sağlayıcı, yeni seçilen hakkı ifa etmekle yükümlüdür.

Seçimlik hakların kullanılmasında bir masraf yapılması gerekiyorsa, bu masraflar sağlayıcıya aittir. Bu kapsamda, uzman incelemesi, noter ve avukat masrafları gibi yapılan harcamalara sağlayıcı katlanacaktır.

A. Hizmetin Yeniden Görülmesi

Hizmetin yeniden görülmesi hakkının kullanılmasında birlikte, daha önce tüketiciye ayıplı olarak sunulan hizmet, ayıpsız olarak yeniden sunulmalıdır⁴⁰.

³⁸ Atamer/Baş (n 27) 19,27; Yargıtay 13 HD, E. 2018/3387, K. 2020/ 5467, 29.06.2020, “Her ne kadar seçimlik hakları yasa ile sayılmış ve bu seçimlik hakların içerisinde herhangi birini tercih etme bakımından tüketici serbest bırakılmış ise de, bunun sınırı olarak iyiniyet kuralları ve tarafların hak ve menfaatler dengesi nazara alınmak suretiyle sözleşmenin ayakta tutulması sağlanırken varlığı tespit ve kabul edilen ayıp nedeniyle tüketicinin bir kayıp veya zarara uğramasının da önüne geçilmesi hedeflenmiştir...”

Yargıtay 13 HD, 6251 /11865, 18.09.2006, Gerek 4077 sayılı Kanunun ilk şeklinde, gerek 4822 sayılı Kanunla değiştirilmiş halinde, kullanım bedelinin düşülmesine yönelik bir hükme yer verilmemiştir. Yargıtay HGK’nın 2005/4-309, 2005/391 karar sayılı kararında da, bu husus açıkça belirtilmiştir.

³⁹ Petek (n 7) 995; Tiryaki , (n 7) 110; Aslan, 170.

⁴⁰ Petek, (n 7) 997; Tiryaki , (n 7) 112.

Örneğin, bir resim yaptırılması üzerine ressam ile anlaşılan tüketici, hizmetin ayıplı olarak ifa edilmesi üzerine ressamdan resmi tekrar yapmasını isteyebilir. Bu hakkın kullanılması, sağlayıcıya orantısız güçlük doğurmamalıdır. Bu noktada orantısız güçlük olup olmadığının belirlenmesi için hizmetin ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve tüketicinin, diğer seçimlik haklarını kullanması halinde bir mağduriyet ya da hak kaybı yaşayıp yaşamayacağı gibi durumlar incelenmelidir. Bu kapsamda, sağlayıcı bakımından önemsiz bir ayıp söz konusu olduğu için tüm hizmetin yeniden verilmesi orantısız bir güçlük doğuracaksa, tüketici dürüstlük kuralları gereği diğer seçimlik haklarını kullanmalıdır. Örneğin, catering hizmeti sunan bir sağlayıcı, 3 ana yemek sunmasına rağmen yemekte vaat ettiği bir ürünü kullanmamış ve ürünün kullanılmaması genel olarak önemli bir ayıp doğurmamış ise tüketicinin bu ayıp nedeniyle tüm yemeklerin yeniden yapılması hakkı yerine indirim hakkını kullanması daha hakaniyetli olacaktır.

Bunun yanında, bu hakkın kullanılması için hizmetin yeniden görülmesinin fiilen mümkün olması gerekir. Bir gösteri izlenmesini de içeren paket tur sözleşmesi akdeden tüketicinin, sağlayıcının ayıplı hizmeti nedeniyle gösteriyi kaçırmaması durumunda, bu hakkını kullanması fiilen mümkün olmayacaktır.

B. Hizmet Sonucu Ortaya Çıkan Eserin Ücretsiz Onarımı

Ücretsiz onarım hakkının kullanılması durumunda, sağlayıcı ayıplı hizmet nedeniyle ortaya çıkan eseri ücretsiz onarma borcu altına girer. Ortaya çıkan eserin onarım masraflarını sağlayıcı karşılayacaktır. İşçilik ve malzeme gideri gibi onarım giderleri ile noter masrafları gibi hakkın kullanılmasına ilişkin masrafları sağlayıcı üstlenecektir.

Hizmetin yeniden görülmesi hakkında olduğu gibi onarım hakkının kullanılması için de bunun fiilen mümkün olması gerekir. Örneğin, düğün videosunun ayıplı hizmet nedeniyle sessiz çekilmesi durumunda, ayıp ortaya çıktığında düğün çoktan bitmiş olacağından, bu hakkın kullanılması fiilen mümkün olmayacaktır.

Ayrıca, eserin onarım hakkının kullanılması sağlayıcı bakımından orantısız güçlük doğurmamalıdır. Orantısız güçlüğü tespitinde yine hizmetin yeniden görülmesinde olduğu gibi ayıbın önemi ve tüketicinin diğer seçimlik haklardan birini kullanmasının sonuçları değerlendirilmelidir. Örneğin, bir evin boyanması konulu bir tüketici sözleşmesinde, yalnızca bir duvar hatalı boyanmış iken tüm evin tekrar boyanmasını talep etmek orantısız olacaktır.

Tüketicinin bu hakkını kullanması üzerine sağlayıcı makul bir süre içinde ve tüketici için ciddi sorunlara yol açmayacak şekilde en geç 30 gün içinde bu hakkın gereğini yerine getirilmelidir. Aksi halde tüketici başka bir seçimlik hak kullanabilir.

C. Ayıp Oranında Bedelden İndirim

Tüketicinin ayıp oranından bedel indirimi talep etmesi halinde, Yargıtay'ın benimsediği gibi nispi hesaplama yöntemine göre indirilecek bedel bulunur⁴¹. Bu yönteme göre, hizmetin objektif ayıplı değeri ile sözleşmede kararlaştırılan bedel çarpıldıktan sonra bulunan miktar, hizmetin ayıpsız objektif bedeline bölünür. Bunun yanında, arabuluculuk yoluna başvurulduğunda, müzakereler esnasında taraflar kendilerine uygun bir başka hesap yöntemine göre de bedeli bulabilirler. Tabi ki bu yöntem, tüketicinin lehine olmalıdır. TKHK m. 15/III uyarınca bu tutar, tüketiciye derhâl iade edilmelidir.

D. Sözleşmeden Dönme

Tüketicinin sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim hakkını seçtiği durumlarda, ödemiş olduğu bedelin tümü veya bedelden indirim yapılan tutar derhâl tüketiciye iade edilir (TKHK m. 15/III). Hizmet sağlamaya yönelik tüketici sözleşmesinin bir sürekli borç ilişkisi niteliği taşıması hâlinde ise, sözleşmeden dönme yerine sözleşmeyi feshetme hakkının varlığından söz edilir⁴². Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda, tüketici, eğitim ve sınav sözleşmesinde sözleşmesinden dönme talebinde bulunmuştur. Yargıtay, bu dönem beyanı sonrasındaki ücret iadesinde, davacı tüketicinin katıldığı ve katılmadığı ders ve sınavların belirlenip katılmadığı ders ve eğitim ücretlerinin iadesinin yapılması gerektiğine karar vermiştir⁴³.

IV. TÜKETİCİNİN MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ

A. Genel Olarak

Tüketicinin manevi tazminat talepleri, TKHK'da düzenlenmemiştir. Kanun koyucu bu konuyu ayrıca düzenlemek yerine, genel hükümlere atıf yapmayı tercih etmiştir. Nitekim TKHK 83/1, "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır." şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükmün gerekçesinde de açıklandığı üzere, her ne kadar tüketici işlemi olsa da bu işlemlerin her biri aslında birer borçlar hukuku sözleşmesidir. Dolayısıyla, genel hüküm olarak TBK'ya atıf yapılması yerindedir.

Tüketicinin ayıplı hizmetten doğan seçimlik haklarını düzenleyen TKHK m.15'te "Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir." şeklinde hüküm yer almaktadır. İlgili madde gereği, tüketici ayıplı hizmet söz konusu olması halinde,

⁴¹ YHGK, E. 2013/13-2257, K. 2015/1450, T. 27.05.2015.

⁴² Aydoğdu (n 8) 363.

⁴³ Yargıtay 13. HD, E. 2017/1700, K. 2020/4500, 10/06/2020.

seçimlik haklarının yanı sıra veya onları kullanmaksızın, TBK hükümleri çerçevesinde manevi tazminat talep edebilir⁴⁴.

Tüketiciye seçimlik hakların yanında, bu şekilde maddi ve manevi tazminat talep etme hakkı tanınmasının sebebi, tüketicinin seçimlik haklarını kullansa dahi giderilemeyecek kayıplarını telafi etmektir. Özellikle, hizmet sözleşmelerinde, kesin vadeli veya tekrar ifası mümkün olmayan hizmetler bakımından, seçimlik hakların kullanılması tüketici bakımından fiilen mümkün dahi olmayacaktır. Örneğin, doğum anının fotoğrafının çekilmesi için anlaşılmasına rağmen fotoğrafçının zamanında gelmeyerek doğum anını kaçırmaması durumunda, zaten tüketicinin seçimlik haklarının bir kısmını kullanması fiilen mümkün dahi olmayacaktır. Bedelde indirim gibi kullanılması mümkün bir seçimlik hak tercih edilse dahi, hizmetin ayıplı olarak ifa edilmesinden doğan zararın, manevi tazminat gibi telafisi söz konusu olamayacaktır. Dolayısıyla, özellikle manevi tazminat talebi, tekrar ifası mümkün olmayan ayıplı hizmetler bakımından tüketicinin uğradığı manevi zararı, seçimlik haklarına kıyasen, daha iyi telafi edebilecektir.

Madde gereği TBK'ya atıf yapılan hükümler TBK m. 56, m. 58 ve m. 114 olacaktır. Her üç madde de somut olaya uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır. Tüketicinin kişilik hakkı ihlal olmuş ise TBK m. 56; bedensel bütünlüğü ihlal olmuş ise TBK m. 58 uygulanacaktır⁴⁵. Manevi tazminat talebi sözleşmeye aykırılık halinde de mümkündür. TBK m. 114, sözleşmeden doğan kişilik haklarının ihlalinde de uygulama alanı bulur⁴⁶.

TBK hükümlerinin yanında, kişilik haklarının ihlali halinde kişilik haklarını koruyan TMK m. 23-25 hükümleri de uygulama alanı bulur. Nitekim, TMK m. 25 kişilik haklarına saldırı halinde saldırıya uğrayana dava açma hakkı tanımıştır. Yargıtay'ın da, tüketicinin manevi tazminat talebini TMK hükümleri çerçevesinde değerlendirdiği kararlar mevcuttur⁴⁷.

⁴⁴ Petek, (n 7) 1003; Tiryaki (n 4) 116.

⁴⁵ Mehmet Akif Tutumlu, Tüketici Hukukunda Manevi Tazminat Davası (1. Bası, Seçkin Yayınları 2015), 15.

⁴⁶ Arzu Genç Arıdemir, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Sorumlulukta Manevi Tazminat (1.Bası, XII Levha 2008) 40; Hülya Atlan, Manevi Zararı Tazmin Yolları (1. Bası, XII Levha 2015) 44; Yargıtay 15 HD, E. 2017/691, K. 2019/41 T: 4.2.2019; Yargıtay 21 HD E. 2017/4611, K. 2018/7358, 15.10.2018.

⁴⁷ “Ne var ki, manevi tazminata hükmedilirken şahsiyet haklarına hukuka aykırı şekilde bir saldırının varlığı da aranmalıdır. Sözleşme ilişkilerinde manevi tazminatın kabul edilebilmesi için salt sözleşmeye aykırı davranmak yeterli değildir. Ayrıca sözleşmenin ihlaliyle birlikte kişilik haklarının da (kişinin yaşamı, sağlığı, beden ve ruh tamlığı, düşün uğraşısı, onur ve saygınlığı, resmi ve özel yaşantısı gibi..) ihlali gerekir.” Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 22170/31181, 11.12.2013.

Burada değinilmesi gereken husus, ayıplı hizmetten doğan manevi tazminat taleplerinin alacak hakkı mı yoksa yenilik doğuran hak mı olduğudur. Doktrinde bir görüş, manevi tazminat talebinin yenilik doğuran haklar ile birlikte düzenlenmesinden dolayı yenilik hak olduğunu; diğer görüş ise bu hakkın tek başına kullanılması halinde alacak hakkı olduğunu ileri sürmektedir⁴⁸. Kanaatimizce, manevi tazminat talebi, yenilik doğuran hak değil alacak hakkı olarak değerlendirilmelidir.

B. Unsurları

Manevi zarar, iradesi dışında meydana gelen zarar verici olay nedeniyle kişinin elem ve üzüntü gibi hisler yaşamasıdır⁴⁹. Manevi zarara ilişkin objektif ve sübjektif iki görüş mevcuttur. Objektif görüş, manevi zararı “kişisel değerlerin ihlali sonucunda kişilikte meydana gelen eksilme ” olarak kabul eder⁵⁰. Türk hukukunda kabul edilen sübjektif görüş manevi zararı, bu eksilmenin yanında eksikliğin hissedilmesi olarak tanımlar⁵¹.

Manevi tazminat davasının ilk şartı, kişilik hakkının ihlalidir. Maddede kişilik hakkının neler olduğu sayılmamış, yalnızca örneğe yoluyla açıklanmıştır. Dolayısıyla somut olaya uygun olarak, hâkim tarafından belirlenecektir. Hukuka aykırılık bakımından, sözleşmeye aykırı davranışlar, TBK m. 49’ a yapılan atıf sebebiyle, haksız fiile dönüşmekte ve tüketicinin kişilik hakkının TMK m. 23-25 ile TBK m. 58 kapsamında zedelendiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, kişisel hakları haksız fiil ile ihlal edilen tüketici, uygun ölçüde manevi tazminat isteyebilir. Örneğin, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, düğün günü için kiralanmış aracın yanarak patlaması üzerinde tüketicinin açtığı manevi tazminat talebi davasında, tüketicinin kişilik hakkının zedelendiğine karar vererek talebi kabul etmiştir⁵². İkinci olarak, manevi bir zarar meydana gelmelidir. Bir başka deyişle, hizmet sağlayıcısının davranışı veya ihmali sebebiyle,

⁴⁸ Aydoğdu (n 8) 365.

⁴⁹ O. Gökhan Antalya, “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi”, Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 222; Kemal Tahir Gürsoy, ‘Manevi Zarar Ve Tazmini’ (1973) 30(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 8, 8-9; Çiğdem Kırca, ‘Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği’ (1999), 25(98) 242,242; Arıdemir (n 41) 2; Atlan (n 41) 46; Fulya Erlüle, Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat (1.Baskı, Seçkin Yayınları 2011) 71; Tuğçe Oral, Tüzel kişilerin Manevi Zararı (1.Baskı, XII Levha Yayınları 2018) 42.

⁵⁰ Ahmet Kılıçoğlu, ‘Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir Mi?’ (1983) 1(1) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; Fulya Erlüle, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat (1.Bası, Seçkin Yayıncılık 2011) 70.

⁵¹ Erlüle (n 45) 70.

⁵² Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3 HD 1062/1062, 02.11.2017.

tüketicinin elem, acı ve üzüntü duyacağı manevi bir zarar olmalıdır. Üçüncü olarak, manevi zarar verici bu davranışın hukuka aykırı olması gerekir. Normun koruma amacı teorisine göre, kişilik haklarına karşı yapılan her müdahale, temel koruma normunun ihlalidir. Bunun yanında, davranış bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olmamalıdır. Son olarak, zarar verici olay ile hizmet sağlayıcısının davranışı arasında uygun illiyet bağı olmalıdır. Üçüncü olarak, tazminat talebi için hizmet sağlayıcısının kusurlu olması gerekir⁵³.

Zarar kavramı bakımından, örneğin paket tur sözleşmelerinde, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tüketicinin tatil zamanının boşa geçmesi nedeniyle uğradığı zarar, manevi zarar olarak değerlendirilmektedir⁵⁴. Gerçekten de yıllık izin kullanmalarına rağmen paket tur sözleşmesinin iptal olması ya da bayram ve özel gün tatillerinin boşa geçmesi halinde, tüketicide manevi olarak üzülmeye hissinin oluşması doğal olacaktır. Yargıtay, tüketiciye ait aracın yıkanması sırasında araçta bulunan araba kokusunun devrilip ön konsolunun hasar görmesine neden olduğu olayda zararın oluştuğunu kabul etmiştir⁵⁵.

İlliyet bağı bakımından, hizmet sağlayıcısının ayıplı hizmeti ile meydana gelen zarar arasında neden sonuç ilişkisi kurulmalıdır. Örneğin, Yargıtay, önüne gelen bir olayda, uçak seyahati sırasında yediği yemekten taş çıkması sonucu dişi kırılan ve bu sebeple maddi ve manevi tazminat talebinde bulunan tüketicinin talebini, zarar verici olay ile zarar arasında illiyet bağı olmasından dolayı kabul etmiştir⁵⁶.

C. Tüketicinin Manevi Tazminat Taleplerine İlişkin Çeşitli Yargıtay Kararları

Eser sözleşmesi kapsamında, tüketici ile hizmet sağlayıcı arasında kurulan, fotoğraf çekimi, video çekimi, resim yapılması, mutfak yapımı, boya ve imalat işlemleri, gibi işlemlerde meydana gelen ayıplar, ayıplı hizmet olacaktır. Bu kapsamda, Yargıtay, düğün sırasında çekilen kamera kayıtlarının bozuk olması sebebiyle ortaya çıkan eserin ayıbının önemli ve kabul edilemez olduğunu ve bu nedenle gelin ve damadın ayrı ayrı manevi tazminat istemini kabul etmiştir⁵⁷.

Paket tur sözleşmelerinde, tüketicinin, bagajının kalkış havaalanında uçağa yüklenmemesi nedeniyle tatilin bir kısmını bavulu olmadan geçirmesi manevi zarar olarak kabul edilmiştir⁵⁸. Tüketicinin bavulunun uçağa yüklenmediği ve daha sonra bavul kendisine ulaştığında, kilidinin kırılmış ve içinin karıştırıl-

⁵³ Petek, (n 7) 1000; Doğan (n 7) 116.

⁵⁴ Zafer Zeytin 'Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi – III Manevi Zarar Olarak 'Boşa Geçen Tatil Zamanı'' (2003) XXII(1), BATİDER 185,189; Petek , (n 7) 1001.

⁵⁵ Yargıtay 13 HD, 11606/16930, 20.06.2013.

⁵⁶ Yargıtay 11 HD, E. 2018/5098, K. 2019/5962.

⁵⁷ Yargıtay 15 HD, E. 2017/461, K. 2018/1512, 11.4.2018.

⁵⁸ Yargıtay 11 HD, E. 2007/3335, K. 2008/4926, 29.04.08.

mış olduğu olayda, davacı tüketicinin kişilik hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir⁵⁹. Tüketici olan çiftin, balayına gidecekleri gün paket turun iptal edildiğini öğrenmeleri üzerine açtıkları manevi tazminat davasında, tur düzenleyicisinin turu iptal ettiğini ve iptal durumuna ilişkin bilgilendirmeyi tüketicilere ulaşılamadığı gerekçesiyle yapmayan tur düzenleyicisi aleyhine manevi tazminata hükmedilmiştir⁶⁰.

Başka bir kararda ise, otelin sözleşmede vaat edilen özellikleri taşımaması sebebiyle ücret farkı vererek başka bir otele yerleşen tüketicinin manevi tazminat talebi kabul edilmiştir. Sözleşmede tüketiciye bildirilen otelin, ifa sırasında vaat edilen nitelikleri taşımaması halinde tüketicinin manevi zarara uğradığı kabul edilmiştir⁶¹. Keza, tüketicilerin havaalanında beklemesi de manevi zarar olarak değerlendirilmiştir⁶². Bir başka olayda, davacı tüketici, saatlerce havaalanında bekletilip üç aktarma yapmak zorunda kalarak tatile bir gün gecikmeli başlamış ayrıca valizleri kaybolmuştur. Bu olayda Yargıtay, davalı hizmet sağlayıcısı aleyhine, bir gün eksik hizmet vermesi ve valizlerinin kaybolması nedeniyle tüketicinin tatilinin stresli geçmesine ve bunun da davacı tüketicilerin kişilik haklarına hukuka aykırı olarak zarar verdiği gerekçesiyle uygun ve makul bir manevi tazminata hükmedilmesine karar vermiştir⁶³.

Tüketici otel, pansiyon, konuk evi gibi yerlerde konaklama amacıyla bulunduğu sırada uğradığı zararlara ilişkin hizmet sağlayıcısına manevi tazminat talebinde bulunabilir. Örneğin, kaldığı otelde duşakabinin patlaması sonucu, ellerinde ve vücudunda kesikler oluşan tüketicinin manevi tazminat talebi kabul edilmiştir⁶⁴.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, kalın otelde domuz eti servis edilmesi ve tüketicinin bilmeden inancına aykırı olarak domuz eti yemesi üzerine açtığı davada, tüketicinin kişilik hakkının zedelenmesi üzerine manevi tazminat talebini kabul etmiştir⁶⁵. Tüketicinin kendisine domuz eti yedirildiği gerekçesiyle kaldığı otelden tazminat talep ettiği başka bir olayda, mahkeme, tüketicinin otelde kaldığı tarihte domuz etine rastlanmadığını, daha sonra otelde domuz eti bulunmasının davacı tüketiciye de domuz eti servis edildiği anlamına gelmeyeceğini belirterek illiyet bağı bulunmadığından manevi tazminat talebini reddetmiştir⁶⁶.

⁵⁹ Yargıtay HGK, E. 2017/11- 44, 2019/508, 02.05.2019.

⁶⁰ Yargıtay 13 HD, E. 2014/99, K. 2014/14443, 05.05.14.

⁶¹ Yargıtay 13 HD, E. 2011/2194, K. 2011/9866, 22.06.11.

⁶² Yargıtay 13 HD, E. 2011/2670, K. 2011/10460, 30.06.11.

⁶³ Yargıtay 13 HD, 3213/13240, 14.10.2010.

⁶⁴ Yargıtay 3 HD, E. 2020/10826, K. 2021/11099, 09.11.2021.

⁶⁵ Yargıtay HGK, E. 2013/13-492, K. 2014/87, 12.2.2014.

⁶⁶ Yargıtay 13 HD, E. 2012/9272, K. 2012/13487, 24.05.2012.

Bir başka olayda, otelin güvenlik amaçlı pencere korkuluk aralarının çok fazla olmasından dolayı, tüketicinin çocuğu aralıklardan düşüp yaralanmıştır. Mahkeme bu olayda, hizmet sağlayıcısının kusurlu olmasından dolayı manevi tazminat ödemesine hükmetmiştir⁶⁷. Alışveriş merkezinde, kız arkadaşına laf atılması üzerine başlayan tartışmada, tanımadığı dört kişi tarafından dövülen ve yaralanan kişinin açtığı davada Yargıtay, tüketici olan kişinin can ve mal güvenliğini sağlamanın alışveriş merkezine ait bir yükümlülük olduğuna ve kişinin dövülmesinde alışveriş merkezinin kusurlu olduğuna karar vererek manevi tazminata hükmetmiştir⁶⁸. Yargıtay önüne gelen olayda, alışveriş merkezinin oyun parkında çocuğun ayağının kırılması üzerine manevi tazminat talebini kabul etmiştir⁶⁹.

V. DAVANIN TARAFLARI

Manevi tazminat talep etme hakkı öncelikle, manevi zarara uğrayan gerçek kişi tüketiciye aittir. Gerçek kişi tüketicilerden, tam ehliyetli olanlar, kendi ad ve hesaplarına bu davayı açıp taraf olabilirler. Sınırlı ehliyetsizler ise manevi tazminat davasını yasal temsilci vasıtasıyla açabilirler.

Tüketici sıfatı/niteliği taşımayan ancak ayıplı hizmetten dolayı manevi olarak zarar uğrayan kişilerin tazminat talebinde bulunmalarının mümkün olup olmadığı belirlenmesi gerekir. Bu duruma özellikle, hizmetin masraflarının üçüncü kişiler tarafından karşılanması halinde rastlanabilir. Ülkemizde ise özellikle düğün sırasında ayıplı hizmet sunulması halinde, gelin veya damadın anne ve babasının, hizmet sağlayıcısından manevi tazminat talep etme hakkı olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen olayda, düğün salonu kiralama sözleşmesi kayınbaba ile yapılmış ve sözleşme gereği fotoğrafçı düğün salonu sahibi tarafından organize edileceği için başka bir fotoğrafçı ayarlanmamıştır. Ne var ki sonrasında, düğünde çekilmesi gereken fotoğraflar gelin ve damada teslim edilmemiştir. HGK, bu olayda, davacı olan kayınbabanın dava ehliyeti olup olmadığını tartıştıktan sonra, düğün gibi merasimlerin geleneksel ve çok özel olduğuna, çocuğunun düğün videosunun olmamasının davacının kişilik hakkını da zedeleyeceğine ve bu nedenle kayınbabanın dava ehliyetinin olduğuna karar vermiştir⁷⁰. Keza başka bir olayda, düğün salonu ile yapılan sözleşmede taraf olmasa da gelin veya damadın, ayıplı hizmet durumunda, sözleşmeden yararlanan kişiler olması nedeniyle manevi tazminat edebileceği kabul edilmiştir⁷¹.

⁶⁷ Yargıtay 13 HD, 13244/3079, 09.03.2004, Tiryaki (n 17) 57.

⁶⁸ Yargıtay 13 HD, E. 2015/1008, K. 2016/5099, 22.02.2016.

⁶⁹ Yargıtay 13 HD, E. 2012/2787, K. 2012/6142, 13.03.2012; Tutumlu (n 40) 20.

⁷⁰ Yargıtay HGK, 13-606/717, 30.11.2011.

⁷¹ Yargıtay 15 HD, E. 2018/4127, K. 2019/2059, 02.05.2019.

Sonuç olarak, doğrudan ayıplı hizmet nedeniyle zarar görenin yanında, sözleşmenin tarafı olmasa da ayıplı hizmetten dolayı zarar gören kişiler de illiyet bağının varlığını ispatlamak koşuluyla manevi zararlarının tazminini talep edebilirler.

Tüzel kişilerin manevi tazminat talep edip edemeyecekleri ise doktrinde tartışmalı bir konudur. Bir görüş⁷², tüzel kişiliği oluşturan gerçek kişilerin zarar gördüğünü ve manevi tazminatın aynı zamanda cezalandırıcı niteliği olmasından dolayı tüzel kişilerin, gerçek kişilere özgü olan kişilik hakları dışındaki haklarının ihlali sebebiyle manevi tazminat talep edebileceklerini kabul etmektedir. Karşıt görüş ise⁷³ tüzel kişilerin insani duygular olan acı, üzüntü, elem gibi hisler yaşayamayacağını bu sebeple manevi tazminat talep etmelerinin yeri olmadığını ileri sürmektedir. Kılıçoğlu'na göre, tüzel kişiler kişilik hakları ihlal edildiğinde, kişilik haklarını koruyan TMK m. 25'teki davalardan manevi tazminat dışındaki diğer davaları açmalıdır⁷⁴.

Kanaatimizce, tüzel kişilerin, insana özgü olanlar dışında onur, saygınlık, ekonomik özgürlük, mesleki ve ticari sırların ifşası gibi hakları ihlal edilebilir. Dolayısıyla, tüzel kişiler manevi tazminat talep edebilmelidir. Yargıtay'ın da tüzel kişilere manevi tazminat takdir ettiği kararları mevcuttur⁷⁵. Sonuç olarak, tüketici sıfatı taşıyan ticari işletme işletmeyen dernek ve vakıflar, ayıplı bir hizmetten dolayı manevi tazminat talebinde bulunabilmelidir.

Davalı taraf, hizmet sağlayıcısıdır. Hizmet sağlayıcısı, TKHK'nın Tanımlar başlıklı 3. maddesinde "Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, hizmet sunanın adına ve hesabına hareket eden kişiler de ayıplı hizmetten sorumludur⁷⁶. Hizmet sağlayan herkes, tüketiciye karşı müteselsilen sorumludur⁷⁷. Sonuçta, tüketiciye hizmeti dolaylı olarak sunan (üretici) da dolaysız olarak sunan da (sağlayıcı) sorumlu olacaktır.

⁷² Oğuz Sadık Aydos, 'Basın Yolu İle Kişilik Hakkı İhlallerinde Manevi Tazminat' (2012) XVI(2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 13; Ferit H. Saymen, 'Kimler Manevi Tazminat Talep Edebilir?' (1940), VI(1), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 126, 142-145; Gürsoy (n 44) 12; İlhan Ulusan, 'Bir Derneğin Kişilik Haklarının Zedelenmesi İle İlgili 3 Haziran 1971 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararı', (1973) 7(10), Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Derneği 209,218; Hüseyin Hatemi/ Emre Gökyayla Borçlar Hukuku Genel Bölüm (1.Bası, Vedat Kitapçılık 2011) 168.

⁷³ Kılıçoğlu (n 45) 294; Nisim İ. Franko, Şeref Ve Haysiyete Tecavülden Doğan Manevi Zararın Tazmini (1.Bası, Doruk Kitap 1973) 190.

⁷⁴ Kılıçoğlu (n 45) 294.

⁷⁵ Yargıtay 4 HD. 4-670/4-670, 18.10.2006.

⁷⁶ Yargıtay 13 HD 8435/17631, 04.06.2014.

⁷⁷ Aydoğdu (n 8) 373.

Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda, davacı tüketici, davalılardan Petrol Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye ait akaryakıt istasyonundan, aracına yakıt almış, ancak pompa görevlisi araca dizel cinsi yakıt yerine benzin dolumu yaptığı için araçta arıza oluşmuştur. Her ne kadar Petrol Sanayi A.Ş., bayisi olan akaryakıt istasyonunun ayıplı hizmetinden dolayı kusurlu olmadığını iddia etse de Yargıtay, sağlayıcı ve bayinin her türlü kusurdan müteselsil sorumlu olduğunu belirterek hem bayi hem de petrol ofisini sorumlu tutmuştur⁷⁸.

Hizmet sunanların kusur derecesi önemli olmayacaktır. Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda, hizmet sunanların biri, bilirkişi raporlarına göre, %25 diğeri %75 kusurlu bulunmuştur. Yerel mahkemenin, tüketicinin manevi tazminat talebini kusur oranına göre pay ederek takdir etmesi üzerine Yargıtay, her iki sağlayıcının da müteselsil sorumlu olduğunu ve kusur oranının tüketiciye karşı sorumluluk bakımından önemli olmadığını belirtmiştir⁷⁹.

VI. MANEVİ TAZMİNAT TALEBİNDE GÖREV VE YETKİ

Tüketici işleminden doğan manevi tazminat taleplerinde dikkat edilmesi gereken ilk husus, zarar verici olayın tüketici işleminden doğmasıdır. Bir başka ifadeyle, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi olmalı ve işlem tüketici işlemi olmalıdır. Bu durumda, görevli mahkeme tüketici mahkemesi olacaktır. Haksız fiilden kaynaklı manevi tazminat taleplerinde, görevli mahkeme genel mahkemeler olacaktır.

TKHK m. 73'e göre, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir. Tüketici uyuşmazlıklarında, uyuşmazlık miktarına göre tüketici hakem heyetleri ile tüketici mahkemelerinin görev alanı belirlenecektir. Tüketici hakem heyeti ile tüketici mahkemesi arasındaki görevi belirleyen parasal sınıra ilişkin kural, kamu düzenine ilişkindir⁸⁰.

Uyuşmazlık miktarının tüketici mahkemesinin görev alanına girecek miktarda olması durumunda, TKHK m. 73/A uyarınca, tüketici mahkemelerinde dava açmadan önce dava şartı olarak arabuluculuk yoluna başvurulması gerekir. Dava şartı arabuluculuk, zorunlu olup, bu şart sağlanmadan dava açılması durumunda tüketici mahkemesinde görülecek dava usulden reddedilir⁸¹.

Göreve ilişkin kural TKHK'da düzenlenmiştir. Tüketici hukukunda nisbi emredici hukuk kuralları hakimdir. Dolayısıyla, bu kanunda düzenlenen hu-

⁷⁸ Yargıtay 3 HD, E. 2020/3188, K. 2020/4776, 24.09.2020.

⁷⁹ Yargıtay 3 HD, E. 2021/3950, K. 2021/12130.

⁸⁰ Yargıtay HGK E. 2017/13-609, K. 2018/89, 24.01.2018.

⁸¹ Detaylı Bilgi için bkz. Şebnem Akipek Öcal/Abdulkerim Yıldırım/İbrahim Ermenek/Selda Kutlay, Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk (Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı 2021) 110 vd.



sunular, tüketici aleyhine olacak şekilde değiştirilemez. Bu yönde yapılan değişiklikler ise tüketiciyi bağlamaz. Nisbi emredicilik kuralının görev yönünden görünümü ise göreve ilişkin kuralın bertaraf edilemeyeceğidir⁸². Bir başka deyişle, taraflar, görevli mahkemenin genel mahkeme olması ya da uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi yönünde anlaşma yapamayacakları gibi bu şekilde yapılan bir anlaşma tüketici açısından sonuç doğurmayacaktır. Bu noktada, özellikle paket tur sözleşmelerinde sıklıkla karşılaşılan TÜRSAB Tahkim Kurulu'nun görevli olduğuna dair anlaşmalar da tüketici için sonuç doğurmayacaktır⁸³. Hatta bu şekilde ileri sürülen tahkim şartları TKHK m. 5 uyarınca, haksız şart olarak değerlendirilecektir.

SONUÇ

Tüketici, ayıplı hizmet alması durumunda, TKHK kapsamında dört seçimler hakkın yanı sıra bir de maddi ve manevi tazminat talep etme hakkına sahiptir. Tüketici, tazminat talebini, seçimler hakları ile birlikte kullanabileceği gibi hiç seçimler hak kullanmadan yalnızca tazminat talebinde de bulunabilir. Seçimler haklarının kullanılmasından farklı olarak tazminat talep edildiğinde, TBK hükümlerine genel atıf yapıldığından, sağlayıcının hukuka aykırı bir davranışı, zarar ve zarar ile davranış arasındaki illiyet bağının varlığı gerekmektedir. Bu durumda, tüketici, sağlayıcının ayıplı hizmet ifa etmesinden dolayı manevi bir zarar gördüğünü ispat etmelidir. TKHK uygulama alanının geniş olmasından dolayı, yargı kararlarında, vekalet, eser, konaklama, paket tur gibi pek sözleşmede manevi tazminat talebine rastlanmaktadır.

KAYNAKÇA

AKÇAAL M UYUMAZ A, (2013) "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Hükümlerine (m. 1-16) İlişkin Bir İnceleme", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4 (2).

AKİPEK Öcal Ş, YILDIRIM A, ERMENEK İ, KUTLAY S, Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk (Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Ankara 2021).

AKİPEK ÖCAL, Ş., "Madde 3/Akipek Şerhi", Milli Şerh, (Aristo Yayınevi, İstanbul 2016), (Editörler: Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner), (s. 40-60 arası).

AKTÜRK İY, "Tüzelkişi Tacirin Tüketici Sıfatı", (2016) XX (2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi .

ASLAN İY, Tüketici Hukuku, (5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2015).

⁸² Yargıtay 13 HD, E. 2007/11218 K. 2008/3190, 07.03.2008; Tutumlu (n 40) 24.

⁸³ Yargıtay 13 HD, 521/5446, 14.4.2006.

ASLI MAKARACI B, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gereğince Ayıplı Hizmet Hükümlerinin Uygulama Alanı, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(145).

ATAMER YM, BAŞ E, “Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk”, (2014) 88 (1), İstanbul Barosu Dergisi, (s. 19-60)

ATLAN H, Manevi Zararı Tazmin Yolları, (1. Baskı XII Levha Yayınları, İstanbul 2015).

AYDOĞDU M, “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, (2013) 15 (2), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (s. 1-62 arası).

AYDOĞDU M, “Madde 13-15/Aydoğdu Şerhi”, Milli Şerh, (Aristo Yayınevi, İstanbul 2016), (Editörler: Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner), (s. 40-60 arası).

AYDOS OS, “Basın Yolu İle Kişilik Hakkı İhlallerinde Manevi Tazminat”, (2012) XVI (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (s. 1-36).

BAL Y, “Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu, (2022) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 13 (50).

BAŞ SÜZEL E, “Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa”, (2018) 24 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (s. 966-998).

ÇABRİ S, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, (2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021).

DOĞAN G, Satıcının Ayıplı Mallardan ve Sağlayıcının Ayıplı Hizmetlerden Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 185-204

ERLÜLE F, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011)

ERLÜLE F, Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, (1. Baskı Seçkin Yayınları, Ankara 2011).

FRANKO N, Şeref Ve Haysiyete Tecavüzdən Doğan Manevi Zararın Tazmini, (Doktora Tezi Ankara 1973).

GENÇ ARIDEMİR A, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Sorumlulukta Manevi Tazminat, (1. Baskı XII Levha Yayınları Ankara 2008).

GÜMÜŞ MA, 6502 Sayılı Tüketiciin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1 İstanbul 2014)

GÜRİSOY KT, Manevi Zarar ve Tazmini, (1973), 30 (1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

HATEMİ H, GÖKYAYLA E, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, (Vedat Kitapçılık İstanbul 2011).

KILIÇOĞLU A, “Tüzel Kişi Manevi Tazminat İstiyebilir Mi?” Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1983 (1).

KIRCA Ç, (1999), “Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, Yargıtay Dergisi 25.

PETEK H, (2013), “Tıbbî Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketiciin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulanması”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15 969-1017.

ORAL T, Tüzel kişilerin Manevi Zararı, (XII Levha Yayınları Ankara 2018).

SAYMEN FH, “Kimler Manevi Tazminat Talep Edebilir?” İÜHFM, VL (1) s. 142-145.

ŞAHİN E, “6502 Sayılı Tüketiciin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ayıplı Hizmetin Hukuki Niteliği, Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk Ve Tüketicilerin Seçimlik Hakları”, (2016) XX (1–2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Dergisi, (s. 85-124).

TİRYAKİ B, Tüketiciin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, (Ankara 2007).

TÖREMİŞ HE, “Yatırım Hizmet Ve Faaliyetlerinden Yararlanan Yatırımcıların Tüketici Sifatının Belirlenmesi”, (2020), XXIV (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

TUTUMLU MA, Tüketici Hukukunda Manevi Tazminat Davası, (Seçkin Yayınları Ankara 2015).

ULUSAN İ, “Bir Derneğin Kişilik Haklarının Zedelenmesi İle İlgili 3 Haziran 1971 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararı”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Derneği, 7 (10.).

ZEYTİN Z, “Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi – III Manevi Zarar Olarak ‘Boşa Geçen Tatil Zamanı’”, (2003) BATİDER, XXII (1).

ANONİM ORTAKLIK SERMAYE ARTIRIMINDA YÖNETİM KURULU BEYANI

Statement of the Board of Directors in a Joint Stock Company Capital Increase

Fahri ÖZSUNGUR*

Özet

Anonim ortaklıkta yönetim kurulu beyanı hukuki açıdan nitelenmesi gerekli olan önemli belgeler arasında yer almaktadır. Anonim şirkette özellikle sermaye artırımındaki önemi bağlamında, yönetim kurulunun hukuki çerçevesinin çizilmesi ve uygulamada yaşanabilecek olası sorunların çözümü bağlamında konu güncelliğini korumaktadır. Bu çalışmada 6102 sayılı TTK m. 457 ile getirilen yeni düzenlemeye göre yönetim kurulu beyanının kavramsal çerçevesi, hukuki niteliği, pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkı ile arasındaki ilişki, kamuyu aydınlatma ve dürüst resim ile ilişkisi, beyanın sunumuna ilişkin usul ve esaslar, beyanın içeriği Türk ve Avrupa şirketler hukuku bağlamında ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler. Anonim şirket, Yönetim kurulu beyanı, Dürüst resim ilkesi, Kamuyu aydınlatma ilkesi.

Abstract

The statement of the board of directors in joint-stock companies is among the important documents that must be legally clarified. The subject remains up-to-date in the context of drawing the legal framework of the board of directors and solving possible problems that may arise in practice, especially in the context of its importance in a capital increase in a joint-stock company. In this study, according to the new regulation introduced with the article 457 TCC (Turkish Commercial Code numbered 6102), the conceptual framework of the board of directors statement, its legal nature, the relationship between the shareholders' right to information and examination, its relationship with public disclosure and honest picture, the procedures, and principles regarding the presentation of the statement, the content of the statement are discussed in the context of Turkish and European company law.

Key Words: Joint-stock company, Board of directors statement, Honest picture principle, Public disclosure principle.

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 27.06.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 21.12.2022*

* Doç. Dr., Mersin Üniversitesi Çalışma Ekonomisi Bölümü Öğretim Üyesi, İki ayrı alanda doçent ve iki ayrı alanda doktora mezunu, fahriozsungur@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-6567-766X>

GİRİŞ

Yönetim kurulu beyanı kamunun aydınlatılması, dürüst resim ilkeleri gereğince şirketin yönetiminde şeffaflığı sağlama, paydaşlarla olan ilişkiler ve denetimindeki etkin rolü, şirketle ilgili bilginin açık, dürüst, doğru ve eksiksiz bir şekilde verilmesini sağlayan önemli bir unsurdur. Paydaşların şirketin işleyişi ile ilgili bilgileri edinme ve inceleme haklarını sağlayan bu önemli unsur İsviçre, Avusturya ve Alman hukuklarında ve 6762 sayılı TTK'da doğrudan düzenlenmemiş olan yönetim kurulu beyanı hukukumuzda ilk kez ve doğrudan 6102 sayılı TTK m. 457'de düzenlenmiştir.

Anılan madde ile yapılan düzenleme şirketler hukukunda yönetim kurulunun şirketin üst düzeyde yönetimi, muhasebe, finans denetimi, yönetimle görevli kişilerin üst gözetimi, genel kurul toplantılarının hazırlanması ve genel kurul kararlarının yürütülmesi, pay, yönetim kurulu karar ve genel kurul toplantı ve müzakere defterlerinin tutulması, yıllık faaliyet raporunun ve kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulması, borca batıklık durumunun varlığında mahkemeye bildirimde bulunulması gibi vazgeçilmez görevlerinin yerine getirilmesinde önemli bir işleve sahiptir. Bu devredilmez ve asli görevlerin, denetim, gözetim ve yönetim fonksiyonlarının pay sahiplerinin bilgi edinme haklarına uygun, dürüst ve adil, şeffaf bir şekilde yerine getirilmesi anonim ortaklıkta yönetim kurulu beyanının hukuki niteliğinin ve işlevlerinin tespitini gerekli kılmaktadır.

6102 sayılı TTK m. 457 ile getirilen yeni düzenlemeye göre yönetim kurulu beyanının kavramsal çerçevesi, hukuki niteliği, pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkı ile arasındaki ilişki, kamuyu aydınlatma ve dürüst resim ile ilişkisi, beyanın sunumuna ilişkin usul ve esaslar, beyanın içeriği Türk ve Avrupa şirketler hukuku dikkate alınarak bu çalışmanın çerçevesi oluşturulmuştur. Anonim ortaklık hukukunda önemli bir işleve sahip olan yönetim kurulu beyanının sermaye artırımı bağlamındaki önemi nedeniyle konu şirketler hukukunun temel prensipleri dikkate alınarak ele alınmıştır.

I. YÖNETİM KURULU BEYANINA İLİŞKİN KARA AVRUPA HUKUKLARINDAKİ DÜZENLEMELER

Beyan Alman hukukunda rapora eklenen açıklamalar ve bilgiler, raporun özel bir bölümü ile hukuk dünyasına bilgi sunumunu içeren yazılı veya sözlü açıklamalardır (289b, 289c, 289e, 340a, 341a, 341j, 317 Abs 2, HGB). Bu bağlamda beyan Alman şirketler hukukuna göre özellikle bir rapora eklenen veya bağımsız olarak deklere edilen açıklamalardır.¹ Kanun hükümlerinde mali (finanzielle Erklärung) ve mali olmayan (nichtfinanzielle Erklärung) beyana işaret eden açıklamalara rastlamak mümkündür.

¹ Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht: Darstellung für den Praktiker* (Schulthess Polygraphischer Verlag 1996) 125 vd.

Alman Şirketler hukukunda aynı sermaye artırımında yönetim kurulu beyanı § 37a hükmünün koşulları altında §183a Abs. 2 AktG hükmünde açıklanmıştır.² Anılan hükme göre yönetim Kurulu, sermaye artırımına ilişkin karar tarihini ve 37a maddesinin 1 ve 2 numaralı bentlerinde belirtilen bilgileri şirket gazetelerinde (Gesellschaftsblättern) yayımlar. Her aynı katkının veya mal alınmasının konusu, aynı katkı veya aynı devralmaların değerinin, kendilerine verilecek payların en düşük ihraç tutarı veya kendilerine sağlanacak menfaatlerin değerine ulaştığına ilişkin beyan yönetim kurulu tarafından açıklanmalı ve ticaret siciline sunulmalıdır. Aynı değer tespitinde değerlendirmenin kaynağı ve kullanılan değerlendirme yöntemi açıkça belirtilmelidir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda sermaye artırımına ilişkin yönetim kurulu raporu OR Art. 652e'de düzenlenmiştir (HregV Art. 46 Abs 2-d).³ Bu raporun yanı sıra yönetim kurulu HregV Art. 47 Abs. 2 'de belirtilen tespit içeren bir beyanı (Feststellungen des Verwaltungsrates) ticaret siciline sunar. Bu beyan TSY 73/1-ç, 77/1-ç, TTK m. 457'de de öngörüldüğü üzere zorunludur.

Fransız Ticaret Kanunu'nda (Code de commerce- CC) anonim şirketlere (société par actions) uygulanacak genel hükümler L224 ila L224-3 hükümlerinde düzenlenmiştir. Sermaye artırımı ise L225-127 ila 225-150 hükümlerinde düzenlenmiştir. Yönetim kurulu (le conseil d'administration) sermaye artırımını için bir rapor düzenler (CC Art. L225-135). Şirketler hukukuna hakim olan beyan ve rapora dair ilkelerin belirlenmesi için diğer hükümler incelendiğinde rapora ek beyan, ek bilgi sunumu, beyanname şeklinde ifadelere yer verilmektedir (CC Art. L225-129-5; L225-135).

Avusturya şirketler hukuku'nda sermaye artırımını Österreichische AktG Art. 149 ila 173 üncü maddelerinde düzenlenmiştir. Avusturya'da yönetim kurulu beyanı ile ilgili yaklaşımda Alman şirketler hukukunun temel prensipleri benimsenmiştir. Yönetim kurulu beyanı rapora eklenen açıklamalar ve bilgiler, raporun özel bir bölümü ile hukuk dünyasına bilgi sunumunu içeren yazılı veya sözlü açıklamaları içerir (§ 151, 159 Abs 3 ÖAktG, § 162 Abs 2 ÖAktG). Denetim kuruluna yılda en az bir kez sunulacak veya üç aylık raporların (Bericht an den Aufsichtsrat) dışında, önemli konularda derhal sunulacak raporlar ile şirketin kârlılığı veya likiditesi için oldukça önemli olan durumların bildirilmesini içeren özel rapor ve beyanlar şekli anlamda yönetim kurulu beyanlarını oluşturmaktadır (§ 81 ÖAktG).

² Kanun veya esas sözleşme şirketin ilanı gereken beyan, bilgi ve kararlarının yayınlanmasını şart koşuyorsa, bunlar Federal Gazete'de (Bundesanzeiger) yayımlanır (§25 AktG).

³ Anılan hükümde yönetim kurulunun yazılı raporunun içeriğinin nelerden oluştuğu açıklanmıştır. Roland Müller, Lorenz Lipp and Adrian Plüss 'Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht' (2011) 5(1) Aktuelle Juristische Praxis (AJP), 587-598, 592.

II. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Beyan kelime anlamı olarak “bildirme” anlamına gelmektedir.⁴ Hukukta beyan bir hukuk süjesinin belirli bir konuya ilişkin bilgi, teyit, taahhüt sunumlarını içeren yazılı veya sözlü açıklamalarıdır.⁵ Bu açıklamalar bir imzanın doğruluğunu açıklamak (TTK m. 40/2) veya teyit etmek için gerçekleştirilebilir ve hukuk düzeninde kendisine hukuksal bir sonuç bağlanan bilgiler içerir. Tanıma (TMK m. 295/1; 296), borç ödemedi aciz beyanı (TMK m. 462/10), vasiyet (TMK m. 531 vd.), ibra beyanı TBK m. 420/3 bu türden açıklamalardır. Beyanların içerikleri kimi zaman Kanun Koyucu tarafından belirlenirken, yargı kararları ve doktrine de bırakılabilmektedir.

Beyanların içerikleri kendilerine bağlanan hukuksal sonuçlar bağlamında yerine getirilmemesi veya içeriği hakkındaki eksiklik (TTK m. 55/1-a) hukuksal yaptırımlara tabi tutulmaktadır. Kanun koyucu tarafından sınırları kesin bir şekilde çizilmiş ve emredici hükümlerle belirlenmiş içerik, hukuk süjesi, ibraz edilecek yer, süre ve şekil bağlamında farklı yaptırımlar öngörülebilmektedir.

Beyanın içeriği, geniş ve dar kapsamlı olmak üzere iki temel çerçevede belirlenebilmektedir. Geniş kapsamlı beyan içeriğinde gerçeğe aykırılık (TTK m. 38/1; 62/1-d; 1165/2), hukuka aykırılık, yanlışlık veya yanıltıcılık (TTK m. 56/1-c), hakkın korunması (TTK m. 105/1), doğruluk (TTK m. 1252/1) gibi kistaslar getirilerek yaptırıma tabi tutulmaktadır.

Dar kapsamlı beyan içerikleri Kanun koyucu tarafından, yetki gösteren (TTK m. 110/1), içeriğin türüne veya niteliğine işaret eden niteliktedir.⁶ Dar kapsamlı beyan gerçek ya da tüzel kişiliğin temsil edildiğini gösteren işaretlerin tasdikini gösteren sembol, imza, işaret, paraf gibi temsili unsurları içerebilir. Bu tür beyanlar, içerik bağlamında dar kapsamlı açıklamalardır. TTK ve TSY’de düzenlenmiş imza beyanı bu yönde açıklamalardır. Beyanın içeriğinin dar kapsamda belirlendiği bir diğer biçim “yönetim kurulu beyanı”, “vasiyetnamede tanık beyanı”, gibi tahdidi şekilde sayılmış hukuki açıklamalardır.⁷

⁴ TDK, <https://sozluk.gov.tr/> ET 22.10.2021.

⁵ Sözlü beyana örnek olarak verilebilecek TMK m. 609/1’e göre mirasın reddi, mirasçılar tarafından sulh mahkemesine sözlü veya yazılı beyanla yapılır. Sözlü beyana ilişkin diğer örnekler TMK m. 135/1; 142/1; 309/2; 609/3. Yazılı beyana örnek olarak TTK m. 462/2 verilebilir. Anılan hükme göre anonim şirkette sermayenin artırılan kısmını, iç kaynaklardan karşılayan tutarın şirket bünyesinde gerçekten var olduğu, onaylanmış yıllık bilanço ve yönetim kurulunun vereceği açık ve yazılı bir beyanla doğrulanır. Yazılı beyana ilişkin diğer örnekler ise TTK m. 462/2; 468/1; 647/1; 915/2; 1270/3; geçici madde 7/5-a.

⁶ TTK m. 123/3’te yer alan vazgeçme beyanı içeriğin türüne işaret eden niteliktedir. Aynı şekilde TTK m. 281/1’de teklif, icap, ihbar, ihtar ve tebliğ gibi beyanlar beyanın içeriğinin sınırlandırıldığı ancak türün tadadı şekilde sayıldığı beyanlardır.

⁷ Vasiyetnamede tanık beyanı TMK m. 534’te düzenlenmiştir. Anılan hükme göre tanıklar, bu beyanın kendi önlerinde yapıldığını ve mirasbırakanı tasarrufa ehil

“Kayıtsız ve şartsız” gibi nasıl bir açıklama ile ifade edilmesi gerektiği açık olmayan beyanlar içerik bağlamında geniş değil dar anlamda nitelendirilmelidir. TMK m. 609/2 hükmünde belirtilen mirasın reddine dair beyanın kayıtsız ve şartsız olması gerektiğine dair emredici hüküm bu duruma örnek olarak verilebilir. Zira burada Kanun koyucu tarafından beyanın içeriğinde bir sınırlama getirilmiştir.

Beyan içerik ve hukuk süjesi bağlamında sınırlandırılabilir. TTK’nın üçüncü kitabının (kıymetli evrak) dördüncü kısmının (kambiyo senetleri) birinci bölümünde (poliçe) yer alan “kabul beyanı” bu yöndeki beyanlardandır. TTK m. 695/1; 696 ve 697 bu açıklama biçimine örnek olarak verilebilir. Kabul beyanının poliçe üzerine yazılması ve “kabul edilmiştir” veya buna eş anlamlı başka bir ibareyle ifade edilmesi ve muhatap tarafından imzalanması beyanın içeriğindeki sınırlandırmayı açıkça göstermektedir. Diğer taraftan kabulün sınırlandırılması başlığı altında düzenlenmiş TTK m. 696 hükmüne göre kabulün kayıtsız ve şartsız olması gerektiği, ödeme yeri gibi birçok unsur hukuki sonuçlar ve yaptırım bağlamında sınırlandırılmıştır.

Beyan içerik bağlamında geniş ve dar anlamda ikili bir ayrıma gidilebilir. Şekil bağlamında sunulacağı yer (kurum, gerçek veya tüzel kişi, şirket, yönetim kurulu, genel kurul, vb.), irade beyanının niteliği (kabul, ret, onay, vazgeçme, feragat, çekince, süre uzatımı, cayma, ihbar, ihtar, itiraz vb.), süre (başvuru, zamanaşımı, hak düşürücü, vb.), sunum şekli (yazılı, sözlü, elektronik vb), sunum biçimi (noter tasdikli, resmi kurumda, vb.), hazırlayan hukuk süjesi (yönetim kurulu, gerçek kişi, tüzel kişi, vb) olmak üzere beyanla ilgili çeşitli ayrımlar yapılabilir.⁸

Dar kapsamda nitelendirilebilecek bazı beyanlarda hukuk süjesine işaret edilebilmektedir.⁹ TTK m. 336/1, 15/7/2016 tarih ve 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair

gördüklerini vasiyetnameye yazarak veya yazdırarak altını imzalarlar. Bu hükmeye göre beyanın zorunluğu içeriği Kanun koyucu tarafından açık şekilde sayılmıştır. Mirasbırakan tarafından okunmaksızın ve imzalanmaksızın düzenlenmesi halinde mirasbırakanın vasiyetnameyi bizzat okuyamaması veya imzalayamaması halinde mirasbırakanın beyan içeriğinin vasiyetnamenin son arzularını içerdiğine ilişkin açıklamanın yer alması gerektiği TMK m. 535/1 ile belirlenmiştir.

⁸ TTK m. 1050/3’e göre gemi ipoteğinde alacaklının feragati durumunda vazgeçme beyanı imzası noterce onaylı bir senetle veya sicil müdürlüğünde yapılır. İhbarlar, ihtarlar, itirazların beyan olduğu TTK m. 1525/1 ile hüküm altına alınmıştır.

⁹ Bu tür beyan türüne örnek olarak TMK m. 605’te düzenlenmiş “ret beyanı” verilebilir. Anılan hükmeye göre yasal ve atanmış mirasçılar mirası reddedebilirler. Anılan hükümde beyanı verebilecekler sınırlayıcı şekilde sayılmıştır. Aynı şekilde TTK m. 1015/6’da gemi ipoteği kurulması için sicil müdürlüğüne beyanda bulunması gereken kişinin “malik” olduğu kesin bir şekilde açıklanmıştır.



Kanun'un 73 üncü maddesi hükmü gereğince mülga olan TTK m. 349'un eski metninde yer alan "kurucular beyanı" şirket sözleşmesini imzalayan ortaklara işaret etmektedir. Bu tür beyanlar beyanın imzacılarını veya aktif süljelerini açıkça belirlemektedir. Diğer taraftan beyan sunulacak yer itibariyle de sınırlandırılabilir. Bu tür sınırlamalarda beyanın nereye verileceği Kanun koyucu tarafından belirtilir. Birlikte gemi ipoteğinde birden çok gemi veya gemi payı durumunda paylaşırma, sicil müdürlüğüne yapılacak beyan ve tescil ile gerçekleşir (TTK m. 1021/2). Bu hükümlerle beyanın nereye verileceği açık bir şekilde belirtilmiştir.

Beyanın sunulması veya ibrazı bir gerçek veya tüzel kişiye de bağlanabilir.¹⁰ Bu durumda beyanın hukuksal sonuç doğurabilmesi bu kişilere teslim edilmesi şartına bağlıdır. Açık bir şekilde beyanın nereye verileceğinin belirtilmediği durumlarda ise Kanun koyucunun anılan beyanın nereye sunulması gerektiği hakkında ilgili hükümlere, gerekçeye, yargı kararları ve doktrine müraaat etmek gerekmektedir.

III. ANONİM ORTAKLIKTA YÖNETİM KURULU BEYANININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Beyan bir hak veya hukuki ilişkinin ortaya çıkarılması, sona erdirilmesi ya da ortadan kaldırılması amacıyla tek veya çok taraflı irade açıklamalarıdır. Bu yönüyle beyan hukuki işleme benzemektedir.¹¹ Beyanlar hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade beyanı olmaları nedeniyle hukuki işlemin kurucu unsurlarını taşıyabilmektedir. Beyan bir irade açıklamasıdır. Hukuki zeminde dış dünyaya açıklandığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur. Hukuki işlemin kurucu unsurları arasında yer alan irade açıklaması beyanda açık veya zımni, muhatabına yöneltilen, vasıtalı veya vasıtasız olarak ortaya çıkar.¹²

Dış dünyada irade beyanının hukuki sonuç doğurabilmesi için hukuk düzeni tarafından kendisine hukuki sonuç bağlanmalıdır. Gerçekten de irade beyanının hukuki bir sonuç doğurması için beyan eden tarafından bu amaca yönelik açıklamalar bulunmalı ve hukuk sistemi anılan açıklamalara hukuki bir sonuç bağlanmalıdır. Ayrıca beyanın hukuki işlem statüsüne kavuşması için

¹⁰ Bu duruma örnek olarak TTK m. 1041/3 hükmü verilebilir. Anılan hükme göre gemi ipoteği üçüncü bir kişinin hakkı ile sınırlandırılmış bulunuyorsa, değişikliğe o kişinin de onayı gerekir. Onay, sicil müdürlüğüne veya lehine değişiklik yapılacak kişiye beyan edilmelidir.

¹¹ Ender Ethem Atay, *Hukuk Başlangıcı*, 8. Baskı (Gazi Kitabevi 2020), 353; Osman Gökhan Antalya (Editör) and Murat Topuz, *Marmara hukuk yorumu, Cilt 1, Medeni Hukuk (Giriş, Kavramlar, Başlangıç hükümleri)*, 3. Baskı, (Seçkin Hukuk 2019), 233.

¹² Ender Ethem Atay, *Hukuk Başlangıcı*, 8. Baskı, (Gazi Kitabevi 2020), 356.

hukuk düzenince öngörülmüş geçerlilik unsurlarının varlığı gereklidir. Hukuki işlem ehliyetinin varlığı, başvurmaya yetkili olma, işlemin konusunun hukuka aykırı veya imkansız olmaması, iradeyi sakatlayan hallerin olmaması, gibi hukuki geçerlilik şartlarının varlığı beyanın hukuki işlem koşuludur. Son olarak beyanı hukuki işleme yaklaştıran zorunlu unsur kendisine bağlanan hukuksal sonucun doğması için gerekli olan izin, rıza, onay gibi tamamlayıcı unsurdur.¹³

Diğer taraftan beyan ile ortaya konulan irade beyanı her zaman hukuksal bir sonuca yönelmez. Böyle durumlarda irade beyanına bağlanan hukuksal sonucun açıklayan tarafından bilinmesine gerek yoktur. Bu yönüyle beyan hukuki işlem benzeri fiillere yaklaşmaktadır.¹⁴ Beyanın yöneldiği taraf ortaya çıkan hukuksal sonuçtan yararlanır. İhtar, itiraz gibi beyanlar borçlu-alacaklı ilişkisinde beyanda bulunanın amacından bağımsız sonuçlar ortaya çıkmasına neden olabilir.¹⁵ Hukuki işlem benzeri fiilleri oluşturan beyanlarda beyanda bulunanın amaç ve iradesinin ne yönde olduğu kendisine bağlanan hukuki sonucu etkilemeyecektir.¹⁶ Bu bağlamda hukuki işlemlere dair kural ve hükümler mevcut olgunun ortaya çıkış biçimine göre bu tür beyanlara da uygulanır. Şüphesiz kendisine hukuki bir sonuç bağlanmış veya bağlanmamış bilgi ve duygu açıklamalarını içeren beyanlardan da bahsetmek mümkündür.

Bu durumda üçlü bir ayrıma gidilmesinin doğru olacağı kanısındayız: şekli anlamda beyan, maddi anlamda beyan, bilgi ve görüş açıklamaları. Şekli anlamda beyan hukuk sistemi tarafından kendisine bir sonuç bağlanmış ve hukuki işlemin kurucu unsurlarını taşıyan açıklamalardır. Diğer taraftan maddi anlamda beyan hukuki işlem benzeri fiilleri oluşturan, beyanda bulunanın amaç ve iradesinin ne yönde olduğunun kendisine bağlanan hukuki sonucu etkilemediği açıklamalardır. Bilgi ve görüş açıklamaları beyanda bulunanın görüş ve bilgilerini hukuk dünyasında açıklamasıdır. Bu tür beyanların hukuki sonuç doğurabilmesi için kendisine hukuki sonuç bağlanmış olması gerekir.

TTK'da anonim ortaklık yönetim kurulu beyanları ile ilgili kendisine hukuki sonuç bağlanmış birçok hüküm bulunmaktadır. Ticaret siciline tescil ve kayıt ile ilgili gerçeğe aykırı beyanda bulunanların para cezası ile cezalandırılacağı ve zarar görenlerin tazminat haklarının saklı tutulduğuna dair TTK m. 38/1 bu hükümlerden biridir. Diğer taraftan imzaların tasdik ve onayına dair beyanların sicil müdürlüklerine verilmesine dair hükümler de bu beyanlara örnek olarak verilebilir (TTK m. 40/2; 372/1).

¹³ Antalya and Topuz (n 11) 266.

¹⁴ Antalya and Topuz, (n 11) 235.

¹⁵ Antalya and Topuz, (n 11) 234.

¹⁶ Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 11. Baskı, (Seçkin Hukuk 2016), 117; Erol Cansel and Çağlar Özel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 2. Baskı, (Seçkin Hukuk 2017), 214.



Anonim şirkette sermayenin kaybı durumunda yönetim kurulu genel kurulu toplantıya çağırarak iyileştirici önlemleri beyan eder (TTK m. 376/1). Borca batık olma durumunda ise ara bilanço çıkarır (TTK m. 376/3). Bu ara bilanço aktiflerin muhtemel satış fiyatı ve işletmenin sürekliliği ilkesine göre çıkartılır. Aktiflerin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yeterli olmaması halinde durumu şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine bildirerek şirketin iflasını talep eder (TTK m. 376/3). Burada mahkemeye yapılacak bildirim bir beyanla değil dava dilekçesi ile yapılır.

TTK'da “yönetim kurulu beyanı” kavramı doğrudan 457nci maddede düzenlenmiştir. Anonim ortaklıklarda sermayenin artırılması ve ortak hükümler üst başlıkları altında düzenlenmiş olan bu yasa hükmü, yönetim kurulunun şirketin sermaye artırması durumunda imzalayacağı beyana ilişkin hükümleri içermektedir. Anılan hükmün birinci fıkrasına göre yönetim kurulu tarafından sermaye artırımının türüne göre imzalanacak beyanın “bilgiyi açık, eksiksiz, doğru ve dürüst bir şekilde verme” ilkesine göre hazırlanması gerekmektedir. Bu hüküm açıkça açıklamanın içeriğini, imzacıyı, beyanı sunacak olan süjeyi, konuyu, hangi ilkelere göre hazırlanacağını açıklamaktadır. Ancak, kendisine bağlanan hukuksal sonuç, yaptırım, kime veya nereye yöneltileceği hakkında açıklayıcı bir bilgi yer almamaktadır.

Yönetim kurulu beyanına işaret eden bir başka hüküm ise iç kaynaklardan sermaye artırımını düzenleyen TTK m.462 hükmüdür. Bu hükme göre iç kaynaklardan karşılanan sermayenin artırılan kısmı yıllık bilanço ve yönetim kurulunun beyanı ile doğrulanır. Yönetim kurulu karşılan tutar, iç kaynaklar ve sermayenin artırılan kısmı arasındaki finansal ve hukuksal denge açısından yazılı, doğrulayıcı ve açık bir beyan sunmak zorundadır (TTK m. 462/2). Anılan hükümle ile beyanın sunulması ve içeriğinin doğrulayıcı olması yönetim kuruluna hukuki sorumluluk yüklemektedir.

Şarta bağlı sermaye artırımında yönetim kurulu sermaye artırım beyannamesi hazırlar. Bu beyannamede yeni çıkarılan payların sayısı, itibarî değeri, türleri, belirli gruplara tanınan imtiyazlar veya hesap döneminin sonundaki sermayenin durumu açıklanır (TTK m. 470). Beyanname ticaret siciline yönetim kurulu tarafından sunulur (TTK m. 471/1). Beyanın nereye tevdi edileceği açık bir şekilde hükme bağlanmıştır.

Son olarak belge ve beyanlardaki hukuka aykırılık durumunda sorumluluk halleri TTK m. 549'da, sermaye hakkındaki yanlış beyanlar TTK m. 550'de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ilgili hükümlerde belirtilen içeriği, süjesi, muhatapları, şekli hakkındaki belirleyici unsurları hukuki bir sonuca bağlayarak bunları birer hukuki işlem statüsüne ulaştırmaktadır. Her ne kadar beyanlar hukuki işlem benzeri fiillere yaklaşırsa da anonim ortaklıkta şekli anlamda yönetim kurulu beyanları için hukuki işlem statüsünün dışında bir niteleme yapmak doğru olmayacaktır. İhtar veya ihbar gibi alacaklı-borçlu ilişkisinde

veya ticari işlerde ortaya çıkan maddi anlamda yönetim kurulu beyanları hukuki işlem benzeri fiillere yaklaşmaktadır. Kendisine hukuki bir sonuç bağlanmamış bilgi ve duygu açıklamalarını içeren yönetim kurulu beyanları ise bu nitelermelerin dışındadır. Diğer taraftan SPK’da belirtilen kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilen bilgi ve belge açıklamaları kendisine hukuki sonuç bağlanmış beyanlardır. Her üç ayrıma göre şekillenen yönetim kurulu beyanı bu çalışmada şekli anlamda beyan çerçevesinde değerlendirilecektir.

IV. YÖNETİM KURULU RAPORU İLE BEYANI ARASINDAKİ FARKLILIKLAR

Beyanı rapordan tamamen ayırmak mümkün olmamakla birlikte birbirinden ayrılan bazı yönleri bulunmaktadır. 6102 sayılı TTK m. 349 gerekçesinde beyanın bir çeşit rapor olduğu belirtilmiştir. Aynı gerekçede “beyan”ın kavram olarak özellikle ifade edilmesinin nedeni olarak hukuki ve cezai sonuçlar doğurma özelliği belirtilmiştir. Bu durumda beyanın kanun koyucu tarafından belirlediği ağırlık noktası hukuki ve cezai sonuçlar doğurma özelliğidir. Diğer taraftan rapor da bu sonuçları doğurma özelliğine sahiptir (özellikle TTK m. 549/1; 553; 562/3). Ancak buradaki ayırım, kavramın kullanılmasına kanun koyucu tarafından yüklenen *hukuki neticeye yönelik* amaçtır.

Yönetim kurulu raporu kurulun inceleme ve araştırma sonuçlarına ilişkin tespit ve düşüncelerini doğru ve dürüst hesap verme ilkelerine uygun şekilde açıkladığı yazılı bir belgedir. Bu belge daha çok bir tespit niteliğindedir. Bu yönüyle beyandan ayrılmaktadır. Beyan ise yönetim kurulunun iradesini yansıtan açıklamalardır. Bu irade tespit ve yargıları içermektedir.

Her ikisinin ibraz edilmemesi, dürüst resim ilkesine aykırı ibrazı halinde hukuki ve cezai sorumluluklar yaptırma bağlanmıştır. Ancak rapor yönetim kuruluna daha çok bir yükümlülük getirirken, beyanda ağırlık noktası yükümlülükten çok fiile bağlanan hukuki neticedir.

Rapor pay sahiplerinin aydınlatılmasında önemli rolü olan bir belgedir (TTK m. 199). Raporda temel alınan ilkeler şirketin faaliyetlerine ilişkin dürüst hesap verme, denetimde şeffaflıktır. Beyanda da benzer ilkeler geçerli olmakla birlikte bu ilkeler kanunda belirlenmiş belirli bir olguya özgüdür. Bağlı şirketin yönetim kurulunun her yıl hazırlayacağı “bağlılık raporu” (TTK m. 199), yönetim ve temsil ile ilgili işlerin gidişatı hakkında kendisine sunulacak konularda rapor hazırlamak (TTK m. 366/2), yıllık faaliyet raporu (TTK m. 375/1-f; 514/1; 516; 518/1) gibi şirketin finansal ve fonksiyonel işleyişi ile ilgili bilgiler yönetim kurulunun sorumluluğu, pay sahiplerinin aydınlatılması, hesap verilebilirlik ilkeleri çerçevesinde rapora dahil edilir. Bu yönüyle rapor beyana göre belirli bir olguya özgülenme dışında daha genel niteliktedir. Zira, genel kurula sunacağı iyileştirici önlemleri içeren beyanı (TTK m. 376/1), belirli gruplara tanınan imtiyazları veya hesap döneminin sonundaki sermayenin



durumunu içeren beyanname (TTK m. 470/1; 471/1), sermaye artırımının türüne göre hazırlanacak yönetim kurulu beyanı (TTK m. 457) belirli olgularla sınırlanmış rapora göre daha özel bir nitelik taşımaktadır.

Yönetim kurulunun sermaye azaltılmasına gidilmesinin sebepleri ile azaltmanın amacı ve azaltmanın ne şekilde yapılacağına ilişkin, hesap verme ilkelelerine uygun olarak ayrıntılı bir şekilde hazırladığı rapor ticaret siciline tescil ve ilan edilir (TTK m. 473/1). Aynı şekilde rüçhan hakkının sınırlandırılmasının veya kaldırılmasının gerekçelerine, yeni payların primli ve primsiz çıkarılmasının sebeplerine, primin nasıl hesaplandığına ilişkin yönetim kurulu raporu tescil ve ilan edilir (TTK m. 461/2). Ancak beyanların tescilini kanun koyucu öngörmemiştir.

Tür değiştirme, birleşme ve bölünme raporları yapısal veya malvarlığına yönelik esaslı değişiklikleri için kanun koyucu tarafından gerekli unsurlar olarak belirlenmiştir. Beyanın, kanun koyucu tarafından bağlandığı, yapısal esaslı bir değişiklik bulunmamaktadır.

V. YÖNETİM KURULU BEYANI İLE PAY SAHİPLERİNİN BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Anonim şirkette pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakları TTK m. 437'de düzenlenmiştir (OR Art. 697; § 131,132 AktG).¹⁷ Yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporları, kar dağıtım önerisi, finansal tablolar, konsolide finansal tablolar genel kurul toplantısından ez az onbeş gün önce pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurulur (TTK m. 437/1). Pay sahibi genel kurulda yönetim kurulundan şirketin işleri, denetimin gerçekleştirilme şekli ve sonuçları hakkında bilgi isteyebilir (TTK m. 437/2). Bu hak esas sözleşme veya genel kurul kararı ile sınırlandırılmaz veya kaldırılamaz (TTK m. 437/6). Bilgi alma ya da inceleme hakkı ile ilgili talepler cevapsız bırakılmış, haksız yere reddedilmiş veya ertelenmiş ise ret kararını takip eden on gün içinde şirketin merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesine bu hakkın yerine getirilmesi için başvuruda bulunabilir (TTK m. 437/5).

Pay sahibinin bilgi alma hakkı yalnızca, bu hakkın kullanılması durumunda şirket sırlarının açığa çıkacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye maruz kalabileceği gerekçesi ile reddedilebilir (TTK m. 437/3). Pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmış olması durumunda

¹⁷ Pay sahiplerinin bilgi edinme hakkı Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda "Auskunftsrecht des Aktionärs", İsviçre Borçlar Kanunu'nda ise "Auskunft und Einsicht" başlığı altında hüküm altına alınmıştır. İsviçre Federal Mahkemesinin bilgi edinme hakkının, pay sahibinin bağımsız bir hissedarlık hakkı olduğu, eşit davranma ilkesinin, tüm hissedarlara mutlak eşit davranmayı garanti etmediği ile ilgili kararı için bkz. BGE 95 II 157; BGE 132 III 71; BGE 140 III 610.

bazı husus veya olguların özel bir denetimle ortaya çıkarılmasının gerekli olduğu durumlarda gündem şartından bağımsız olarak genel kuruldan istenebilir (TTK m. 438/1). Genel kurul tarafından pay sahibinin bu haklarını kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran kararlar batıldır (TTK m. 447/1-b). Pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı ile yönetim kurulu beyanı arasındaki ilişkinin kesişim noktası, yönetim kurulunun şirketin finansal yönetimi ile ilgili devredilemez görev ve yetkileridir.

Yönetim kurulu şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi, muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal planlama için gerekli düzenin kurulması, yıllık faaliyet raporunun ve kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulması, genel kurul toplantılarının hazırlanması ve genel kurul kararlarının yürütülmesi, borca batıklık durumunun varlığında mahkemeye bildirimde bulunulması hakkında vazgeçilemez görev ve yetkilere sahiptir (TTK m. 375/1). Yönetim kurulunun şirketin sermaye kaybı ve borca batıklık durumunda gerçekleştireceği işlemlerde sunacağı beyanlar ile sermaye artırımını ve sözleşme değişikliğinde genel kurula, mahkemeye veya ticaret siciline sunacağı beyanlarda bu mutlak görev ve yetkilerin varlığı kabul edilmelidir.

Şekli anlamda yönetim kurulu beyanı,

- Son yıllık bilançoda sermaye ile yedek akçeler toplamının yarısının zararlarla karşılıksız kalması durumunda genel kurula sunacağı iyileştirici önlemleri içeren beyanı (TTK m. 376/1);¹⁸
- Şarta bağlı sermaye artırımında ticaret siciline sunulacak olan yeni çıkarılan payların sayısını, itibarî değerini, türlerini, belirli gruplara tanınan imtiyazları veya hesap döneminin sonundaki sermayenin durumunu içeren beyanname (TTK m. 470/1; 471/1);¹⁹

¹⁸ Anılan hükmün gerekçesinde “Yönetim kurulunun, genel kurulu hemen toplantıya çağırması, şirketin finansal yönden kötü durumda bulunduğunu bütün açıklığıyla kurula anlatması, hatta bu konuda bir rapor vermesi, zararların sebeplerini (kaynaklarını) göstermesi ve tedavi çareleri önermesi gerekir, aksi halde yönetim kurulu sorumlu olur.” şeklinde ifadeler yer verilmiştir.

¹⁹ TTK m. 470’in gerekçesinde beyannamenin işlevinin anılan kanunun mülga “kurucular beyanı” ile sermaye artırımlarında öngörülmüş yönetim kurulu beyanına özdeş olduğu belirtilmiştir. Ayrıca gerekçede TTK m. 457’nin gerekçesine atıfta bulunulmuştur. Aynı hükmün gerekçesinin devamında yönetim kurulunun esas sözleşme hükmünü artan sermayeye uyarlamasının yönetim kurulunun belirleme niteliğinde bir kararıyla gerçekleştirilebileceği, bu kararın genel kurulun onayına sunulamayacağı ve hatta bu kararın beyannamenin içinde de yer alabileceği ifade edilmiştir. TTK m. 471’in gerekçesinde ticaret siciline tescilin açıklayıcı olduğu ve ilânın şart olmadığı açıklanmıştır.

- Sermaye artırımının türüne göre hazırlanacak yönetim kurulu beyanı (TTK m. 457);²⁰

pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı çerçevesinde değerlendirilebilir. Avrupa’da şirketler hukuku bağlamında yaygın olan “beyan ilkesi” bu ilişkiyi açıkça ortaya koymaktadır. Dürüst resim ve dürüst bilgi verme ilkeleriyle örtüşen bu ilke beyanı sunana bağlanmış, hukuki ve cezai sonuçları olan ve raporla özdeş açıklayıcı bildirim içerir. Bu nedenle yönetim kurulunun dürüst resim ilkesine göre hazırlayacağı ve sunacağı raporlar TTK m. 349’un gerekçesinde de belirtildiği üzere beyan niteliğini taşıyıp bu açıklamalara TTK m. 549 vd. maddelerinde belirtilen hukuki ve TTK m. 562’de belirtilen cezai neticeler bağlanmıştır (§ 399, 400 AktG; § 331, 332, 334, 335 HGB).

VI. KAMUYU AYDINLATMA VE DÜRÜST RESİM İLKESİ İLE İLİŞKİSİ

Anonim ortaklıklarda yönetim kurulu beyanı Türk hukukunda TTK, TSY, SPK’da düzenlenmiştir. SPK’da Kamunun Aydınlatılmasına İlişkin Esaslar’da yönetim kurulunun finansal tablo ve raporlarla ilgili yönetim kurulu üyelerinin kamuya yapacakları bildirimlerde finansal rapor ve tabloların doğruluk ve gerçeğe uygunluk konusunda beyanları zorunlu bir unsur olarak hüküm altına alınmıştır (SPK m. 14/2). Aynı şekilde kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumlulukta yönetim kurulunun beyanlarında ortaya çıkabilecek hukuka aykırılık, yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilere ilişkin beyanlar, izahname, pay alım tekliflerinde hazırlanan bilgi formu, özel durum açıklaması, birleşme ve bölünme işlemlerinde hazırlanacak duyuru metinleri, borsada işlem görme duyurusu ve finansal raporlar bağlamında yönetim kurulunun yetki alanı içine giren bilgi açıklamalarında ortaya çıkabilecek kamuyu aydınlatma ilkesine aykırı hareketler yaptırma bağlanmıştır (SPK m. 32). Kendisine yaptırım bağlanmış SPK’da yer alan bir diğer düzenleme ise faaliyet izninin yanlış veya yanıltıcı beyanlarda bulunularak alınmış olmasının Sermaye Piyasası Kurulu tarafından bu izni iptal edebileceğine dair hükümdür (SPK m. 41/1-b). Kendisine hukuksal sonuç bağlanan yönetim kurulu beyanlarının dürüst resim ilkesi, kamuyu aydınlatma ilkeleri esas alınarak belirlendiği söylenebilir (§ 161 AktG; § 289f HGB).²¹

²⁰ Anılan hükmün gerekçesi TTK m. 349’un gerekçesine atıfta bulunmaktadır.

²¹ § 161 AktG hükmü “Erklärung zum Corporate Governance Kodex” başlığı altında düzenlenmiştir. Alman Kurumsal Yönetim Kanunu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex, ‘Deutscher Corporate Governance Kodex’ in Dietger Hahn and Bernard Taylor (eds) *Strategische Unternehmensplanung — Strategische Unternehmensführung* (Springer 2006) https://doi.org/10.1007/3-540-30763-X_27, 511 vd.; Stefan Bress ‘Corporate Governance in Deutschland: Der Einfluß des Deutschen Corporate

Yönetim kurulu beyanının amacı kamunun aydınlatılması ilkesi çerçevesinde doğru, dürüst, açık ve şeffaf bilgiler sağlamak, şirkette ortaya çıkabilecek kötü niyetli, hukuksuz, aldatıcı ve yolsuz işlemlerin önüne geçmek, şirketin iş ve işleyişini denetlemek, denetimin öngörülebilir, açık ve kolay olmasını sağlamaktır. Beyan yönetim kurulunun şirkete, hukuk sistemine, üçüncü kişilere, şirket alacaklılarına, pay sahiplerine, şirket organlarına karşı sorumluluğunun bir yansımasıdır. Bu nedenle yönetim kurulu beyanı Kanun ve yönetmeliklerle belirlenmiş görev ve yetkilerinin hesap verilebilir, eksiksiz, açık, şeffaf, doğru, denetlenebilir bir şekilde dış dünyaya yansımasıdır.

Dürüst resim ilkesi (true and fair view) OECD prensiplerinin, AET ve Avrupa şirketler hukuku genel prensipleri ile belirlenmiş şirketler hukukunda hakim olan şeffaflık ilkesinin bir yansımasıdır.²² Bu ilkenin Türk Şirketler Hukukundaki yansıması, TTK m. 437’de düzenlenmiş bilgi alma ve inceleme hakkına hakim olan dürüst hesap ilkesidir. Bağlı ve hakim şirket raporları (TTK m. 199/2; 199/4), bağlı şirketler hakkında bilgi alma (TTK m. 200; § 312 AktG), şirketin ve topluluğun finansal tabloları ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunun denetimi (TTK m. 398/1), anonim şirketlerde denetim raporu (TTK m. 402/5-b; 403/1; 404/1), finansal tabloların müzakeresi nedeniyle anonim şirket genel kurul toplantısının ertelenmesi (TTK m. 420/2), pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakları (TTK m. 437/2), yönetim kurulu beyanı (TTK m. 457/1), anonim şirketlerin finansal tabloları ve yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu (TTK m. 515/1; 516/1) şeklinde sayılabilir.²³

Türk hukukuna hakim olan dürüst resim ilkesi yönetim kurulu beyanının rapor niteliğinde açıklayıcı, şüpheye yer veremeyecek nitelikte olması gerektiğini öngörmektedir. Ayrıca beyan eksiksiz, doğru, dolambaçsız, gerçeğe uygun, dü-

Governance Kodex auf die finanzielle Unternehmensperformance (Vol. 54) (Josef Eul Verlag GmbH 2008) 34.

²² OECD Principles, <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264257443-tr.pdf?expires=1635002947&andid=id&andaccname=guest&andchecksum=E2B278CC-752603BEB979529253941628>> 14, 41 vd., accessed 23 October 2021. Yönetim kurulu beyanının hesap verilebilirlik ve şeffaflık ilkelerinin bir madde halinde somutlaşması olduğu, beyanın aynı zamanda sermaye artırımı kararının MK m. 2 anlamında en etkili aracı olduğu hakkındaki görüşü için bkz. Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Kuramdan Kurala Serisi 4, 5. Baskı, (Vedat Kitapçılık 2020), 9-68a, 138.

²³ TTK m. 515 hükmü dürüst resim ilkesi başlığı altında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre anonim şirketlerin finansal tabloları, Türkiye Muhasebe Standartlarına göre şirketin malvarlığını, borç ve yükümlülüklerini, öz kaynaklarını ve faaliyet sonuçlarını tam, anlaşılabilir, karşılaştırılabilir, ihtiyaçlara ve işletmenin niteliğine uygun bir şekilde; şeffaf ve güvenilir olarak; gerçeği dürüst, aynen ve aslına sadık surette yansıtabilecek şekilde çıkarılır.



rüst, riskleri öngören, tutarlı özelliklere sahip olmalıdır. Alman şirketler hukukuna göre yönetim kurulu üyeleri, yönetimlerinde ve beyanlarında basiretli bir yöneticiden beklenen özeni göstermelidir. Yönetim kurulu üyesi, ticari işlerle ilgili bir girişimcilik kararı verirken, şirket yararına uygun bilgilere dayanarak makul bir şekilde hareket ettiğini kanıtlamalıdır. Yönetim kurulu üyelerinin, yönetim kurulundaki çalışmalarını sonucunda öğrendikleri şirket veya ticari sırlar başta olmak üzere, şirkete ait gizli bilgi ve belgeler hakkında sır saklama yükümlülüğüne uygun davranmalıdır (§ 93 Abs. 1 AktG; TTK m. 396).

VII. YÖNETİM KURULU BEYANININ SUNUMUNA İLİŞKİN USUL VE ESASLAR

Türk şirketler hukukunda beyan Avrupa'da hakim olan ve yaygın olarak paydaşlık, denetim ve şirket organları ile ilişkili dürüst bilgi verme ilkesine dayalı olarak 6102 sayılı TTK ile hukuk sistemine getirilmiştir. Bu ilke paydaşlığa tanınan ve şirketin hukuk sistemi içinde işletme hukukuna dayalı geniş anlamı ile sistem yaklaşımının gerektirdiği prensipleri getirmektedir. Rapor, deklarasyon, yazılı ve sözlü sunum gibi çeşitli şekillerde gerçekleştirilen beyan anonim şirket sermaye artırımında TTK'da özel olarak öngörülmüştür.

Sermayenin artırımında yönetim kurulunun sunacağı beyanda aşağıdaki prensip ve özellikler benimsenmiştir:²⁴

- Sermayenin korunması
- Pay sahiplerinin bilgi edinme haklarını sağlamak
- Kamunun aydınlatılması
- Hukuk düzenine delil sağlamak ve sorumluluğun ortaya konulması
- Şirkete ait hukuki işlemin dürüst resim ilkesi gereğince denetlenebilirliğini sağlamak ve kolaylaştırmak
- Hukuki işlemin gerekçelerinin, emsalin, karşılaştırmaların, içeriğinin açıklanması
- Genel kurulun onayına tabi ve ticaret siciline tescilde sunulacak bir belge
- Genel kurulun onayına sunulmasından hukuki işlemin tesis edilmesine kadar geçen süre içinde gerçekleşen değişikliklerin ek bir beyan, rapor veya güncelleştirme gerektirmesi.

Bu ilkeler ışığında anonim şirket sermaye artırımında, yönetim kurulu beyanını hazırladıktan sonra nereye, nasıl, ne zaman sunması gerektiği ile ilgili sorunlar ortaya çıkmaktadır. Kuruluş ve esas sözleşme değişikliği işlemleri Bakanlık iznine tabi olan şirketler ile bu kriterin dışındaki şirketlerden kayıtlı sermaye sistemine geçen veya bu sistemden çıkan, sermaye artıran veya azaltan, kayıtlı sermaye tavanını arttıran, birleşme, tür değişikliği veya bölünme

²⁴ Bkz. TTK m. 349 ve 457 gerekçeleri.

işlemi gerçekleştiren şirketler genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisi bulundurmamak zorundadırlar (AŞTY m. 32).²⁵ Bakanlık temsilcisi genel kurul tutanağını hazırlamaya nezaret eder. Zira yönetim kurulu, genel kurul toplantılarını hazırlamak ve kararları yürütmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük devredilemez bir görev ve aynı zamanda yetkidir (TTK m. 375/1-f). Yönetim kurulu ayrıca yıllık faaliyet raporunun ve kurumsal yönetim açıklamasını düzenleyerek genel kurula sunmakla yükümlüdür. Sermaye artırımında genel kurulun alacağı kararların hazırlığı, sözleşme değişikliğine ilişkin metnin hazırlanması, sermaye artırımına dair beyanın hazırlanması yönetim kurulunun yetkisine girmektedir. Bu nedenle, sermaye artırımına ilişkin hazırlıkları yapan yönetim kurulu kanun ve idari gereklilikler yerine getirildikten sonra TTK m. 457'ye göre beyanı hazırlamakla yükümlüdür.

Bu beyanı genel kurul öncesinde mi yoksa sonrasında mı hazırlaması gerektiği hakkında kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak “rüçhan hakları sınırlandırılmış veya kaldırılmış olduğu”, “kanuni ve idari gerekliliklerin yerine getirildiği” gibi hususlar ancak genel kurul ve gereklilikler yerine getirildikten sonra mümkün olduğundan beyanın genel kurul sonrasında düzenlenmesi gerektiğini kabul etmek gerekir. Diğer taraftan, genel kurul sermaye artırımı ve sözleşme değişikliğini, artırılan sermayeye ilişkin tüm bilgi, beyan, rapor ve belgeleri inceleyerek kararını verir. Bu nedenle yönetim kurulu tarafından hazırlanacak sermaye artırım raporu niteliğindeki bir ön beyanın genel kurul öncesinde hazırlanmış olması, pay sahiplerinin bilgi edinme haklarını sağlamaları ve dürüst resim ilkesinin gerekliliklerine uygunluk için pay sahiplerine bilgi vermeleri, genel kurula bu ön beyanın sunulması gerektiği kanısındayız²⁶. Böylece bu ön beyan esas alınarak, genel kurulun sonrasında hazırlanacak nihai beyan ticaret siciline sunulmalıdır.²⁷

Esas sermaye sisteminde TTK m. 459'a göre genel kurul, kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş anonim şirketlerde ise TTK m. 460'a göre yönetim kurulu sermaye artırımına karar verir. Kayıtlı sermaye sisteminde en çok beş yıl için esas sözleşmede belirtilmek kaydı ile kayıtlı sermaye için belirlenen bir tavan tutara kadar sermaye artırım yetkisi yönetim kuruluna verilebilmektedir.

²⁵ Anılan Yönetmelik, 28.11.2012 tarih ve 28481 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış “Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik” başlıklıdır.

²⁶ Sermaye artırım raporu dayalı olarak esas sözleşme değişikliğine yönelik bir Genel Kurul kararı alınması gerektiği ile ilgili bkz. der Hans Caspar von der Crone ‘Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien’. 4(1) Reprax (2002) 1-22, 17.

²⁷ TTK m. 457'nin yerine getirilmemesinin iptal ve hatta butlana yol açabileceği, bu beyanda sermaye artırımının gerekçesinin yer alması gerektiği hakkındaki görüşü için bkz. Tekinalp (n 22) 132.



Yönetim kurulu bu artırıma dair ilke, karar, içerik ve kuralları kamuyu aydınlatma ilkesi uyarınca ilan ederek şirketin internet sitesinde yayımlar. Yönetim kurulu sermaye artırımına dair kararı ve buna dair beyanı hazırladıktan sonra kayıtlı sermaye sistemine göre imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun onayına sunmalıdır (TSY m. 71/3).

Yönetim kurulunun alacağı karar sermaye artırımını işlemlerinin tamamlandığına ilişkindir (TSY m. 72/1). Kararın alınmasını izleyen otuz gün içinde ilgili ticaret sicili müdürlüğüne sermaye artırımını tescili için başvuru yapılır. Karardan itibaren üç ay içinde tescil talebinde bulunulmaz ya da tescil bir şekilde gerçekleştirilemez ise sermaye artırımına dair karar, beyan ve alınmışsa Bakanlık izni geçersiz hale gelir. Müdürlüğe süresi içinde başvuru yapılmasına rağmen bu sürede tescil işleminin müdürlükçe gerçekleştirilmemiş olması yargı yoluna başvurmayı gerektirebilir. İlgili harcın yatırılmış olması, ilgili mevzuat hükümlerine göre gerekli belgelerin sunulmuş olması koşulu ile sicil müdürü tescil talebini makul bir süre içinde ret ya da kabul etmemişse talebin reddedildiği kabul edilmelidir. Makul süre ise TTK m. 39/1’de belirtilen sekiz günlük olarak kabul edilmeli, itiraz asliye ticaret mahkemesine yapılmalıdır. Halka açık olmayan ve kuruluşta kayıtlı sermaye sistemini benimsememiş anonim şirketlerde bu sisteme geçişte veya kayıtlı sermaye sistemi ile ilgili yapılacak değişikliklerde ve Bakanlık izninin gerekli olduğu durumlarda genel kurul ve izin öncesinde yönetim kurulu beyanı hazırlanmalıdır.²⁸

TTK m.333/1 ve Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ gereğince sermaye artı-

²⁸ Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ’in altıncı maddesinin üçüncü fıkrası gereği kuruluştan sonra kayıtlı sermaye sistemine geçişte Bakanlık izni için aşağıdaki belgeler istenmektedir: a) Yürürlükte bulunan, tüm değişiklikleri içeren ve tek bir metin haline getirilmiş, şirketi temsile yetkili kişilerce onaylanmış esas sözleşme örneği, b) Şirket yönetim kurulunca hazırlanmış esas sözleşmede yer alacak kayıtlı sermaye maddesi taslağı ile esas sözleşmesinin kayıtlı sermaye sistemine uyum sağlaması için değişmesi gereken diğer maddelerine yönelik değişiklik taslakları, c) Şirket sermayesinin tamamen ödendiğine ve sermayenin karşılıksız kalmadığına ilişkin yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporu, ç) Son üç yıla ait bilanço ve gelir tablosu, d) Esas sözleşme ile yönetim kuruluna imtiyazlı veya itibari değerinin üzerinde pay çıkarma veya rüçhan hakkını sınırlandırma yetkilerinin verilmesi halinde, bunların ve kayıtlı sermaye sistemine geçilmesinin gerekçelerini içeren şirketi temsile yetkili kişilerce imzalanmış beyanı, e) Bağımsız denetime tabi olan şirketlerde denetleme raporu. (d) bendinde belirtilen beyan TTK m. 457 dışındaki bir yönetim kurulu beyanıdır.

rımına dair sözleşme değişikliği Ticaret Bakanlığı'nın iznine tabi şirketlerin bu işlemlerinin genel kurul onayına sunulabilmesi ya da yönetim kurulunca karar altına alınabilmesi yönetim kurulunca alınacak karar ve hazırlanacak beyanın Bakanlığa izin için gönderilmesine ve gerekli iznin alınmasına bağlıdır.²⁹

Yönetim kurulu beyanı bir kurul işlemi olduğundan yönetim kurulu üyelerinin tamamı tarafından imzalanıp imzalanmayacağı, bu beyanın bir yönetim kuruluna bağlı olup olmadığı konusu tartışılması gereken bir konudur. TTK m. 457'de belirtilen nitelikte bir yönetim kurulu beyanının varlığı kurulun bu yöndeki iradesine bağlıdır. Bu irade ise kurul kararı ile ortaya konulabilir. Yönetim kurulu beyanının kurul olarak imzalanması gerekir.³⁰ Bunun gerekçesi; TTK m. 457'nin başlığında yönetim kuruluna yapılan vurgu, beyanın TTK m. 375/1-f'de belirtilen rapor ve açıklamalar niteliğinde olması, ilgili kanun gerekçeleri, Avrupa'da özellikle Alman, İsviçre ve Avusturya şirketler hukukuna hakim olan yönetim kurulu beyanının rapor niteliğine yaklaşan, ortakların bilgi alma ve inceleme haklarını sağlayan, dürüst resim ve kamuyu aydınlatma ilkelerini haiz bir yapıya sahip oluşudur. OECD prensipleri, AET kararları ve Avrupa'da şirketler hukukuna hakim ilkeler birlikte değerlendirildiğinde yönetim kurulu beyanının kurul kararı ile oluşturulması gerekir.

Yönetim kurulu beyanının bir kurul belgesi ve hukuki işlem niteliğine haiz olabilmesi için yönetim kurulu kararı ile sonuca bağlanmış olması kural olarak gereklidir. Diğer taraftan, bu kuralı sıkı sıkıya uygulamak yönetim kurulu beyanının hukuki işlem niteliğini işlevsiz hale getirebilir. Yönetim kurulunca alınmış bir karar olmaksızın kurulun tüm üyelerince tasdik edilmiş bir belgenin geçerliliği de tartışılmalıdır. Bu durumda kurulun tüm üyelerinin karar defterine derç edilmemiş şekilde beyanı imzalamış olmaları beyanın geçerliliğine etki etmemelidir. Ancak bu durumun kabulü için yönetim kurulu kararında bu yöndeki bir beyana işaret edilmiş olmasına ya da en azından sermaye artırımına veya beyana dayanak hukuki işleme yönelik bir karar şartı aranmalıdır.

²⁹ Anılan tebliğin beşinci maddesinin birinci fıkrası gereğince bankalar, finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri, tüketici finansmanı ve kart hizmetleri şirketleri, varlık yönetim şirketleri, sigorta şirketleri, anonim şirket şeklinde kurulan holdingler, döviz büfesi işleten şirketler, umumi mağazacılıkla uğraşan şirketler, tarım ürünleri lisanslı depoculuk şirketleri, ürün ihtisas borsası şirketleri, bağımsız denetim şirketleri, gözetim şirketleri, teknoloji geliştirme bölgesi yönetici şirketleri, 28/7/1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi şirketler ile serbest bölge kurucusu ve işleticisi şirketlerin kuruluşları ve esas sözleşme değişiklikleri Ticaret Bakanlığı'nın iznine tabidir. Anılan tebliğde yönetim kurulunun beyanı öngörülmüş olmasa da iznin alınmasında bu beyanın sunulması gerektiği kanısındayız.

³⁰ Beyanın tüm kurul üyelerince imzalanması gerektiği hakkındaki görüşü için bkz. Tekinalp (n 22) 138.



Kurul kararı ile veya fiilen ortaya konulacak kurul beyanının TTK m. 390'da belirtilen şartlara göre imzalanması gereklidir. Ayrıca eşit işlem ilkesine aykırı olan, anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen, pay sahiplerinin, özellikle vazgeçilmez özellikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan ya da güçleştiren, diğer organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin kurul beyanlarının ve buna dayanak kurul kararları, TTK m. 391/1'e göre batıldır (Nichtige Beschlüsse). Yönetim kurulu kararlarının iptal edilemeyeceği dikkate alındığında kurul kararının batıl olduğunun tespiti mahkemeden istenebilir. OR. Art. 714'te aynı Kanununun 706b hükmüne yapılan atıfla genel kurul kararlarındaki geçersizlik sebeplerine vurgu yapılmıştır.

VIII. ANONİM ŞİRKET SERMAYE ARTIRIMINDA YÖNETİM KURULU BEYANININ İÇERİĞİ

Anonim şirkette sermaye artırımını, şirket esas sermayesindeki sermaye tutarının, kayıtlı sermaye sistemini benimsenmiş şirketlerde ise başlangıç sermaye tutarı ile kayıtlı sermaye tutarı arasındaki çıkarılmış sermaye tutarının artırılmasını ifade eder.³¹

Anonim şirket esas sermaye sisteminde genel kurul sermaye artırımında yetkiliyken, kayıtlı sermaye sisteminde³² bu yetki yönetim kuruluna aittir. Şarta bağlı sermaye artırımında ise genel kurul, yeni çıkarılan tahviller veya benzeri borçlanma araçları nedeniyle, şirketten veya topluluk şirketlerinden³³ alacaklı olanlara veya çalışanlara, esas sözleşmede değiştirme veya alım haklarını kullanmak yoluyla yeni payları edinmek hakkı sağlamak suretiyle, sermayenin şarta bağlı artırılmasına karar verebilir. Şirket sermayesi, değiştirme veya alım hakkı kullanıldığı ve sermaye borcu takas veya ödeme yoluyla yerine getirildiği anda ve ölçüde kendiliğinden artar (TTK m. 463).³⁴

³¹ Türk hukukunda kayıtlı ve esas sermaye sistemi şeklinde iki farklı sermaye gruplandırması olmaması gerektiği hakkındaki görüşü için bkz. Ünal Tekinalp 'Sermaye Artırmada Çift Usulün Geçerliliği ve Gerekliliği Sorunu'(1996) 18(4) BATİDER, 3-7. Ayrıca bkz. Selen Serder Yılmaz 'TTK'da Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımına İlişkin Genel Hükümler ve Kayıtlı Sermaye Sisteminde Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı' (2013) 8(1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 187-233,190.

³² Mehmet Bahtiyar, *Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı*, İstanbul, 1996, 63.

³³ Mustafa İsmail Kaya, *Şartlı Sermaye Artırımı*, Ankara, 2022, 66.

³⁴ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, 4. Baskı, (Adalet Yayınevi 2022) 2477; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Baskı, (Beta Yayınları 2019) 343-349; Tamer Bozkurt, *Şirketler Hukuku*, 14. Baskı, (Yetkin Yayınları 2022) 487; Rıza

Şirket sermaye artırımını genel kurul veya yönetim kurulu kararı tarihinden itibaren üç ay içinde tescil edilemediği takdirde (kurucu etki), genel kurul veya yönetim kurulu kararı ve alınmışsa şirketin ve sermaye artırımının türüne göre Ticaret Bakanlığı veya Sermaye Piyasası Kurulu'ndan alınan izin geçersiz hâle gelir.³⁵ Kanun Koyucu yönetim kurulunun sermaye artırımındaki bu yükümlülüğü yanında beyan hazırlama yükümlülüğü de öngörmüştür.³⁶

Yönetim kurulu anonim ortaklıklarda sermaye artırımının türüne göre bir beyan hazırlamakla yükümlüdür. Bu beyanın 6102 sayılı TTK m. 457, TSY m. 73'te belirtilen kriterlere göre hazırlanması gereklidir. Beyanın içeriği 6102 sayılı TTK m. 457'de belirtilmiş olup, anılan Kanun hükmünde beyanın içeriği hakkında üçlü bir ayırma gidilmiştir. Bu ayırım artırımın nakdi, iç kaynaklardan ve şartlı olmasına göre farklılık göstermektedir.³⁷

A. Nakdi Artırımda Beyanın İçeriği

Anonim ortaklıkta nakdi artırım bir sermaye taahhüdünü gerektirir. Sermaye taahhüdü anonim ortaklıkta ortakların belirli bir payın değişik sözleşmede belirtilen süre içinde şirketin aktifine ödeneceği vaadini içerir. İşletmeler TMS 79 uncu paragrafına göre kayıtlı sermayeyi oluşturan pay adetlerini, sermayenin geri ödenmesindeki sınırlamaları, pay türüyle ilgili kısıtlamaları, haklar ve imtiyazları özkaynaklar değişim tablosu, dipnotlar ve finansal durum tablosunda göstermek durumundadır.³⁸

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve şirket sözleşmesinde belirlenen pay bedellerinin ödemelerine dair hususlar saklı kalmak üzere pay bedellerinin en az dörtte birinin Kanuna uygun olarak şirket hesabına açılmış bankaya yatırılması nakdi artırımda zorunludur. Bu hususun ticaret siciline tescilinde buna dair banka mektubu ticaret siciline sunulur. Nakdi artırıma dair yönetim kurulu beyanında aşağıdaki hususların yer alması gereklidir (TTK m. 457/2):

Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Ödamar, Şirket Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, (Yetkin Yayınları 2022) 352.

³⁵ İsmail Kırca, Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 3. Baskı (Oniki Levha Yayınları 2022), 224.

³⁶ Ömer Korkut/M. Fatih Cengil/Mehmet Durdu/ İdil Nur Gürbüz Gökberk/ Zahid Doğanay, Şematik Şirketler Hukuku, 2. Baskı (Seçkin Yayıncılık 2022) 164

³⁷ Nakdi sermaye konulması, aynı sermaye konulması, bir borcun takası durumu, fon veya yedek akçelerin sermayeye dönüştürülmesi, sermayenin iç kaynaklardan artırılması, yapılan ödemelerle ilgili bilgi verilmesi şeklindeki ayırım için bkz. Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6. Baskı, (Adalet Yayınevi 2020) 499.

³⁸ https://www.kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/Duyurular/v2/TMS/TMS_1_Finansal%20Tablolar%C4%B1n%20Sunulu%C5%9Fu.pdf, accessed 18 October 2021.

1. Artırılan Kısımın Tamamen Taahhüt Edildiğine Dair Beyan

Nakden artırımda yönetim kurulu, pay sahiplerinin artan kısım yönünden miktarın ve payların taahhüt edildiğini doğrular. Kurul beyanında pay sahiplerinin nakdi artırımda artırılan kısmın tamamen taahhüt edildiğini doğru ve dürüst bir şekilde belirtmelidir. Bu beyan gerekçeli, açıklamalı, onay içeren ve belgeli olmalıdır.

2. Kanun veya Esas Sözleşme Gereğince Ödenmesi Gerekli Tutarın Ödendiğine Dair Beyan

Sermaye Piyasası Kanununun pay bedellerinin ödenmelerine ilişkin hükümleri saklı kalmak üzere, nakden taahhüt edilen payların itibarî değerlerinin en az yüzde yirmi beşi tescilden önce, gerisi de şirketin tescilini izleyen yirmi dört ay içinde ödenir. Payların çıkarma primlerinin tamamı tescilden önce ödenir (TTK m. 344/1). Yönetim kurulu sermaye artırımına dair hazırlayacağı beyanda kanun ya da sözleşme gereği ödenmesi gereken tutarların ödendiğini doğrular, nasıl ödendiğini açıklar ve bu hususları açık, eksiksiz, doğru bir şekilde beyanına yansıtır. Ayrıca beyan ilgili ödemeye dair belgeleri de içermelidir. Yönetim kurulu kanunda öngörülen süreyi artıramaz, veya azaltamaz. Yönetim kurulunun bu konuda bir serbestisi yoktur. Sermayenin korunması ilkesine aykırı bir şekilde bir düzenleme getiremez, sözleşmeye ya da kanuna aykırı şekilde bu beyanı düzenleyemez. Beyan düzenlenirken TTK'daki emredici hükümler dikkate alınarak, *eşitlik ilkesi* gözetilmelidir.

3. Bir Borcun Takasında Bu Borcun Varlığı, Geçerliliği ve Takas Edilebilirliğine Dair Beyan

Kurul beyanı nakden artırımda bir borcun takası söz konusu ise bu borcun varlığını gerekçeli bir şekilde açıklamalıdır. Ayrıca yönetim kurulu beyanında borcun geçerli olup olmadığını ve takas edilebilirliğini açık ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirtmelidir. Diğer taraftan, beyanda geçerli olmayan bir borcun takası yer alamaz.

4. Sermayeye Dönüştürülen Fonun veya Yedek Akçenin Serbestçe Tasarruf Olunabilirliğine Dair Beyan

Karşılıklar bilanço hukuku açısından şüpheli borçlar, taahhütler ve bunlardan doğabilecek olası kayıp riskleri, askıdaki işlemler nedeniyle belirli bir amaca hizmet eden yedek akçelerdir (TTK m. 75).³⁹ Yedek akçeler ise genel bir amaca yönelik ihtiyaçlar için ayrılır. Yedek akçeler ileride gerçekleşmesi muhtemel kayıplar, zararlara karşılık bir teminat olması, işletmenin sürekliliği ilkesi gereği ve pay sahiplerinin kar payı alma haklarını sağlamak için işletme

³⁹ Senar Cagiran Tuncer and Yasin Ulusoy 'Yedek Akçeler'(2017) 19(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, Özel Sayı-2017, 1971-1996, 1976.

kazançlarından ayrılan kıymetlerdir. Anonim ortaklıkta ihraç primleri, şirket aktifindeki değer artışları yedek akçeleri oluşturur.⁴⁰ Anonim şirketlerde karşılık bulan yedek akçeler esas sermayeyi aşan özkaynaklardır.⁴¹

Ayrılmaya ilişkin risk unsuru ortadan kalktığına ya da riskin temelini oluşturan hukuki işlem sona erdiğinde karşılıklar serbestçe tasarruf edilebilir hale gelir. Böylece bu tür kaynaklar şirketin özkaynağı haline dönüşür. Türkiye Muhasebe standartlarına göre ayrılan bu akçeler sermayeye dönüştürülebilir ve sermayeye eklenmesine cevaz verilen fonlar (yeniden değerlendirme, iştirak ve taşınmaz satış hasılatı ve enflasyon fonu, vb.) veya yedek akçenin serbestçe tasarruf olunabilirliği, yani ayrılmaya dair risk-zarar-kayıp unsurlarının ortadan kalkmasına dair gerekçeli beyan yönetim kurulu tarafından açıklanır. Bir cümlele bu tasarruf edilebilirliğin beyan ve açıklamanın yanı sıra ayrılan fon veya yedek akçenin ayrılmasına neden olan olgunun, hukuki ilişkinin, olası zarar ve risk unsurlarının ortadan kalktıklarına dair ayrıntılı bilgi ve bu karşılıkların ayrılmasına dayanak finansal belgeler de beyana eklenmelidir.

5. Aynı Sermaye Konulmasına Dair Beyan

Aynı sermaye konuluyor veya bir ayın devralınıyorsa bunlara verilecek karşılığın uygun olduğu devralınan aynı sermaye, aynı türü, değerlendirmenin yöntemi, isabeti ve haklılığı gerekli organların ve kurumların onaylarının alındığı yönetim kurulu tarafından beyan edilir. Aynı sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlemesinde emsiline oranla yüksek fiyat biçilmesi, işletme ve ayının niteliğinin veya durumunun farklı gösterilmesi, ya da herhangi başka şekillerde yolsuzluk yapılması durumunda yönetim kurulu üyeleri bundan doğan zarardan sorumludur (TTK m. 551/1).

Yönetim kurulu beyanında TTK m. 342 ve 343 üncü maddelerdeki gereklilikleri açıklar. Aynı üzerinde tesis edilmiş sınırlı aynı hak, haciz ve tedbir, nakden değerlendirilebilir değerlendirilemeyeceği, devrolunabilme durumu, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil, malvarlığı unsurları açıklamada yer almak zorundadır. Zira aynı sermaye olarak konulacak malvarlığı unsurları, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar üzerinde bu hükümde belirtilen türde bir sınırlı aynı hak, haciz ve tedbir bulunuyorsa, bu unsurlar nakden değerlendirilemeyen ve devrolunamayan bir özelliğe sahipse aynı sermaye olarak konulamazlar. Diğer taraftan hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacakların sermaye olamayacağı kurul tarafından beyan hazırlanırken sermayenin korunması ilkesi gereğince dikkate alınma-

⁴⁰ Raziye Aksu Özkan 'Anonim Şirkette Genel Kanuni Yedek Akçe Kavramına Bağlı Hukuki Sonuçlar' (2021) 23(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 339-381, 34; Şükrü Yıldız 'Anonim Ortaklıkta İhraç Primleri (Agio)' (2000) 4(1-2) 547-565, 137.

⁴¹ Çağırhan Tuncer and Ulusoy (n 33). 1974, dph. 8.

lıdır. Kurul beyanına TTK m. 343/1 gereğince mahkemenin onayladığı kesin nitelikteki değer biçme ve değerlendirme raporu eklenir.

6. Rüçhan Haklarının Sınırlandırılması veya Kaldırılmasına Dair Beyan

Rüçhan hakları sınırlandırılmış veya kaldırılmışsa bunun sebepleri, miktarı ve oranı; kullanılmayan rüçhan haklarının kimlere, niçin, ne fiyatla verildiği hakkında belgeli ve gerekçeli açıklamalar kurul beyanında yer alır. Yönetim kurulu TTK m. 461/2’de belirtilen rüçhan hakkının sınırlandırılmasının veya kaldırılmasının gerekçelerini; yeni payların primli ve primsiz çıkarılmasının sebeplerini; primin nasıl hesaplandığını içeren ve ticaret siciline tescil ve ilan edilmiş raporu, tescil belgelerini veya ticaret sicili gazete örneklerini beyana eklemek zorundadır. Ayrıca aynı kanunun üçüncü fıkrasında belirtilen yeni pay alma hakkının kullanılabilmesinin esaslarına ilişkin kurul kararı ile tescil ve ilan belgeleri beyana eklenir. Ayrıca rüçhan hakları sınırlandırılmamış veya kaldırılmamışsa bu husus da açıklama olarak beyana eklenmelidir.

7. Ödenen Ücret ve Menfaatler Hakkında Beyan

Kurul beyanında hizmet sunanlara ve diğer kimselere ödenen ücretler, sağlanan menfaatler hakkında, emsalleriyle karşılaştırma yapılarak açıklanır. Kanun koyucu “bilgi verilir” şeklinde bir ifade ile gerekçeli bir beyandan uzaklaşmıştır. Burada beyanda yer alması gereken unsurlar ödenen ücretlerin niceliği ve niteliği, menfaatlerin nelerden ibaret olduğu ve her ikisinin de emsalleriyle karşılaştırılmasına ilişkin açıklamalardır.

B. İç Kaynaklardan Yapılan Sermaye Artırımında Beyanın İçeriği

Kurul beyanında iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımının hangi kaynaklardan karşılandığı, bu kaynakların gerçekliği ve şirket malvarlığı içinde var oldukları konusunda garanti verilir. Şirketin özvarlığında yer alan kaynakların finansal temeli, varlığın sebebi açıkça belirtilir.⁴² TTK m. 462/2 Sermayenin artırılan kısmını, iç kaynaklardan karşılayan tutarın şirket bünyesinde gerçekten var olduğu, onaylanmış yıllık bilanço ve yönetim kurulunun vereceği açık ve yazılı bir beyanla doğrulanır. Bilanço tarihinin üzerinden altı aydan fazla zaman geçmiş olduğu takdirde, yeni bir bilanço çıkarılması ve bunun yönetim kurulu tarafından onaylanmış olması şarttır.

TSY m. 73/2’ye göre anonim ortaklıkta sermaye artırımının yalnızca iç kaynaklardan yapılması durumunda yönetim kurulunun açık ve yazılı beyanı ile genel kurul tarafından onaylanmış yıllık bilanço veya bilanço tarihinin

⁴² Şirketin sermayesine ilave edilebilecek iç kaynaklar yedek akçeler, dağıtılmamış geçmiş yıl karları, iştirak hisseleri ve taşınmaz satışından kaynaklanan satışlar, yeniden değerlendirme değer artışı fonu ve ilgili mevzuatta belirtilen fonlardan oluşur.

üzerinden altı aydan fazla zaman geçmiş olması halinde ise yönetim kurulu tarafından onaylanmış ara bilanço sermaye artırımında ticaret sicili müdürlüğüne ibraz edilmesi halinde sermayenin tamamının ödendiğine, karşılıksız kalıp kalmadığına ve şirket özvarlığının tespitine, iç kaynaklardan karşılanan tutarın şirket bünyesinde gerçekten var olduğuna ilişkin yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporu ya da denetime tabi şirketlerde denetçinin bu tespitlere ilişkin rapor aranmaz.⁴³

C. Şartlı Sermaye Artırımında Kurul Beyanının İçeriği

Şartlı sermaye artırımı durumunda bu artırımın ve uygulamasının kanuna uygunluğu yönetim kurulu beyanında belirtilir. “Kanuna uygunluğun belirtilmesi” uygun olup olmamanın açıklanmasıdır. Yönetim kurulu beyanında, kanuna uygun olmama durumunu sessiz kalma ya da bir çekince şeklinde belirtmez. Kurul beyanında TTK m. 463 ila 472 maddelerindeki hükümlerin uygunluğunu araştırmak ve somut olaya uygulanmasındaki hukuka uygunluk veya aykırılıkları beyanına açık, doğru ve dürüst bir şekilde yansıtmak zorundadır. Örneğin şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin esas sözleşme hükmünün tescilinden önce tanınmış bulunan değiştirme ve alım haklarının batıl olduğuna ilişkin durum yönetim kurulu tarafından gözetilerek raporda açıklanmalıdır (TTK m. 465/3). Yine, pay sahiplerinin korunması ilkesine aykırı olan durumlar beyanda açıklanmalıdır.

Şarta bağlı sermaye artırımında,

- i. tahvillere ve benzeri borçlanma araçlarına bağlı olarak değiştirme ve alım hakları içeren senetler ihraç edildiğinde öncelikle mevcut payları oranında pay sahiplerine önerilmemişse,
- ii. önerilmeye muhatap olma hakkının haklı bir neden olmaksızın kaldırılması veya sınırlandırılması durumunda,
- iii. şarta bağlı sermaye artırımı için gerekli olan rüçhan ve önerilmeye muhatap olma haklarının kaldırılması veya sınırlandırılması bir başkası lehine haklı görülmeyecek bir yararlandırmaya veya aleyhine kayba neden oluyorsa,

kurul beyanında bunlara yer verilmelidir.

Bu beyanda,

- i. şartlı sermaye artırımına hakim olan ilke, sınırlar,
- ii. esas sözleşmedeki dayanak,

⁴³ Yönetim kurulunun beyanında şu unsurlar yer alır:

- a) şirket sermayesinin özvarlık içinde korunduğunu,
- b) iç kaynaklardan karşılanan tutarın şirket bünyesinde gerçekten var olduğunu doğrulayan yönetim kurulunun açık ve yazılı beyanı

- iii. pay sahiplerinin korunması,
- iv. değiştirme veya alım hakkı haiz bulunan kişilerin korunması,
- v. sermaye artırımının gerçekleştirilmesinde hakların kullanılması ve sermaye taahhüdü konularında kanuna uygunluk ile esas sözleşmenin mevcut duruma uyarlanmasına,
- vi. yeni çıkarılan payların sayısı, itibarî değeri, türleri, belirli gruplara tanıyan imtiyazlar veya hesap döneminin sonundaki sermayenin durumuna, dair açıklamalar yer alır.

IX. YÖNETİM KURULU BEYANINDA HUKUKİ VE CEZAI SORUMLULUK

A. Yönetim Kurulunun Hukuki Sorumluluğu

Yönetim kurulu üyeleri esas sözleşmeden ve kanundan doğan yükümlülüklerini ihlal ettikleri takdirde ve kusurlarının varlığı halinde şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar (TTK m. 553/1). Yönetim kurulu kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olma durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz.

Beyanların kanuna aykırılığını düzenleyen 549 uncu madde şirketin sermayesinin artırılması ve azaltılması ile birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul kıymet çıkarma gibi işlemlerle ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanların sorumlu olduğunu hükme bağlamıştır. Yönetim kurulunun bu tür beyanlardan dolayı sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için yanlış, hileli, sahte veya gerçeğe aykırı olmaları, beyanlarda gerçeğin saklanmış olması ve diğer kanuna aykırılık durumları nedeniyle bir zararın doğması gerekmektedir. Beyana dayalı bu sorumlulukta beyana katılanların olması durumunda bunlar için kusur şartı aranmaktadır. Sorumluluğun ortaya çıkması için diğer önemli bir unsur ise beyan ile zarar arasında nedensellik bağının varlığıdır.

“Sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesi”, TTK m. 550’de özel olarak düzenlenmiştir. Anılan hükme göre sermaye tamamen taahhüt olunmamış veya karşılığı kanun veya esas sözleşme hükümleri gereğince ödenmemişken, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterilmesi durumu ile kusurlu olmaları şartıyla şirket yetkililerinin sorumluluğuna gidilebilir. Bu yetkililer kusurlarının varlığı halinde bu payları üstlenmiş kabul edilirler ve payların karşılıkları ile zararı faiziyle birlikte müteselsilen öderler.

Sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilen ve buna onay verenler, söz konusu borcun ödenmemesinden doğan zarardan sorumludurlar.

Beyan nedeniyle şirketin uğradığı zararın tazminini, şirket ve her bir pay sahibi talep edebilir. Pay sahipleri talep edecekleri tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebilirler (TTK m. 555/1). Pay sahibinin açtığı davayı hukuki ve maddi sebepler haklı gösterdiği takdirde, mahkeme, dava giderleriyle avukatlık ücretini, bu giderler davalıya yükletilemediği hâllerde, davacı pay sahibiyle şirket arasında, hakkaniyete göre paylaşır (TTK m. 555/2).

Yönetim kurulunun birden çok kişiden oluşması ve beyanın bu üyelerce imzalanması ve aynı zararı tazminle yükümlü olmaları durumunda, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur (TTK m. 557/1).

Yönetim kurulu üyelerinin sermaye artırımından doğan sorumlulukları, şirketin tescili veya sermaye artırım tarihinden itibaren dört yıl geçmedikçe sulh ve ibra yoluyla kaldırılmaz. Bu sürenin geçmesinden sonra da sulh ve ibra ancak genel kurulun onayıyla geçerlilik kazanır. Bununla beraber, esas sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden pay sahipleri sulh ve ibranın onaylanmasına karşı iseler, sulh ve ibra genel kurulca onaylanmaz (TTK m. 559/1).

Beyandan dolayı sorumlu olan yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat istemek hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Beyana dayalı fiil cezayı gerektirip, Türk Ceza Kanununa göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına bu zamanaşımı uygulanır (TTK m. 560/1). Beyandan dolayı sorumluluğuna gidilen yönetim kurulu aleyhinde şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde dava açılabilir.

B. Yönetim Kurulunun Cezai Sorumluluğu

1. Beyanda Sahtecilik

Sermayesinin artırılması ve azaltılması ile birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul kıymet çıkarma gibi işlemlerle ilgili beyanları sahte olarak düzenleyenler ile ticari defterlere kasıtlı olarak gerçeğe aykırı kayıt yapanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır (TTK m. 549; 562/8; § 399 ff. AktG).⁴⁴

⁴⁴ Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ders Kitabı*, 4. Bası, (Seçkin Yayıncılık 2019), 571. TTK m. 457 hükmündeki beyana aykırılıktan dolayı ceza

2. Yanlış Beyan

Sermaye tamamıyla taahhüt olunmamış veya karşılığı kanun veya esas sözleşme hükümleri gereğince ödenmemişken, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterilmesi, sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmamasına rağmen buna onay verilmesi durumunda bu fiilleri işleyenler üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır (TTK m. 551; 562/9; § 399 ff. AktG).

3. Beyanın Yayınlanmasında Usulsüzlük

İnternet sitesine konulması gereken beyana dair içeriği usulüne uygun bir şekilde koymayan yönetim organı üyeleri yüz güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır (TTK m. 562/12). Bu durum kamuyu aydınlatma ve dürüst resim ilkelerinin gereğidir.⁴⁵

Beyana dayalı yönetim kurulu üyelerine verilecek idari para cezaları, aksine hüküm bulunmayan hâllerde, mahallin en büyük mülki amiri tarafından verilir (TTK m. 562/14). Beyana dayalı cezai sorumluluk nedeniyle işlenen kabahatlerden birinin idari yaptırım kararı verilinceye kadar birden çok işlenmesi hâlinde, ilgili gerçek veya tüzel kişiye bir idari para cezası verilir ve ilgili hükme göre verilecek ceza iki kat artırılır. Ancak, bu kabahatin işlenmesi suretiyle bir menfaat temin edilmesi veya zarara sebebiyet verilmesi hâlinde verilecek idari para cezasının miktarı bu menfaat veya zararın üç katından az olamaz (TTK m. 562/15).

X. TİCARET SİCİLİNDE TESCİL İÇİN İBRAZ EDİLECEK BELGELER

Anonim ortaklıkta yönetim kurulu beyanı tescil edilecek olgular bağlamında ticaret siciline ibraz edilmesi gerekli belgeler arasında sayılmaktadır.⁴⁶

bir müeyyidenin öngörülmediği, bu ihlalden dolayı YK üyelerinin ihlalden dolayı bunun türüne ve boyutuna göre TTK m. 553 vd. da düzenlenen sorumluluk kurallarına veya BK'nın vekalet akdi hükümlerine göre sorumluluklarına gidilebileceği hakkındaki görüşleri için bkz. Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 14. Baskı, (Vedat Kitapçılık 2019) 370.

⁴⁵ Serder Yılmaz sermaye artırımında yönetim kurulu beyanının zorunlu tutulmasında amacın kamuyu aydınlatma ilkesine ve sermayenin korunmasına hizmet ettiğini, beyanın gerekçeli olması gerektiğini, emsal göstermesi ve karşılaştırmalara yer vermesi gerektiğini, anlaşılır bir dille yazılması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Selen Serder Yılmaz 'TTK'da Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımına İlişkin Genel Hükümler ve Kayıtlı Sermaye Sisteminde Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı' (2013) 8(1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 187-233, 210.

⁴⁶ Poroy, Tekinalp and Çamoğlu (n 38) 369.

Kuruluşa pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin bu görevi kabul ettiklerine ilişkin yazılı beyanları (TSY m. 69/1-h), sermaye artırımında artırımın türüne göre yönetim kurulunca düzenlenmiş beyan (TSY m. 73/1-ç), iç kaynaklardan yapılacak sermaye artırımında şirket sermayesinin özvarlık içinde korunduğunu, iç kaynaklardan karşılanan tutarın şirket bünyesinde gerçekten var olduğunu doğrulayan yönetim kurulunun açık ve yazılı beyanı (TSY m. 73/2), şarta bağlı sermaye artırımında değiştirme ve alım haklarının sona erdiğinin doğrulandığı sermaye artırımına ilişkin yönetim kurulu beyannamesi (TSY m. 77/1-ç) ibrazı zorunlu beyanlara örnek gösterilebilir.

SONUÇ

Anonim ortaklıkta yönetim kurulu şirketin fonksiyonlarının yerine getirilmesinde kamunun aydınlatılması, şeffaflık, pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme haklarının sağlanması bağlamında önemli bir rol üstlenmektedir. Özellikle şirketin finansal yönetiminde yönetim kurulu rapor ve beyanları denetime yardımcı unsurlardır. Yönetim kurulu beyanı finansal yönetimde sermaye artırımının gerekçelendirilmesini, açıklanmasını, denetlenebilirliğini ve şeffaflığını sağlar.

Şekli anlamda beyan, maddi anlamda beyan, bilgi ve görüş açıklamaları olarak üç türde ortaya çıkan yönetim kurulu beyanı özellikle TTK m. 457'de öngörüldüğü amaç doğrultusunda ticaret siciline tescil için bir zorunluluk ve sikası olarak öngörülmektedir. Diğer taraftan sermayenin artırılmasının türüne göre içeriği kanun koyucu tarafından öngörülen bu beyan, niteliği gereği pay sahiplerinin bilgi edinme haklarının, sermaye artırımının gerekçe ve açıklamalarının genel kurulda savunulmasının, artırımın dürüst resim ve kamuyu aydınlatma ilkesine ve şirket işlemlerinin denetimine uygunluğunun sağlanması işlevlerine sahiptir. Bu bağlamda anılan beyan, ticaret siciline sunulan ve tescil için zorunlu bir unsur olmaktan öte, özellikli bir belgedir. Bu nedenle yönetim kurulu tarafından hazırlanacak sermaye artırım raporu niteliğindeki bir ön beyanın genel kurul öncesinde hazırlanmış olması, pay sahiplerinin bilgi edinme haklarını sağlamaları ve dürüst resim ilkesinin gerekliliklerine uygunluk için pay sahiplerine bilgi vermeleri, genel kurula bu ön beyanın sunulması gerektiği kanısındayız. Böylece genel kurulda görüşülerek uygunluğu pay sahipleri tarafından tartışılan bu ön beyan, sicile tescil için sunulacak beyana esas ve tamamlayıcı özelliğe sahip olmalıdır.

Yönetim kurulu beyanının bir kurul işlemi olduğu dikkate alındığında kurulun üyelerince imzalanması gerektiği açıktır. Zira, yönetim kurulu beyanı, raporun niteliğine yaklaşan bir belgedir. Bu kurul belgesinin içeriği ile birlikte her zaman kurul kararına bağlanması beklenemez. Ancak beyanın geçerliliği, yönetim kurulu kararında bu yöndeki bir beyana işaret edilmiş olmasına ya da en azından sermaye artırımına veya beyana dayanak hukuki işleme yönelik bir karar şartı aranmalıdır.



Yönetim kurulu beyanı verilmesinde ortaya çıkan zararlardan dolayı üyelerin hukuki ve cezai sorumluluğunu gerektirebilir. Beyan nedeniyle şirketin uğradığı zararın tazminini, şirket ve her bir pay sahibi talep edebilir. Yönetim kurulu üyeleri esas sözleşmeden ve kanundan doğan yükümlülüklerini ihlal ettikleri takdirde ve kusurlarının varlığı halinde şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar. Pay sahipleri talep edecekleri tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebilirler. Yönetim kurulu beyanında sahtecilik, yanlış beyanda bulunulması, beyanın yayınlanmasında usulsüzlük gibi durumlarda, Alman Şirketler Hukukuna paralel olarak yönetim kurulunun cezai sorumluluğunu gerektirir.

KAYNAKÇA

Antalya OG (Editör) ve Topuz M, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt 1, Medeni Hukuk (Giriş, Kavramlar, Başlangıç hükümleri)* (3. Bası, Seçkin Hukuk 2019).

Atay EE, *Hukuk Başlangıcı* (8. Bası, Gazi Kitabevi 2020).

Ayan M, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* (11. Bası, Seçkin Hukuk 2016).

Ayhan R, Çağlar H. ve Özdamar M, *Şirket Hukuku Genel Esaslar*, 4. Baskı, (Yetkin Yayınları 2022)

Bahtiyar M, *Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı*, İstanbul, 1996

— — ‘Ortaklıklar Hukuku’, 13. Baskı, (Beta Yayınları 2019)

Bozkurt T, ‘Şirketler Hukuk’, 14. Baskı, (Yetkin Yayınları 2022)

Böckli P, *Schweizer Aktienrecht: Darstellung für den Praktiker* (Schulthess Polygraphischer Verlag 1996).

Bress S, *Corporate Governance in Deutschland: Der Einfluß des Deutschen Corporate Governance Kodex auf die finanzielle Unternehmensperformance* (Vol. 54, Josef Eul Verlag GmbH 2008).

Cagirgan TS ve Ulusoy Y, ‘Yedek Akçeler’ (2017) 19 (Özel Sayı-2017) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, 1971-1996.

Cansel E ve Özel Ç, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, (2. Baskı, Seçkin Hukuk 2017).

Crone H vd., ‘Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien’, (2002) 4 (1) Reprax, 1-22.

Kaya Mİ, *Şartlı Sermaye Artırımı*, 2. Baskı, (Yetkin Yayınları 2022).

Kırca İ, Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 3. Baskı (Oniki Levha Yayınları 2022).

Korkut Ö, Cengil MF, Durdu M, Gürbüz Gökberk İN, Doğanay Z, ‘Şematik Şirketler Hukuku’, 2. Baskı (Seçkin Yayıncılık 2022).

Müller R, Lipp L ve Plüss A, ‘Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht’ (2011) 5(1) Aktuelle Juristische Praxis (AJP), 587-598.

Özkan RA, ‘Anonim Şirkette Genel Kanuni Yedek Akçe Kavramına Bağlanan Hukuki Sonuçlar’ (2021) 23(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 339-381.

Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I*, 14. Baskı, (Vedat Kitapçılık 2019)

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6. Baskı, (Adalet Yayınevi 2020).

— — ‘Şirketler Hukuku Şerhi’, 4. Baskı, (Adalet Yayınevi 2022).

Şener OH, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ders Kitabı*, 4. Bası, (Seçkin Yayıncılık 2019).

Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex ‘Deutscher Corporate Governance Kodex’ in Dietger Hahn and Bernard Taylor (eds) *Strategische Unternehmensplanung — Strategische Unternehmensführung* (Springer 2006) https://doi.org/10.1007/3-540-30763-X_27.

Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Kuramdan* Kurala Serisi 4, 5. Baskı, (Vedat Kitapçılık 2020), 9-68a.

— — ‘Sermaye Artırmada Çift Usulün Geçerliliği ve Gerekliliği Sorunu’ (1996 18(4) BATIDER, 3-7.

Yıldız Ş, ‘Anonim Ortaklıkta İhraç Primleri (Agio)’ (2000) 4(1-2) 547-565.

Yılmaz SS, ‘TTK’da Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımına İlişkin Genel Hükümler ve Kayıtlı Sermaye Sisteminde Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı’ (2013) 8(1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 187-233.



HAKARETİN SUÇ OLMAKTAN ÇIKARILMASI VE İKAME YAPTIRIM ÖNERİSİ: ÖZEL HUKUK CEZASI

Decriminalization of Defamation and the Proposition of a Substitute Sanction: Civil Punishment

Tuğçe ORAL*
Eylem BAŞ**

Özet

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) "Özel Hükümler" başlıklı "İkinci Kitabı"nın "Kişilere Karşı Suçlar"a ayrılan "İkinci Kısım"ında ve "Şerefe Karşı Suçlar"a yer verilen "Sekizinci Bölümü"nde 125. maddede hakaret suçunun temel şekline ve daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hallerine yer verildiği görülmektedir. Çalışmada, Türk hukuk sistemindeki mevcut haliyle hakaretin suç olarak düzenlenmesinin gerekli olup olmadığı TCK'nın 125. maddesinde yer alan genel hakaret suçlarıyla sınırlı olarak incelenmektedir. Nitekim karşılaştırmalı hukuka bakıldığında özellikle de basın yoluyla gerçekleştirilen hakaretin ifade özgürlüğüne getirdiği sınırlamalar sebebiyle suç olmaktan çıkarılması yönünde eğiliminin bulunduğu görülmektedir. Bu kapsamda yalnızca tazminatı gerektiren bir haksız fiil olarak düzenlenmesi yönünde öğretide de görüşler bulunmaktadır. Örneğin Anglosakson hukuk sisteminin geçmişten günümüze dek eğilimi, hakaret suçundan dolayı yargılamanın sınırlandırılması ve aşamalı bir şekilde bunun suç olmaktan çıkarılmasına yöneliktir. Bu kapsamda, çalışmada Türk hukuk sistemi bakımından hakaret davranışı değerlendirilerek hakaretin "suç" olmaktan çıkarılmasının gerekliliği üzerinde durulmakta ve ikame yaptırım önerisi olarak özel hukuk cezasının uygulanması önerilmektedir.

Anahtar kelimeler: Türk Hukuk Sistemi, Hakaret, Suç Olmaktan Çıkarma, Özel Hukuk Cezası

Abstract

It is seen that the basic and aggravating forms of the offence of defamation are regulated in Article 125 of the Turkish Penal Code numbered 5237 (TCK). This article is in the "Second Book" of TPC titled "Special Provisions" in the "Second Chapter" devoted to "Offences Against Persons" and in the "Eighth Part", which includes "Offences Against Dignity". This study examines whether it is necessary to regulate

> Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

> Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 25.07.2022

> Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 21.12.2022

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, toral@ankara.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-9855-2329>

** Dr. Öğr. Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, eylem.bas@ogu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-3400-2042>

defamation as a crime in its current state in Turkish legal system and, is limited to the general defamation offences in Article 125 of the TPC. As a matter of fact, when the defamation is analyzed comparatively, it is seen that there is a tendency to decriminalize defamation, especially through the press, due to the limitations on freedom of expression. In this context, there are also opinions in the doctrine that it should be regulated as a tort that requires only compensation. For instance, the tendency of the Anglo-Saxon legal system from past to present is to limit the prosecution for the crime of defamation and gradually decriminalize it. In this context, the study focuses on the necessity of decriminalization of defamation by evaluating insulting behavior in terms of the Turkish legal system, and recommending the application of civil punishment as a substitute sanction proposal.

Key Words: Turkish Legal System, Defamation, Decriminalization, Civil Punishment

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10. maddesinin 1. fıkrasının 1. ve 2. cümlelerine 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.” AİHS’in 10. maddesinin 2. fıkrasında “görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması”yla ilgili olarak, “yasayla öngörül”mesi “ve demokratik bir toplumda”, “başkalarının şöhret ve haklarının korunması” bakımından, “yaptırımlara tabi tutulabil”eceği düzenlenmektedir. Anayasa’nın 26. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde de AİHS’in bahsi geçen 10. maddesine paralel şekilde herkesin, “düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip” olduğu, 2. cümlesinde ise bu hakkın, “resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de” kapsadığı, 2. fıkrasında bu hakkın kullanılmasının “başkalarının şöhret veya haklarının” korunması amacıyla sınırlanabileceği düzenlenmektedir. Bu kapsamda hakaret davranışının yaptırıma bağlanması, bireylerin ifade özgürlüğünün kısıtlanması bakımından geçerli bir gerekçeyi oluşturmaktadır.¹ Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) “Özel Hükümler” başlıklı “İkinci Kitabı”nın “Kişilere Karşı Suçlar”a ayrılan “İkinci Kısım”nda ve “Şeref Karşı Suçlar”a yer verilen “Sekizinci Bölümü”nde 125. maddede hakaret suçunun temel şekline ve daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hallerine, 126. maddede “mağdurun belirlenmesi”ne, 127. maddede “isnadın ispatı”na, 128. maddede “iddia ve savunma dokunulmazlığı”na, 129. maddede “haksız fiil nedeniyle

¹ United Nations A/HRC/20/17, General Assembly Distr.: General 4 June 2012, Human Rights Council Twentieth session Agenda item 3 Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue, 15.

veya karşılıklı hakaret”e, 131. maddedeysse “soruşturma ve kovuşturma koşulu”na yer verildiği görülmektedir.²

“Hakaret” başlığını taşıyan TCK’nın 125. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.³ Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.”⁴ Söz konusu fıkranın 1. cümlesinde huzurda, ikinci cümlesindeyse gıyapta hakaret düzenlenmektedir.⁵ Gıyapta hakaret bakımından fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesinin aranmasının temelinde ifade özgürlüğü yatmaktadır. Nitekim üç kişinin varlığı halinde artık ifade özgürlüğünün sınırının aşıldığı ve kişinin şerefının korunmasının artık daha önemli bir değer olduğu kabul edilmektedir.⁶

² Söz konusu bölümde 130. maddede “kişinin hatırasına hakaret” şeklinde ayrı suç tipine yer verildiği görülmektedir. Bkz. Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kızıroğlu, Ali Kemal Yıldız, Hamide Zafer, Eylem Aksoy Retornaz, Güçlü Akyürek, Ali Hakan Evik, Hasan Sinar, Sinan Altunç, Asuman Aytekin İnceoğlu, Barış Erman ve Fulya Erman Eroğlu, *Özel Ceza Hukuku - Cilt III - Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar* (TCK m. 106-140), (On İki Levha Yayıncılık 2018) 426.

³ TCK’nın 125. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere TCK ile 765 sayılı TCK’dan (ETCK) farklı olarak hakaret ve sövme suçu arasındaki ayrıma yer verilmemiştir. TCK’nın 125. maddesinin gerekçesi için bkz. Cumhuriyet Şahin ve İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyyatı* (2. Bs., Seçkin Yayıncılık 2005) 220-221. Bu tercihin yerinde olmadığı, somut bir fiil ya da olgu isnadının sövmeye nazaran daha ağır olduğu ve bu nedenle aynı yaptırma tabii tutulmalarının uygun olmadığı yönünde bkz. Ahmet Caner Yenidünya ve Mehmet Emin Alşahin, ‘Bireyin Şerefine Karşı Suçlar’ (2207) (68) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 43, 91.

⁴ TCK’nın 125. maddesinin 1. fıkrasının 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren ilk hali ise “*Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden ya da yakıştırmalarda bulunmak veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.*” şeklindeydi. Bkz. 25611 sayılı 12.10.2004 tarihli Resmî Gazete. Maddede geçen “*ya da yakıştırmalarda bulunmak*” ifadesi 3577 sayılı “Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 15. maddesinin 1. fıkrasının 8.7.2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. 25869 sayılı 8.7.2005 tarihli Resmî Gazete. Bu değişikliğin gerekçesini ise “*sövmeye ve yakıştırmaya ibarelerinin aynı anlama geldiği yönündeki eleştiriler*”in dikkate alınması oluşturmuştur. 5377 sayılı Kanun’un TCK’nın 125. maddesiyle ilgili gerekçesi için bkz. T.B.M.M., Dönem: 22 Yasama Yılı: 3 (S. Sayısı: 901) Kilis Milletvekili Hasan Kara ile 2 Milletvekilinin; Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (2/452), s. 4.

⁵ Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (11. Bs., Savaş Yayınevi 2021) 115.

⁶ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (12. Bs., Yetkin Yayıncılık 2018) 317.



Şerefi ihlal eden davranışların farklı suçları oluşturması mümkündür. Bu kapsamda yalnızca bireyin şerefine ihlal edilmesinin mümkün olduğu ve TCK'nın 125. maddesinde düzenleme altına alınan genel hakaret suçları yanında şereften başka bazı hukuki varlık veya menfaatlerin ihlalinin mümkün olduğu ve söz konusu hukuki varlık veya menfaatlerin daha üstün tutulduğu “halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama” (TCK m. 216), “cumhurbaşkanına hakaret” (TCK m. 300), “Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama” (TCK m. 301), “Yabancı devlet bayrağına karşı hakaret” (TCK m. 341), “Yabancı devlet temsilcilerine karşı” hakaret (TCK m. 342/2) ve de 5816 sayılı “Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun”un⁷ 1. maddesinin 1. fıkrası kapsamında “Atatürk’ün hatrasına alenen hakaret” etmek ya da sövmek şeklindeki özel hakaret suçlarından bahsetmek olanaklıdır.⁸ Ancak bu çalışmanın konusu genel hakaret suçlarıyla sınırlandırılmıştır; yukarıda belirtilen özel durumlarda başkaca menfaatler üstün tutulmuş olduğundan, bu çalışmadaki önerilerin, o suçlar için de genişletilmesi mümkün değildir. Bu kapsamda Türk hukuk sistemi bakımından hakaret davranışı değerlendirilerek hakaretin suç olmaktan çıkarılmasının gerekliliği üzerinde durulacak ve ikame yaptırım önerisi olarak özel hukuk cezasının uygulanabilir olup olmadığı değerlendirilecektir.

I. TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE HAKARETİN SUÇ OLARAK DÜZENLENMESİ VE HAKARET SUÇUNA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünde “hakaret”, “onur kırma, onura dokunma, küçültücü söz veya davranış” şeklinde tanımlanmaktadır.⁹ TCK'nın 125. maddesiyle ilgili olarak 5.7.2004 tarihli Adalet Komisyonu'ndaki görüşme esnasında, esasında tüm suçların insan onuruna karşı işlendiği bu nedenle 125. maddede onurun yanında şeref ve saygınlıktan da bahsedildiği, sadece onurdan bahsedilseydi diğer suçlarla onur arasındaki ilişkinin kesilmesi şeklinde bir

⁷ 7872 sayılı 31.7.1951 tarihli Resmî Gazete

⁸ Şerefe karşı suçlar için “tahkir suçları” ve bu kapsamda genel hakaret suçlarını ifade etmek üzere “genel tahkir suçları”, özel hakaret suçlarını ifade etmek içinse “özel tahkir suçları” ifadelerinin de öğretilde kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Sahir Erman, *Hakaret ve Sövme Suçları*, (2. Bs., İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi 1989) 3; Sahir Erman ve Çetin Özek, *Ceza hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı Suçlar* (Dünya Yayıncılık 1994) 254-255; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar BACAKSIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19. Bs., Seçkin Yayıncılık 2021) 497; Devrim Aydın, ‘Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu’, (2013) 19(2) Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 879, 881; Yenidünya ve Alşahin (n. 3) 43-44.

⁹ Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük* (11. Bs., Türk Dil Kurumu Yayınları 2011) 1027.

sonuca neden olunabileceği ifade edilmiştir.¹⁰ Bu kapsamda Türk ceza hukuku sisteminde hakaretin suç olarak öngörülmesiyle, toplumu oluşturan bireylerin kişiliklerine gereken saygının sağlanabilmesi amaçlanmaktadır.¹¹ Nitekim hakarete uğrayan kişi, hakareti gerçekleştirenin bir anlamda husumetine maruz kalmaktadır.¹²

Hakareti oluşturan davranış esasında bireyin düşüncesini açıklamasından ibaret bulunmaktadır.¹³ Nitekim TCK'nın 125. maddesinin 1. fıkrasına bakıldığında bu suçun maddi unsurunun “bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat” etmek ya da “sövmek” şeklinde iki ayrı ipotez şeklinde olduğu görülmektedir.¹⁴ “Somut bir fiil veya olgu isnat” etmek bakımından isnat edilen fiilin ya da olgunun kişi, yer, zaman, konu ve gerçekleşme şekline ilişkin tamamlayıcı koşulların belirtilmesi gereklidir. Buna karşın bahsi geçen tüm bu koşulların tamamından söz edilmiş olması ise gerekli değildir.¹⁵ Fiili, her bir somut olay bakımından ortaya koyacak

¹⁰ İlhan Üzülmüş, ‘Hakaret Suçu’ (2010) 5(12) Ceza Hukuku Dergisi 41, 42, dp. 2.

¹¹ Toroslu ve Toroslu (n. 5) 106

¹² Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt Madde 86-140*, (1. Bs., Adalet Yayınevi 2021) 4624.

¹³ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (6. Bs., US-A Yayıncılık 2017) 237.

¹⁴ ETCK dönemindeyse bu iki ipotezden ilkinin 480., ikincisinininse 482. maddede olmak üzere ayrı ayrı suçlar olarak kaleme alındığı görülmekteydi. Bkz. 320 sayılı 13.3.1926 tarihli Resmî Gazete. Bu ayırımın kaldırılmasıyla gereksiz tartışmaların önüne geçildiği ve bu değişikliğin yerinde olduğu yönünde bkz Gökcan ve Artuç, (n. 12) 4611. Ancak somut bir fiil ya da olgu isnadının olumsuz bir değer yargısıyla kıyaslandığında daha fazla haksızlık içeriğine sahip olması karşısında her iki ipotez bakımından aynı şekilde cezalandırmanın yerinde olmayacağı yönündeki görüş için bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Ceza Özel Hukuku* (19. Bs., Seçkin Yayıncılık 2021) 648.

¹⁵ “Hakaret suçunun oluşabilmesi için, bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını incitecek ölçüde, somut bir fiil veya olgu isnat etmek ya da yakıştırmalarda bulunmak ya da sövmek gerekmektedir. Kişiyeye isnat edilen somut fiil veya olgunun gerçek olup olmasının bir önemi yoktur. Isnadın ispatın konusu ayrıdır. Somut bir fiil ve olgu isnat etmek; isnat, mağdurun onur şeref ve saygınlığını incitecek nitelikte olacaktır. Mağdura yüklenen fiil ve olgunun belirli olması şarttır. Fiilin somut sayılabilmesi için, şahsa, şekle, konuya, yere ve zamana ilişkin unsurlar gösterilmiş olmalıdır. Bu unsurların tamamının birlikte söylenmesi şart değildir. Sözlerin isnat edilen fiili belirleyecek açıklıkta olması yeterlidir. Çoğu zaman isnat edilen fiil ve olgunun, hangi zaman ve yerde meydana geldiğinin belirtilmesi, onur ve saygınlığı incitecek niteliği tespit için yeterli olmaktadır. Tarafların sosyal durumları, sözlerin söylendiği yer ve söyleniş şekli, söylenmeden önceki olaylar nazara alınarak suç vasfı tayin olunmalıdır. Hakaretin kişiyi küçük düşürmeye yönelik olması gerekir. Kişiyeye onu toplum nazarında küçük düşürmek amaçlı belli bir siyasi kanaatin isnat edilmesi hâlinde de suç oluşacaktır. Bir kişiyeye yönelik sözlerin veya yapılan davranışın o kişiyi küçük düşürücü nitelikte olup olmadığını tayin ederken, topluma hâkim olan anlayışlar, örf ve adetler göz önünde bulundurulmalıdır.” Y. 15. CD. E. 2015/8256 K. 2015/31162 T. 11.11.2015 (www.



şekilde bir belirlemenin yapılması yeterlidir.¹⁶ Fiil isnadının belli ve gerçekleşmiş¹⁷ bir davranışın¹⁸; olgu isnadınınsa yine gerçekleşmiş belli bir olayın yakıştırılması şeklinde ifade edilmesi mümkündür.¹⁹ İsnat edilen fiilin ya da olgunun somut olarak nitelendirilebilmesi için doğruluğunun ya da yanlışlığının ortaya çıkarılabilecek nitelikte yani ispatlanmaya elverişli olması gereklidir.²⁰ Ancak duruma göre gerçekleşmemesine karşın, gerçekleşeceği belirtilen bir hususun sövme olarak kabul edilmesi mümkün olabilir.²¹ Bu kapsamda doğrulanabilir nitelikte bulunmayan ve salt bir değer yargısını ifade eden örneğin “şerefsiz”, “alçak”, “serseri” gibi sözler somut bir fiil ya da olgu olarak değil, sövme olarak nitelendirilir.²² Nitekim sövme bir kimseye küfretmek, bir kimseye aşağılayıcı bir sıfatın ya da değer yargısının²³ yani vasfın²⁴ izafe edilmesidir. Ancak burada manevi unsurun önem taşıdığı belirtilmelidir. Nitekim davranışın kişiyi küçük düşürmeye yönelik olması gereklidir²⁵ ki böylece suçun hukuki konusunun da ihlal edildiğinden bahsetmek olanaklı hale gelmektedir.²⁶

Hakaret suçunun hukuki konusunu şeref oluşturmaktadır.²⁷ Türk Dil Kurumu’nun sözlüğünde “şeref”in, “başkasının, birine gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, onur, toplumca benimsenmiş iyi şöhret” şeklinde tanımlandığı görülmektedir.²⁸ Bireyin sosyal değerini oluşturan şartların tümü bu kapsamda yer almaktadır. Yani bireyin içinde yer aldığı ortamda sahip olduğu değeri oluşturan dürüstlük, samimiyet gibi ahlaki; zekâsı, eğitimi, terbiyesi gibi entelektüelliği; sağlığı ve görünüşü gibi fiziki ya da diğer niteliklerinin

kazanci.com) (Erişim Tarihi: 6.5.2022)

¹⁶ Erman ve Özek (n. 10) 269-270.

¹⁷ Toroslu ve Toroslu (n. 5) 116-117.

¹⁸ Erman ve Özek (n. 10) 269.

¹⁹ “Olgu”nun sözlük anlamına bakıldığında, bu ifadenin TCK’da kullanılmasının yerinde olmadığı, nitekim fenomen ya da vakia şeklinde tanımlandığı, bir kimseye bir fenomenin isnadınınsa anlaşılır olmadığı yönünde bkz. Hafizoğulları ve Özen (n. 13) 237.

²⁰ Bayraktar, Keskin Kızıroğlu, Yıldız, Zafer, Aksoy Retornaz, Akyürek, Evik, Sınar, Altunç, Aytekin İnceoğlu, Erman, Erman Eroğlu (n. 2) 434.

²¹ Üzülmöz (n. 10) 48.

²² Hasan Sınar, ‘Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu ve Bu Suçun Karşılaştırmalı Hukukta Gelişen Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılması Eğilimi Yönünden Değerlendirilmesi’, (2014) 9 (24) Ceza Hukuku Dergisi, 75, 83.

²³ Hafizoğulları ve Özen (n. 13) 238.

²⁴ Erman ve Özek (n. 10) 369.

²⁵ TCK’nın 125. maddesinin gerekçesi için bkz. Şahin ve Özgenç (n. 3) 220-221.

²⁶ Örneğin bir kimseye üzüntü duyarak “kör” denilmesi halinde hakareten bahsedilemez. Bkz. Erman ve Özek (n. 10) 370

²⁷ Tezcan, Erdem ve Önok (n. 14) 634.

²⁸ Türk Dil Kurumu (n. 9) 2216.

tamamıdır.²⁹

Ceza hukuku şerefın sübjektif ve de objektif yansımalarını dikkate alır. Sübjektif yansımayla bireyin kendi niteliklerine ilişkin değerlendirmeleri, yani düşünceleri; objektif yansımasıyla bireyin kendi niteliklerine ilişkin diğer bireylerin değerlendirmeleri yani bir anlamda bireyin toplumda sahip olduğu itibar kast edilmektedir. Bu nedenle sübjektif yansıması kapsamında iç şeref bireysel ve öznelken; objektif yansıması kapsamında dış şeref nesnel ve toplumsal bir kavramdır.³⁰ Ancak her iki yansıma şekli bakımından şerefın esasında sosyal bir kavram olduğu belirtilmelidir. Nitekim objektif yansımada şeref, başkalarının birey hakkındaki düşüncelerinden oluştuğundan sosyal bir topluluğu gerektirmektedir. Yine sübjektif yansıması bakımından da bireyin kendisi hakkındaki değerlendirmesinin esasında son tahlilde başkalarının kendisi hakkındaki düşüncelerine ve düşüneceklerine dayanması söz konusudur.³¹ Ayrıca şerefın objektif yansıması, bireyin insan onuruna dayalı olarak bir insana haklı olarak tanınan değer olup bu değere saygı duyulması yönündeki talebi bünyesinde barındırmaktadır.³² TCK'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında “onur, şeref ve saygın”lık ifadeleri şerefın bu her iki yansımasına tekabül etmektedir.³³ Nitekim onur ve şeref ifadelerinin iç, saygınlığın ise dış şerefe tekabül ettiği anlaşılmaktadır.³⁴ Söz konusu durumu ifade etmek üzere şerefın düalist yansımasından da bahsedilmektedir ve bu kapsamda suçun hukuki konusunu hem iç hem de dış şeref oluşturmaktadır.³⁵ Nitekim Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir.³⁶

²⁹ Toroslu ve Toroslu (n. 5) 105.

³⁰ Erman (n. 8) 1; Tezcan, Erdem ve Önok (n. 14) 635.

³¹ Erman ve Özek (n. 10) 255. Nitekim bireyin maruz kaldığı hakaret, toplum içindeki yerini ve kimliğini sorgulamasına sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bkz. Sınar (n. 22) 77.

³² Tezcan, Erdem ve Önok (n. 14) 635.

³³ Toroslu ve Toroslu (n. 5) 105-107. Şerefın sübjektif yansıması için “fiili”, objektif yansıması içinse “normatif” şeref ifadelerinin de kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Jörg Eisele ve Ulrike Schittenhelm, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar* (30. Aufl., Der Verlag C.H.BECK 2019) Vorbemerkungen zu den §§ 185 ff., Rn. 1.

³⁴ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n. 8) 501.

³⁵ TCK'da hem yüze karşı hem gıyapta hem de alenen hakaretin cezalandırılması da düalist yansımanın bir görünümüdür. Bkz. Aydın (n. 8) 882.

³⁶ “Hakaret ve sövme suçlarında korunan hukuki yarar, kişilerin onur ve sosyal saygınlıklarıdır. Hukuk düzeni her insanın ve ayrıca gösterdiği diğer varlıkların saygın ve onur sahibi olduklarını kabul eder. Kişinin manevi tamlığını ifade eden onur kavramı sübjektif anlamda, ferdin kendi onuru hakkında beslediği düşünceleri (şeref ve haysiyet), objektif anlamda ise diğer insanların o kişi hakkındaki düşüncelerini (şöhret) içerir. Ferdin sosyal değerini belirleyen koşulların bütününi oluşturan şeref ve şöhret kavramları, iç hukukta olduğu gibi uluslararası sözleşmelerle de korunmuştur.” YCGK E. 2003/4-37 K. 2003/25 T. 4.3.2003 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 20.05.2022)



Hakaret suçuyla ihlal edilen esasında şerefın bizatihi kendisi değil, bireyin kendi toplumsal değeri hakkındaki duygu ya da düşüncesi ile bireyin toplumda sahip olduğu itibarıdır. Zira nitelikler bütünü olan şeref ne ise o olup, bireyin öz değerinin hiçbir şekilde başka bir kimse tarafından zarara ya da tehlikeye sokulamayacağı belirtilmelidir. Bireyin kendi toplumsal değerine ilişkin duygu ve düşüncesinin ihlali, bir bireyin diğer bir bireye yönelik şerefını kırıcı fiiller ya da nitelikler yöneltmesi halinde söz konusu olur. Zira bir bireyin başka bir bireye karşı bir fiil isnat etmesi ya da nitelik yakıştırması, bireyde küçülme duygusuna ve bu duygu nedeniyle de manevi açıdan acı duymasına sebebiyet verir.³⁷ Bu kapsamda öğretide hakaret suçunun zarar mı yoksa tehlike suçu mu olduğu hususunda tartışmalar bulunmaktadır. Şeref duygusu ve saygınlık yani itibar esasında manevi varlıklar olup söz konusu varlıklar bakımından ne zaman gerçek bir zararın ne zamansa bir zarar ihtimalinin gerçekleştiğinin belirlenmesi kolay değildir. Bu nedenle ağırlıklı görüş bu suçun tehlike suçu olduğu yönündedir. Nitekim bu suçta mağdurun başkaları nezdindeki saygınlığının azalması ya da yok edilmesi gerekli olmadığı gibi yine aynı şekilde kendisi hakkındaki saygınlık düşüncesinin azalması ya da yok edilmesi de gerekli değildir.³⁸ Bu kapsamda mağdurun onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek şekilde bir isnadın ya da değer yargısının açıklanmasıysa birlikte suç da işlenmiş olduğundan ve de mağdurun gerçekten onur, şeref ve saygınlığının rencide edilmesi gerekmediğinden³⁹ somut değil, soyut tehlike suçu söz konusudur.⁴⁰

Hakaret suçunun tamamlanabilmesi, hakaret oluşturan ifadenin muhatabına ya da diğer kimselerce öğrenilmesini yani algılanmasını gerektirmektedir.⁴¹ Hakaret suçu tehlike suçu olduğundan, anlama ve isteme yeteneği bulunmayan kimselerin dahi⁴² şerefın objektif yansıması uyarınca korunduğu ifade edilmelidir. Nitekim bu kimseler her ne kadar şeref duygusundan yoksun ve hakkında söylenen sözlerden etkilenme yeteneğine sahip bulunmasa da içinde buldukları ortamda saygınlığa yani itibara sahiptirler ve TCK'nın 125. maddesiyle bu saygınlığı tehlikeye koyan davranışların cezalandırılması söz konusudur.⁴³ Zira kendi şerefine ilişkin değerinden bağımsız olarak bizatihi insan olması sebebiyle tanınan değere sahip olan her bir kimse bu suçun mağ-

³⁷ Toroslu ve Toroslu (n. 5) 105-106.

³⁸ Erman ve Özek (n. 10) 265; Toroslu ve Toroslu (n. 5) 108-109.

³⁹ Soyaslan (n. 6) 312. Bu nedenle suçun sırf hareket suçu niteliğinde olduğu yönünde bkz. Gökcan ve Artuç (n. 12) 4623.

⁴⁰ Tezcan, Erdem ve Önok (n. 14) 635; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n. 8) 511; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (5. Bs., Beta Yayıncılık 2021) 234.

⁴¹ Toroslu ve Toroslu (n. 5) s. 108.

⁴² Hafizoğulları ve Özen (n. 13) 236.

⁴³ Erman ve Özek (n. 10) 265.

duru olabilir. Bu nedenle geçmiş, sosyal ya da adli yahut da işi nedeniyle başkalarının “şerefsiz” olarak nitelendirilen kimselerin de TCK’nın 125. maddesi uyarınca ceza hukuku açısından korunmaya değer şerefleri bulunmaktadır.⁴⁴ Nitekim İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sinin (İHEB) 1. maddesinin 1. cümlesi uyarınca “Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar.” Bu kapsamda şeref yani onur bakımından toplumsal çevrede insanlar arasında herhangi bir farklılaşmanın gözetilemeyeceği ifade edilmelidir.⁴⁵ Yine Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın “İnsan saygınlığı” başlığını taşıyan 1. maddesi “insan saygınlığı ihlal edilemez; saygı gösterilmeli ve korunmalıdır” şeklinde olup, uluslararası düzeyde de şeref güvence altına alınmaktadır.⁴⁶ Anayasa’nın 17. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bireyin manevi varlığı kapsamında şerefin ulusal düzeyde koruma altına alındığı görülmektedir.⁴⁷

II. GERÇEKLEŞTİRİLEN DAVRANIŞIN HAKARET OLUŞTURUP OLUŞTURMADIĞI HUSUSUNDAKİ NİSBİLİK

Gerçekleştirilen somut bir fiil ya da olgu isnadının yahut da sövmenin bir kimsenin “onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte” olup olmadığının yani hakaret oluşturup oluşturmadığının belirlenmesinde bunun objektif olarak sıradan bir kişi üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi gereklidir. Ancak bu gerçekleştirilirken, suçun işlendiği zamanın,⁴⁸ mağdurun sıfatının, ülke kamuoyunun ve de örf ve adetin bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak bir kişinin oldukça aşırı bir duyarlılığa ya da alingan bir yapıya sahip olması bu soruya verilecek cevabı değiştirmeyecektir.⁴⁹ Yine faille mağdur arasındaki samimiyetin ölçüsü, niteliği, şekli, failin ve mağdurun yaşı, siyasi kariyeri, eğitim ve öğretim durumlarının da dikkate alınması gerekmektedir.⁵⁰

Hakaret suçunun ifade özgürlüğü ve de adil yargılanma hakkıyla olan yakın ilişkisi karşısında kanunkoyucu bu suç bakımından “iddia ve savunulma dokunulmazlığı” ve de “isnadın ispatı”nı ayrıca ve özel olarak düzenleme altına almıştır. Hakareti suç olarak düzenleme altına alan Batı Avrupa ülkelerine ba-

⁴⁴ Tezcan, Erdem ve Önok (n. 14) 637-638.

⁴⁵ Erman (n. 8) 2.

⁴⁶ Centel, Zafer ve Çakmut (n. 40) 234.

⁴⁷ Soyaslan (n. 6) 308-309.

⁴⁸ Nitekim tahkir edici nitelikteki bir fiilin aynı toplumda bir süre sonra tahkir edici nitelikte olmaması ya da tam tersi de mümkün olup, davranışın gerçekleştiği an esas alınarak bir değerlendirmenin yapılması gereklidir. Yine aynı durum, kullanılan ifadenin ülkenin bir yerinde tahkir edici nitelikte kabul edilmesi, başka bir yerindeyse bu şekilde kabul edilmemesi bakımından da geçerlidir. Bkz. Gökcan ve Artuç (n. 12) 4624.

⁴⁹ Soyaslan (n. 6) 312; Centel, Zafer ve Çakmut (n. 40) 249; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n. 8) 509; Aydın (n. 8) 891.

⁵⁰ Üzülmez (n. 10) 47.



kıldığındaysa bu suçun kapsamı ve uygulanması bakımından önemli farklılıkların bulunduğu görülmektedir. Nitekim bu ülkelerde hakaret suçunun yaptırımını olarak para cezasından hapis cezasına kadar değişkenliğin bulunduğu yine isnadın ispatının da mutlak bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmediği belirtilmelidir.⁵¹ Özellikle de somut bir fiil ya da olgu isnadı bakımından isnadın ispatının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi önerilmektedir. TCK'nın 127. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde “ceza verilmez” ifadesine yer verilmesi karşısında, Türk hukuk sistemi bakımından isnadın ispatının hukuka uygunluk nedeni⁵² olarak mı yoksa şahsi cezasızlık sebebi⁵³ olarak mı öngörüldüğünün öğretide tartışmalı olduğu görülmektedir.⁵⁴ Yine bu maddenin uygulanma koşullarının sınırlı olduğu da belirtilmelidir.⁵⁵ Nitekim hükmün 1. fıkrası uyarınca “İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, isnat ispatlanmış sayılır. Bunun dışındaki hallerde isnadın ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır.” Ayrıca 2. fıkrasına göreyse “İspat edilmiş fiilinden söz edilerek kişiye hakaret edilmesi halinde, cezaya hükmedilir.” Yine Anayasa'nın 39. maddesi uyarınca da “Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır.” Fark edileceği üzere TCK'nın 127. maddesiyle Anayasa'nın 39. maddesi de örtüşmemektedir. Bu nedenle öğretide yerinde olarak TCK'nın 127. maddesinin anayasaya uygunluğunun tartışmalı hale geldiği dile getirilmektedir.⁵⁶ Ayrıca isnadın ispatının yalnızca somut bir fiil ya da olgu bakımından geçerli olduğu, sövme bakımından geçerli olmayacağı ifade edilmelidir.⁵⁷

⁵¹ Sınar (n. 22) 112.

⁵² Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel hükümler* (4. Bs., Adalet Yayınevi 2017) 447.

⁵³ Öykü Didem Aydın, ‘Ceza Hukuku’nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu’, (2004) (53) TBBD 63, 112.

⁵⁴ Bayraktar, Keskin Kızıroğlu, Yıldız, Zafer, Aksoy Retornaz, Akyürek, Evik, Sınar, Altunç, Aytekin İnceoğlu, Erman, Erman Eroğlu (n. 2) 456.

⁵⁵ Gökcan ve Artuç (n. 12) 4626.

⁵⁶ Bayraktar, Keskin Kızıroğlu, Yıldız, Zafer, Aksoy Retornaz, Akyürek, Evik, Sınar, Altunç, Aytekin İnceoğlu, Erman, Erman Eroğlu (n. 2) 458.

⁵⁷ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcan ve Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (15. Bs., Adalet Yayınevi 2015) 516; Üzülmez (n. 10) 60; Yenidünya ve Alşahin (n. 3) 81-82.

Bu suçun haber verme ve eleştiri hakkıyla da yakından bir ilişki halinde olduğu ifade edilmelidir.⁵⁸ Nitekim eleştirinin övgü ya da beğeni şeklinde olması zorunlu olmayıp sert ve kışkırtıcı ifadeler içermesi mümkündür. Ancak bu durumun eleştirilen kişinin kişilik haklarının ihlal edilmesi bakımından bir gerekçe oluşturamayacağı da belirtilmelidir.⁵⁹ Politik kişiliğe sahip olan kimse-ler bakımındansa eleştirinin sınırlarının daha geniş şekilde kabulü gerekmektedir.⁶⁰ Nitekim eleştirel her bir görüşe varlık kazandırabilmek ve özellikle de toplumu ilgilendiren konular bakımından ifade özgürlüğünün korunmasının gerekliliği yadsınmaz. Bu kapsamda ifade özgürlüğünün geniş şekilde yorumlanması aşırı olarak nitelendirilmesi mümkün olan bazı görüşlerin bir dereceye kadar normal olarak kabul edilmesini, bunlara hoşgörülü yaklaşılmasını ve böylece toplumun kendisinden vazgeçmemesi gereken çoğulculuğun ve geniş fikirli olmanın bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.⁶¹ Zira ifade özgürlüğü toplumun yeterince bilgi edinmesini ve böylece toplumsal refahın sağlanmasını garantilemektedir. Bu kapsamda demokratik bir toplumun özgürlüklerinden prim vermemesi gereklidir.⁶²

Eleştiri halinde artık ortada hukuka uygun bir fiil bulunmakta ve hakaret suçundan bahsetmek olanaklı olmamaktadır.⁶³ Uygulamada da Yargıtay'ın son dönemlerde eleştiri hakkına vurgu yapmak suretiyle ifade özgürlüğünü koruyucu bir tutum içinde olduğu görülmektedir.⁶⁴ Yine benzer yönde Yargıtay,

⁵⁸ Sınar (n. 22) 75.

⁵⁹ Aydın (n. 8) 898.

⁶⁰ Tezcan, Erdem ve Önok (n. 14) 644.

⁶¹ Tezcan, Erdem ve Önok (n. 14) 665.

⁶² Christopher Phiri, 'Criminal Defamation Put to the Test: A Law and Economics Perspective' (2021) 9 U Balt J Media L & Ethics 49, 63.

⁶³ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n. 8) 509.

⁶⁴ "inceleme konusu somut olayda; Bizim Antalya Gazetesi ve gazetenin internet sitesinde katılan hakkında yapılan haberler ve yayınlanan röportaj içeriğinde "sizi tehdit ederken M. Bey'in milletvekili yönünü mü kullanıyor", "..... yalan söylüyor.", ".....'e nasıl bağırdı", "1 yıl 8 ay hapis cezasını kim aldı", "... sanığı korudu mu?", "Mağdureyi işten neden attı?", "... eşim başbakan yardımcısı seni hapse attırırız diye tehdit etti mi?", "Mağdure..., Ak Parti ile nasıl tehdit edildi?", "Biz Ak Partiyiz sana iftira atarız" şeklindeki ifadelerle yer verildiği anlaşılmaktadır. Öncelikle belirtilmelidir ki, haber içeriğinde yer verilen ifadelerin rahatsız edici olduğu açık bir şekilde anlaşılacakla birlikte, haberde yer alan ifadelerin ve haber başlığının, Anayasa ve AİHS ve AİHM içtihatlarında özel bir önem atfedilen, ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir... sanığın genel yayın yönetmeni olduğu gazetede yapılan haber metinlerinde ve sanık tarafından yapılan röportajda kullanılan bazı ifadeler olgusal bir temele sahip değer yargısı niteliğine sahiptir. Bu itibarla somut bir fiil ya da olgu isnat etmek şeklinde kabul edilemezler. Birtakım ifadeler ise somut bir olguya işaret etmekle birlikte, yazı ve röportaj içeriği gerçek bilgilere dayanmakta ve bu bilgilerle diğer kişilerin aldatılması amaçlanmamaktadır. AİHM içtihatlarında da belirtildiği üzere, özellikle gazeteciler bir dereceye kadar abartma hakkına sahiptirler. Yazı ve röportaj içeriğindeki ifadeler, söylendiği yer ve zaman unsurları da gözetildiğinde katılanın onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmayıp, eleştiri niteliğindedir. Aksi düşünce,



sanıklar tarafından sarf edilen bazı sözleri “muhatapların onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmayıp, rahatsız edici, kaba ve nezaket dışı hitap tarzı” şeklinde değerlendirerek hakaret suçunun unsurlarının oluşmaması nedeniyle sanıklar hakkında beraat hükmü vermektedir.⁶⁵ Bu kapsamda örnek olarak “lan” ya da “ulan” ifadelerinin kullanılması verilebilir. Nitekim YCGK 2015/124 sayılı kararında⁶⁶ “lan” ifadesini hakaret olarak değerlendirmişken,

suçla korunmak istenen değeri ölçüsüz bir şekilde genişletmek ve ifade özgürlüğünü ön plana çıkaran evrensel hukuk düşüncesiyle bağdaşmayan bir yorum anlamına gelebilecektir. Bu itibarla, hakaret suçunun unsurlarının somut olayda oluşmadığı gözetilmeden, sanığın beraati yerine, hükümlülük kararı verilmesi hukuka aykırıdır.” Y. 4. CD. E. 2021/4694 K. 2021/11709 T. 5.4.2021 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 8.4.2022)

⁶⁵ “Hakaret fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer, kişilerin onur, şeref ve saygınlığı olup, bu suçun oluşabilmesi için, davranışın kişiyi küçük düşürmeye matuf olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Bir hareketin tahkir edici olup olmadığı bazı durumlarda nispi olup, zamana, yere ve duruma göre değişebilmektedir. Kamu görevlileri veya sivil vatandaşa yönelik her türlü ağır eleştiri veya rahatsız edici sözlerin hakaret suçu bağlamında değerlendirilmemesi, sözlerin açıkça, onur, şeref, ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnadını veya sövme fiilini oluşturması gerekmektedir. Olay günü sanıkların müşterilere söylediği kabul edilen ‘sizler yalakasınız’ şeklindeki sözlerin, muhatapların onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmayıp, rahatsız edici, kaba ve nezaket dışı hitap tarzı niteliğinde olduğu, dolayısıyla hakaret suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilmeden, sanıkların beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi,” Y. 4. CD. E. 2019/4890 K. 2021/27093 T. 22.11.2021; “Olay günü sanığın, katılana söylediği kabul edilen ‘bu ne biçim avukat bu avukat iş bilmiyor’ şeklindeki sözlerin, muhatabın onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmayıp, rahatsız edici, kaba ve nezaket dışı söz niteliğinde olduğu ve hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, kanuni olmayan ve yerinde görülmeleyen gerekçe ile hakaret suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi,” Y. 4. CD. E. 2020/19688 K. 2021/15090 T. 24.5.2021 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 8.4.2022); “Somut olayda sanığın görevliye hitaben: ‘Sen karışma trafikçi tenekeci.’ şeklindeki nezaket dışı kaba hitap tarzı niteliğindeki ifadelerin, mağdurun onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmaması nedeniyle hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığının gözetilmemesi, Kabule göre de; Seçimlik ceza öngören hakaret suçunda tercih edilen hapis cezasının adli para cezasına çevrilemeyeceğinin gözetilmemesi suretiyle TCK’nın 50/2 maddesine aykırı davranılması,” Y. 18. CD. E. 2018/7884 K. 2020/130 T. 13.1.2020 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 3.5.2022)

⁶⁶ “Olay günü karakola ait araçlar için tahsis edilmiş park yerine aracını park etmek istemesi nedeniyle çevre koruma nöbetçisi olan polis memuru müşteki ile tartışan ve tepkili biçimde aracını patinaj yaptırarak hızlı bir şekilde bulunduğu yerden alarak başka bir yere park edip geri gelen sanığın, karakola girmek istediğinde kendisine nereye gideceğini soran müştekiye hitaben ‘sana ne lan, sen kimsin, ben istediğim yere gider, istediğim yerden çıkarım, bana kimse karışamaz’ şeklinde sözler söylediği, sanığın olumsuz tavrını sözüyle pekiştirdiği, davranışlarının bir bütün halinde görevini yapmakta olan müşteki polis memurunu tahkir etmek amacıyla ve müştekinin onur, şeref ve saygınlığını rencide edecek nitelikte olduğundan sövmek suretiyle işlenen, hakaret suçunun yasal unsurlarının oluştuğu kabul edilmelidir.” YCGK E. 2014/4-756 K. 2015/124 T. 21.4.2015 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 8.4.2022)

yine Y. 4. CD de 2009/10002 sayılı kararında⁶⁷ “ulan” ifadesini hakaret olarak kabul etmişken, yine benzer somut diğer bir olayda kullanılan “lan” ifadesini Y. 4. CD, 2021/26608 sayılı kararında hakaret olarak değerlendirmemiştir.⁶⁸ Y. 4. CD’nin güncel kararlarında da “lan” ya da “ulan” ifadelerinin hakaret oluşturmadığına ilişkin bu kabulün devam ettiği görülmektedir.⁶⁹ Yine Y. 18. CD’nin de görüşü bu yöndedir.⁷⁰

Yine benzer durum “terbiyesiz” ifadesi için de geçerli olup Yargıtay’ın uygulamasında daha önceden bu ifade hakaret kapsamında değerlendirilmekteyken⁷¹ artık hakaret olarak kabul edilmemektedir.⁷² Öğretide de belirttiği

⁶⁷ “Sanığın, yaralama olayı nedeniyle kendisini karakola davet eden, görevli polis memurunun silahını kendisine zarar vereceğinden bahisle almaya kalkışması ve görevlilere “ulan siz kim oluyorsunuz” biçimindeki sözler ile hakaret etmesi şeklinde gerçekleşen eylemlerinde görevlilere karşı cebir, şiddet ve tehdit fiili olmaması nedeniyle görevi yaptırmamak için direnme suçunun unsurlarını oluşturmayan görevlilere hakaret suçunun oluşturduğu gözetilmeden, sanığın beraatine kararı verilmesi,” Y. 4. CD. E. 2007/12044 K. 2009/10002 T. 25.5.2009 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 8.4.2022)

⁶⁸ Y. 4. CD. E. 2021/31536 K. 2021/26608 T. 9.11.2021 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 8.4.2022)

⁶⁹ “Somut olayda sanığın, mağdur jandarmaya yönelik: “ulan” şeklindeki sözü mağdurun onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmayıp rahatsız edici, kaba ve nezaket dışı söz niteliğinde olduğu ve kamu görevlisine hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, kanuni olmayan ve yerinde görülmemen gerekçe ile hakaret suçundan mahkumiyet kararı verilmesi,” Y. 4. CD. E. 2020/26174 K. 2021/1851 T. 25.1.2021; “sanığın, polis memuru olan olan mağdurlara yönelik sarfettiği “Biz TC polisine kimlik falan vermeyiz lan” biçimindeki kaba hitap tarzı niteliğindeki sözlerinin, muhatabının onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmaması nedeniyle bu mağdura yönelik hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, mahkumiyet kararı verilmesi,” Y. 4. CD. E. 2019/4334 K. 2021/26460 T. 8.11.2021 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 8.4.2022)

⁷⁰ “Somut olayda sanıkların, kolluk görevlilerine yönelttiği iddiası olan “lan” kelimesi içeren ifadelerin mağdur, müşteki ve katılanların onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmayıp, rahatsız edici, kaba ve nezaket dışı söz niteliğinde olduğu ve hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, kanuni olmayan ve yerinde görülmemen gerekçe ile hakaret suçundan mahkumiyet kararları verilmesi,” Y. 18. CD. E. 2017/852 K. 2019/4147 T. 4.3.2019 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 8.4.2022)

⁷¹ “Sanığın, olay günü boşanma davası nedeniyle kendisine avukat bulmak amacıyla adliyeye giderek rastgele mahkeme kalemine girdiği ve Aliğa Asliye Hukuk Mahkemesinde zabıt katibi olarak görev yapan mağdur N. Z. “avukat arıyorum avukat nerede “ diye sorduğu , mağdurun ayağa kalkmak isterken rahatsızlığı nedeni ile bacağına kramp girmesi ile doğrulamadığı ve acı çekmesinden dolayı sanığa cevap veremediği, bu sırada sanığın mağdura “sana soru sordum bana neden cevap vermiyorsun, cevap versene” diyerek bağırduğu, mağdurun ayağına kramp girdiğini ve bu nedenle cevap veremediğini söylemesi üzerine bu kez mağdura hitaben “terbiyesiz, bana cevap vereceksin” şeklindeki sözlerle hakaret ettiğinin anlaşılması karşısında, söylenen sözlerin mağdurun görevinden kaynaklanmadığı ve TCK’nın 125/1. maddesi kapsamında kaldığı gözetilmeden, yetersiz gerekçe ile aynı Kanunun 125/3-a maddesinin uygulanması,” Y. 4. CD. E. 2012/24925 K. 2014/1338 T. 21.1.2014 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 8.4.2022)

⁷² “İncelenen somut olayda; sanık ...’ün katılana hitaben söylediği “terbiyesiz, saygısız, insan ilişkileri kötü birisiniz” şeklinde kaba hitap tarzı niteliğindeki sözlerinin, mağdurun onur;



üzere Yargıtay'ın bu yaklaşımı isabetlidir. Ancak bu durum uygulamada aynı ve benzer durumlarla ilgili olarak farklı kararların çıkmasına sebebiyet vermektedir.⁷³ Nitekim kullanılan bir ifadenin hakaret mi yoksa kabalık mı, nezaketsizlik mi oluşturduğu nisbidir.⁷⁴ Örneğin öğretilde nezaketsiz ve kaba şekilde nitelendirilmesi mümkün olan davranışların her ne kadar hakaret suçunun manevi unsuru kapsamında değerlendirilmesinden bahsedilemeyeceği belirtilmekteyse de şayet söz konusu söz veya davranışlar aşağılamak için gerçekleştiriliyorsa artık hakaretin varlığından bahsedilmesinin gerekli olduğu da ifade edilmektedir.⁷⁵ Bu kapsamda bir davranışın hakaret oluşturup oluşturmadığı, zamana, yere ve duruma göre farklılık arz edebilmektedir.⁷⁶ Söz konusu nisbilik karşısında ceza hukukunun devreye girerek bir kimse hakkında mahkumiyet hükmünün verilme olasılığının bireylerin temel hak ve özgürlükleri bakımından bünyesinde tehlikeyi barındırdığının önemle altının çizilmesi gereklidir.

Yargıtay'ın söz konusu yaklaşımıyla, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) hakaret suçu karşılığında hapis cezasının uygulanmasının ifade özgürlüğü bakımından ağır bir yaptırım olması nedeniyle verdiği ihlal kararları bakımından, Türkiye'nin AİHM karşısında zor bir duruma düşmesinin önüne geçilmektedir.⁷⁷ Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) de yaklaşımını görebilmek için "Özün Kanbay" başvurusuna bakmakta fayda vardır. Başvurucunun "Facebook'ta yer alan ve üçüncü bir şahsa ait bir hesapta" yayınlanan bir mesajın altına "[R.E.] denen haddini bilmez kadına sesleniyorum..." şeklindeki kendi yorumunu eklemesiyle ilgili olarak başvuru hakkında söz konusu yorumu üzerine hakaret suçundan dolayı kamu davası açılmış ve hakaret suçundan dolayı "Manisa 3. Sulh Ceza Mahkemesi 4/3/2014 tarihinde başvuru hakkındaki hakaret suçundan 1.800 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına kesin olarak karar vermiştir." Bu kararın kesinleşmesi üzerine başvuru AYM'ye ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunmuştur. AYM esas yönünden incelemesini "müdahalenin varlığı" (başvurucunun ifade ettiği görüşü nedeniyle adli para cezasıyla cezalandırılması ifade özgürlüğüne müdahalenin varlığını göstermektedir), "müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı" yönlerinden incelemektedir. "Müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı"ni ise "kanuni-

şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmaması nedeniyle hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurularak, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi hukuka aykırı görülmüştür." Y. 4. CD. E. 2020/30484 K. 2021/3400 T. 8.2.2021 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 8.4.2022)

⁷³ Tezcan, Erdem ve Önok (n. 14) 643.

⁷⁴ Soyaslan (n. 6) 319, 323.

⁷⁵ Aydın (n. 8) 889.

⁷⁶ Gökcan ve Artuç (n. 12) 4623-4624.

⁷⁷ Tezcan, Erdem ve Önok (n. 14) 634.

lik” (TCK’nın 125. maddesiyle Anayasa’nın 13. maddesinde düzenleme altına alınan kanunla sınırlama ölçütü karşılanmaktadır) “meşru amaç” (bahsi geçen müdahale “başkalarının şöhret veya haklarının” korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğundan meşru amacı taşımaktadır) ve “demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük” kapsamında incelemektedir. Bu başvuruda AYM, ilk derece mahkemesi tarafından başvurucu hakkında mahkûmiyet hükmü verilmesiyle başvurucunun ifade özgürlüğüyle, müştekinin şerefine ve itibarına saygı hakkı arasında dengenin kurulmadığını, başvurucunun kullandığı bu ifadeyle eleştiri hakkını kullandığını, ayrıca başvurucu tarafından kullanılan “haddini bilmez” ifadesi bakımından “Türk Dil Kurumu Sözlüğü”ne göre “had” kelimesi”nin ““sınır, uç”, “haddini bilmek” deyimini”ninse “kendi “değer ve yeteneğinin farkında olmak ve konumuna, durumuna uygun davranmak” anlamları”na geldiğini”i belirttiikten sonra başvurucu tarafından bu ifadenin “durumuna uygun davranmayan, sınırını aşan kişi anlamında kullanıldığı”nı, bu kapsamda müştekiyi ağır bir şekilde eleştirmek dışında bir amacın bulunmadığını, ilk derece mahkemesince “başvurucunun ifade özgürlüğü karşısında müştekinin şeref ve itibarının korunmasındaki üstün yararı”n gösterilemediğini, başvurucu hakkında adli para cezasının verilmesinin “demokratik toplumda gerekli olduğu”ndan bahsedilemeyeceğini belirterek başvurucunun “Anayasa’nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine” karar vermiştir.⁷⁸ AYM’nin söz konusu kararı, hakaret suçuyla ilgili olarak başvurucu hakkında verilen mahkûmiyet hükmü bakımından ihlal gördüğü tek karar değildir. Benzer gerekçelerle verdiği pek çok karar bulunmaktadır.⁷⁹ Söz konusu durum da esasen hakaretin nis-

⁷⁸ “Anayasa Mahkemesi benzer başvurularda, başvurucunun cezalandırılmasına ilişkin derece mahkemelerinin kararlarında başvurucunun ifade özgürlüğü ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediğini değerlendirmektedir (Nilgün Halloran, §§ 27, 41, 52; Ergün Poyraz (2), § 56; İlhan Cihaner (2), § 39; Kemal Kılıçdaroğlu, §§ 56-58). Bu, soyut bir değerlendirme değildir. Anayasa Mahkemesi ilke olarak; i. Başvurucu tarafından yapılan düşünce açıklamalarının tamamının söylendiği bağlamdan kopartılmaksızın olayın bütünselliği içinde değerlendirilip değerlendirilmediğini, ii. Müdahaleyi haklı göstermek için ulusal makamlar tarafından ortaya konan gerekçelerin “ilgili ve yeterli” görünüp görünmediğini, iii. Başvuru konusu olan müdahalenin “gözetilen meşru amaçla orantılı” olup olmadığını inceler. Bu incelemeyi yaparken Anayasa Mahkemesi somut olaya uyduğu ölçüde; a. Başvurucunun kullandığı ifadelerin türünün, b. Kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesinin, c. İfadelere yönelik kısıtlamaların niteliğinin ve kapsamının, d. İfadelerin kimin tarafından dile getirildiğinin, kime yöneldiğinin, e. Kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğine bakar.” AYM, Özün Kanbay Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/5584, Karar Tarihi: 9.1.2018 (30319 sayılı 1.2.2018 tarihli Resmî Gazete)

⁷⁹ Yine bu kapsamda başvurucunun “gazeteci E.Y. ile birlikte her hafta Youtube isimli video paylaşım sitesinde Erzurum Haber TV kullanıcı adıyla yayımlanan Haftaya Bakış isimli bir haber yorum programı”nda bir milletvekili hakkında kullandığı ve bağlamından



bilgiğini göstermekte olup, bu nisbilik karşısında yaptırım olarak ceza hukuku yaptırımlarına başvurulması yerinde değildir.

III. HAKARETİN SUÇ OLMAKTAN ÇIKARILMASINA YÖNELİK EĞİLİM

Suçun ne olduğu sorunu kapsamında ilki biçimsel ikincisiyse öze ilişkin olmak üzere iki anlayış mevcuttur. Biçimsel anlayış uyarınca suç, kaynağını kandan alır ve suç, ceza kanununca öngörülen emrin ya da yasağın ihlalidir.⁸⁰ Bu kapsamda pozitivist bir yaklaşım benimsenmekte olup, davranış kuralının ihlaline tepki olarak uygulanan yaptırım, suçu diğer hukuka aykırı fiillerden ayırmaktadır.⁸¹ Kanunkoyucunun bir fiili suç saymasındaki nedenlere bakılmamaktadır. Suçun soyut bir yapı olarak, yani kanunkoyucu tarafından belirlenen bir norm halinde kavramsal görünümü söz konusudur. Ancak suçun somut bir yapı olarak yani hayatta gerçekleştirilen bir fiil olarak dikkate alınması da mümkündür. Olgusal denilen bu görünümünde suç, kanun tarafından biçimlendirilen tipi gerçekleştiren fiildir. Ayrıca söz konusu durumda bir fiilin suç olup olmadığının belirlenmesinde yalnızca somut olarak gerçekleşen fiilin kurala benzeşimi yeterli olmayıp aynı zamanda hukuka uygunluk nedenlerinin de bulunmaması gereklidir. Bu kapsamda suçun doğal olgular alemine değil normatif olgular alemine ait olduğu görülmektedir. Nitekim olgusal bakımdan deneye dayalı bir doğrulamanın değil, bireyin gerçekleştirdiği bir davranışı hakkındaki değer hükmünden ibarettir. Ortada bu şekilde ceza normuyla somutlaşan bir değerlendirme yoksa artık suçun varlığından da bahsedilemez.⁸²

Ceza hukuku biliminin, suçun gerçek mahiyetinin anlaşılabilmesi için özü yönünden ne olduğunu da açıklamak yönünde çabalarının olduğu görülmektedir. Nitekim suç, bireylerin davranışları üzerine kanunkoyucu tarafından

koparılmak suretiyle “iş takipçisi” şeklindeki ifade nedeniyle hakaret suçundan dolayı verilen mahkumiyet hükmüyle ilgili olarak bunun “başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahale için ilgili ve yeterli olarak kabul” edilemeyeceğini ve bu nedenle AYM’nin “Anayasa’nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü ile onun özel güvencelere bağlanmış şekli olan ve Anayasa’nın 28. maddesinde yer alan basın özgürlüğü”nün ihlal edildiği yönünde verdiği kararı için bkz. Cem Atmaca, Başvuru Numarası: 2018/6030, Karar Tarihi: 8/9/2021 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/6030>). Yine benzer yönde verilen diğer kararlar için bkz. Seray Şahiner Özkan, Başvuru Numarası: 2016/6439, Karar Tarihi: 9/6/2021 <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/6439>; Sami Küçükbaşkan, Başvuru Numarası: 2018/5571, Karar Tarihi: 8/9/2021 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/5571>).

⁸⁰ Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (26. Bs., Savaş Yayınevi 2021) 100.

⁸¹ Claire Finkelstein, ‘Positivism and the Notion of an Offense’ (2000) 88(2) California Law Review 335, 336.

⁸² Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen M, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (12. Bs., US-A Yayıncılık 2019) 151.

gerçekleştirilen bir değer hükmüyse de neden bazı davranışların suç olarak öngörüldüğü, bazı davranışlarına öngörülmediği karşısında suçun özünün ve suçu diğer hukuka aykırı fiillerden ayıran kriterlerin ne olduğu üzerinde durulmalıdır.⁸³ Ancak suçun öze ilişkin anlayışının genelleme işlemine başvurularak doğrudan pozitif hukuktan çıkarılması gereklidir. Aksi halde bireyin gerçekleştirdiği davranışın cezalandırılabilmesi için bulunması gerekli olan özelliklerin araştırılması faaliyeti, yalnızca olması gerekeni ifade eder. Bu durumsa yalnızca belirli bir görüş bakımından ve bu kapsamda belirli ahlaki, sosyal ya da politik idealler bakımından değer taşır. Bu nedenle özü bakımından suçun ahlaki düzeni ağır bir şekilde ihlal eden ya da doğruluk veya merhamet kurallarına ağır bir aykırılık oluşturan fiiller şeklinde anlaşılması gerektiğine ilişkin görüşler öğretilerde mevcutsa da bu görüşlerin pozitif düzenlemelere bakıldığında geçerli olmadığı görülmektedir. Nitekim ahlaka aykırı nitelik taşımayan fiillerin de yine yalnızca merhamet ya da doğruluk duygularını ihlal eden fiillerin de suç olarak düzenlenmediği görülmektedir.⁸⁴ Ayrıca özü bakımından suçun kanunkoyucunun takdirine göre toplumun varlığını ve korunmasını imkansız hale getiren ya da önemli ölçüde tehlikeye sokan fiiller şeklinde kabul edilmesi her ne kadar ağır ihlaller bakımından geçerliyse de nispeten hafif nitelikteki fiiller bakımından bu kabul geçerli değildir.⁸⁵ Bu kapsamda çalışmanın konusunu oluşturan hakaret suçunun örnek olarak verilmesi mümkündür. Yine toplumu geliştirici işleve sahip ceza normlarının bulunması da bu kabule engel oluşturmaktadır.⁸⁶

Öğretilerde suçla diğer hukuka aykırı fiiller arasındaki farkın ne olduğu tartışılmış ve öze ilişkin bir ölçüt bulunmak istenmişse de sonuç olarak niteliksel bir farklılığın olmadığı belirtilmelidir.⁸⁷ Fark tümüyle suçla diğer hukuka aykırı fiilleri birbirinden ayıran ihlale tepki olarak gösterilen tepkinin yani yaptırımın türüdür. Buna karşın söz konusu durumun tümüyle kanunkoyucunun keyfiyetinin eseri olduğu söylenemez. Nitekim yaptırımın türü şayet ceza olarak belirlenecekse, ceza sosyal topluluk bakımından da külfetli olduğundan yalnızca kanunkoyucunun cezasız olamayacağını kabul ettiğinde uygulanmalıdır.⁸⁸ Özellikle de bir fiilin suç mu yoksa kabahat olarak mı kabul edilmesi bakımından sürekli şekilde değişen ölçütlere dayanarak gerçekleştirilen değerlendirmeler de bu yorumu haklı kılmaktadır. Bu kapsamda suç olan bir fiilin suç olmaktan çıkartılarak kabahate dönüştürülmesi ya da tam tersi örnek ola-

⁸³ Finkelstein (n. 81) 336.

⁸⁴ Toroslu ve Toroslu (n. 80) 101.

⁸⁵ Hafizoğulları ve Özen (n. 82) 153.

⁸⁶ Toroslu ve Toroslu (n. 80) 102; Hafizoğulları ve Özen (n. 82) 153

⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hafizoğulları ve Özen (n. 82) 155-156.

⁸⁸ Toroslu ve Toroslu (n. 80) 104-107



arak verilebilir. Nitekim 5326 sayılı Kabahatler Kanunu⁸⁹ ile daha önce suç olarak kabul edilen bazı fiillerin kabahat olarak kabulü söz konusu olmuştur. Yine karşılaştırmalı hukuka bakıldığında bir fiilin suç olarak öngörülüp öngörülmemesindeki farklılıklar da bu yorumu desteklemektedir.⁹⁰ Söz konusu durum evrensel bir ceza hukuku düzeninden bahsedilmesine de engel oluşturmaktadır. Nitekim günümüzde aralarında ilkesel bazda önemli benzerlikler bulunmasına karşın farklı birçok ceza düzeninin bulunduğu görülmektedir.⁹¹ Bu kapsamda çalışmanın konusunu oluşturan hakaretin tüm hukuk düzenlerinde suç olarak düzenlenmemesi de söz konusu durumun göstergesidir.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında özellikle de basın yoluyla gerçekleştirilen hakaretin ifade özgürlüğüne getirdiği sınırlamalar sebebiyle suç olmaktan çıkarılması eğiliminin bulunduğu görülmektedir.⁹² Bu kapsamda yalnızca tazminatı gerektiren bir haksız fiil olarak düzenlenmesi yönünde öğretide de görüşler bulunmaktadır.⁹³ Nitekim hakaretin suç olarak düzenleme altına alınması, adeta basın yoluyla kamu görevlilerinin eleştirilmesi bakımından misillemeye ve medya üzerinde baskı kurmaya sebebiyet verebilmektedir.⁹⁴ Örneğin Anglosakson hukuk sisteminin geçmişten günümüze dek eğilimi, hakaret suçundan dolayı yargılamanın sınırlandırılması⁹⁵ ve aşamalı bir şekilde bunun suç olmaktan çıkartılmasına yöneliktir.⁹⁶

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) medya özgürlüğü temsilcisi de hakaretin suç olarak düzenlenmesinin, basın yoluyla ifade özgürlüğünün kullanılması bakımından önemli bir baskı unsuru niteliğini taşıdığı görüşüne sahiptir. Bu kapsamda hakaretin tamamen suç olmaktan çıkarılmasını ve bu tür uyuşmazlıkların uyuşmazlık çözüm organlarında veya hukuk mahkemelelerinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁹⁷ Buna karşın örneğin 2017 yılı itibariyle AGİT üyesi devletlerin dörtte üçünde halen hakaretin suç olarak

⁸⁹ 25772 (Mükerrer) sayılı 31.3.2005 tarihli Resmî Gazete

⁹⁰ Toroslu ve Toroslu (n. 80) 107-108.

⁹¹ Hafizoğulları ve Özen (n. 82) 154.

⁹² Sınar (n. 22) 75.

⁹³ Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (16. Bs., Beta Yayıncılık 2001) 276.

⁹⁴ United Nations A/HRC/20/17 (n. 1) 15; Richard N. Winfield ve Kristin Mendoza, 'The Abolition Movement: Decriminalizing Defamation and Insult Laws' (2007) 25 Comm Law 7, 7.

⁹⁵ Bu kapsamda örneğin Amerika'da hakaretin suç olarak düzenlenmiş olmasına ve sıklıkla işleniyor olmasına karşın, hakaret nedeniyle ceza davalarının oldukça nadiren açılması günümüzde ise hiç açılmaması söz konusu olmaktadır. Bkz. Robert A. Leflar, 'Social Utility of the Criminal Law of Defamation' (1956) 34 Tex L Rev 984, 984.

⁹⁶ John Van Der Berg, 'Should There Be a Crime of Defamation?' (1989) 106(2) South African Law Journal 276, 285.

⁹⁷ <https://www.osce.org/fom/decriminalization-of-defamation> (Erişim Tarihi: 26.05.2022)

mevzuatta varlığını sürdürdüğü ve hapis cezasının da hakaret nedeniyle açılan ceza davaları bakımından çoğu devlet açısından uygulanması muhtemel bir yaptırım olduğu rapor edilmektedir. Hakareti suç olmaktan çıkartan devletlerinse çoğunun Anglosakson hukuk sisteminin benimsendiği ülkeler ile Güney Doğu Avrupa ve Orta Asya’da yer alan ülkelerin bazıısı olduğu belirtilmektedir. Buna karşın Türkiye, Yunanistan, Portekiz, İtalya, Macaristan, Azerbaycan ve Orta Asya ülkelerinin bazılarında hakaretin suç olarak düzenlendiği ve önemli bir baskı unsuru olarak kullanıldığı ve sorunların bulunduğu işaret edilmektedir.⁹⁸ Kazakistan, San Marino, Belçika, Türkiye, Karadağ, Mozambik, Monako, Brunei, Laos, Rusya, Singapur, Tacikistan, Polonya, Libya hakaretin suç olmaktan çıkartılmasına yönelik Birleşmiş Milletler (BM) insan hakları organlarınınca tavsiyeye konu olmuştur.⁹⁹ Hatta İsviçre, Danimarka, Almanya gibi basın özgürlüğünün nispeten güçlü savunucuları olarak nitelendirilen devletlerde dahi basın mensupları hakkında hakaret nedeniyle mahkûmiyet hükmünün uygulandığı ifade edilmektedir.¹⁰⁰

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi de hakaretin suç olmaktan çıkarılması gerektiği görüşüne sahiptir. Hatta Konsey’in 2007 tarihli 1577 sayılı kararı “Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılmasına Doğru” şeklindedir. Bu kararın 1. maddesinde ifade özgürlüğünün demokrasinin temel taşı olduğu, 6. maddesinde hakaretin suç olarak düzenlenmesinin ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında bir baskı aracı olarak kullanıldığı, bu nedenle azami bir özen gösterilmek suretiyle bu suçun uygulama alanı bulması gerektiği, 17. maddesinde hakaret suçunun karşılığında hapis cezasının uygulanmaması, hakaret bakımından ceza muhakemesinin kötüye kullanılmaması ve savcılarının bağımsızlığının garanti altına alınması, hakaret teşkil eden ifadeler bakımından isnadın ispatı gibi güvencelerin tanınması, kamu görevlilerine karşı hakaret edilmesi bakımından daha yüksek bir korumanın sağlanmasına engel olunması ve bu kapsamda TCK’nın 125. maddesinin 3. fıkrasının gözden geçirilmesinin gerektiği yönünde Türkiye’ye çağrı yapıldığı, 10. maddesinde AGİT medya özgürlüğü temsilcisinin hakaretin suç olmaktan çıkarılmasına yönelik çabaları memnuniyetle karşıladığına, yine bu kararın 11. maddesinde çoğu üye ülkenin yasalarında hakaret suçu için hapis cezasının öngörülmesinin ve bunun etkin bir şekilde uygulanmasının endişe verici bir durum olduğuna işaret edilmiş ve söz konusu olumsuz duruma örnek olarak Türkiye ve Azerbaycan verilmiştir. 14. maddesindeyse hakaret fiili bakımından ölçsüz nitelikte olabilecek şekilde tazmi-

⁹⁸ Organization for Security and Co-Operation in Europe, The Representative on Freedom of the Media Dunja Mijatović, Defamation and Insult Laws in the OSCE Region: A Comparative Study, March 2017, 5.

⁹⁹ Keehn, Emily Nagisa, ‘Decriminalization and the U.N. Human Rights Bodies’ Research Working Paper Series 2018 (7) 38, dp. 316.

¹⁰⁰ Organization for Security and Co-Operation in Europe (n. 98) 5.



nata hükmedilmesinin dahi yerinde olmadığı ve söz konusu durumun AIHS'in 10. maddesini ihlal eder nitelikte olduğu belirtilmiştir.¹⁰¹ Buna karşın Avrupa Birliği'ne üye olan ve aday olan çoğu ülkede hakaret nedeniyle hapis cezasının uygulandığı belirtilmelidir.¹⁰² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM) ise hakaret nedeniyle başvuru haklarında hapis cezasına mahkûmiyet hükmünün verilemeyeceğini açıkça belirtmese de verdiği ihlal kararlarında dolaylı olarak adli para cezasının ya da tazminatın verilebileceğini desteklemekte ancak bunların da orantısız olmaması gerektiğini belirtmektedir.¹⁰³

Birleşmiş Milletler insan hakları organları da bizatihi hakaretin suç olarak düzenlenmesinin ifade özgürlüğüne müdahale oluşturduğu endişesiyle bu suç karşılığında hapis cezasının dahi kaldırılmasına bakılmaksızın hakaretin suç olmaktan çıkarılmasına yönelik tavsiyelerde bulunmaktadır.¹⁰⁴ Nitekim Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi 34 nolu Genel Görüşü'nün 47. paragrafında taraf devletlerin hakareti suç olmaktan çıkarma konusunu dikkate almaları, yalnızca çok ciddi olaylar bakımından ceza hukukuna başvurulması ancak bu durumda dahi hapis cezasının uygulanmamasının gerektiği belirtilmektedir.¹⁰⁵ Düşünce ve İfade Özgürlüğü Hakkının Geliştirilmesi ve Korunmasına İlişkin Özel Raportör'ün 4.6.2012 tarihli raporunda özellikle de kamu görevlilerinin politikalarının ya da bireysel faaliyetlerinin eleştirisi kapsamında basın özgürlüğü bakımından hakaretin önemli bir tehdit oluşturduğuna dikkat çekilmiştir. Rapora göre kamu görevlileri bakımından hakaretle ilgili olarak kamu görevlisi olmayanlara nazaran daha yüksek bir korumanın sağlanması yerinde değildir, nitekim bu kimselerin daha toleranslı olması gereklidir.¹⁰⁶ Kamu nezdinde bir itibara sahip kamu görevlisi bakımından suçun re'sen kovuşturulması, hakaretin esasında bireyin saygınlığının korunmasının ötesinde göz önünde olan kamu görevlilerin korunmasına ilişkin bir hüküm olarak görülmesine sebebiyet verecek niteliktedir. Bu kapsamda herkesin sahip olduğu saygınlık, yalnızca göz önünde olanların saygınlığının korunmasına hizmet etmekte-

¹⁰¹ Parliamentary Assembly, Resolution 1577 (2007), Towards Decriminalisation of Defamation

¹⁰² Nitekim 2016 yılında kaleme alınan bir çalışmada AB üyesi 28 devletten yalnızca üçünde (Birleşik Krallık, İrlanda ve Kıbrıs) hakaretin suç olarak düzenlenmediği, kalan 25'inden ise yalnızca 4'ünün (Romanya, Fransa, Hırvatistan ve Bulgaristan) haricinde diğerlerinde hakaret karşılığında hapis cezasının yaptırım olarak öngörüldüğü yönünde bkz. Aneta Spaic, Claire Nolasco ve Milos Novovic, 'Decriminalization of defamation e The Balkans case a temporary remedy or a long term solution?' (2016) 47 International Journal of Law, Crime and Justice 21, 22.

¹⁰³ Spaic, Nolasco ve Novovic (n. 102) 26.

¹⁰⁴ Keehn (n. 99) 35-36.

¹⁰⁵ United Nations CCPR/C/GC/34, International Covenant on Civil and Political Rights, Distr.: General 12 September 2011, Human Rights Committee 102nd session Geneva, 11-29 July 2011 General Comment No. 34, 12.

¹⁰⁶ United Nations A/HRC/20/17 (n. 1) 15.

dir.¹⁰⁷ Öğretide de TCK'da kamu görevlisine görevinden dolayı hakaretin hem cezanın daha fazla verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmesi hem de bu durumda suçun takibinin re'sen gerçekleştirileceğinin öngörülmesi; birey hak ve özgürlüklerinin korunması esasına dayanan çağın demokratik gereklerine uygun olmayıp bir anlamda "kutsal devlet" anlayışının görünümü olduğu yönünde eleştirilmektedir.¹⁰⁸ Bu kapsamda hakaretin suç olarak düzenlenmesini ifade etmek üzere "adli taciz" ifadesi kullanılmaktadır. Bizatihi hakaretin suç olarak düzenlenmesinin ve bu nedenle muhakemenin kendisinin dahi korku iklimi yarattığı ve oto sansüre sebep olacağı ifade edilmektedir.¹⁰⁹ Ayrıca ceza hukukuna gerekli olmadığı halde başvurmanın, ceza hukukunun bir anlamda otoritesini de azaltacak nitelikte olduğunun da altının çizilmesinde fayda vardır. Bu çerçevede yukarıda da bahsi geçen uluslararası kuruluşların girişimleriyle karşılaştırmalı hukukta hakaretin suç olmaktan çıkarılması ya da en azından karşılığında hapis cezasının verilmesinden vazgeçilmesi yönünde eğilimlerin bulunduğu görülmektedir.¹¹⁰

Hakaretin suç olmaktan çıkarılmasına yönelik eğilim, Türkiye Gazeteciler Cemiyeti tarafından da desteklenerek dile getirilmektedir.¹¹¹ Hem ulusal hem de uluslararası düzeyde insan hakları örgütleri, basın özgürlüğüyle ilgili topluluklar ve de medya kuruluşları hakaretin suç olmaktan çıkarılmasına yönelik görüşe sahiptir.¹¹² Bu kapsamda günümüzde hakaretin suç olarak düzenlenmesine ilişkin itirazların giderek arttığı gözlemlenmekteyse de hakaretin Kıta Avrupası'nda çoğu ülkede halen suç olarak öngörülmesi, ceza muhakemesinde medeni muhakemeye nazaran delil elde etmenin daha kolay olması, bireylerin şerefini korumak için hakaretin suç olarak düzenlenmesinin gerekli olduğu şeklindeki gerekçelerle hakaretin suç olarak öngörülmesinin yerinde olduğuna ilişkin görüşler de vardır.¹¹³ Yine insanın kişiliğinin maddi ve manevi varlığından oluştuğu nasıl ki maddi varlığı ceza hukuku kapsamında korunuyorsa manevi varlığının da aynı şekilde korunması gerektiği ifade edilmektedir. Aksinin kabulü insanın kişiliğinin tam olarak korunmasına imkân vermeyecektir

¹⁰⁷ Michael Kubiciel ve Thomas Winter, 'Globalisierungsfinten und Strafbarkeitsinseln – Ein Plädoyer für die Abschaffung des strafrechtlichen Ehrenschatzes' (2001) 113 (2) ZStW 305, 313-314.

¹⁰⁸ Bayraktar, Keskin Kızıroğlu, Yıldız, Zafer, Aksoy Retornaz, Akyürek, Evik, Sinar, Altunç, Aytakin İnceoğlu, Erman, Erman Eroğlu (n. 2) 449, 464.

¹⁰⁹ United Nations A/HRC/20/17 (n. 1) 10.

¹¹⁰ Sinar (n. 22) 75, 110-111.

¹¹¹ <https://www.tgc.org.tr/raporlar/basin-raporlari/1857-a%C4%9Fustos-2013-raporu-3.html> (Erişim Tarihi: 27.05.2022)

¹¹² Phiri (n. 62) 49.

¹¹³ Keehn (n. 99) 38



denilmektedir.¹¹⁴ Yine hakaretin suç olmaktan çıkarılmasını ve tümüyle özel hukuk yaptırımlarına tabi kılınmasını haklı kılacak herhangi bir makul gerekçenin bulunmadığı da öğretide savunulmaktadır. Hatta bu görüşe göre hakaret suç için öngörülen ceza yaptırımı ağır da değildir.¹¹⁵ Ayrıca öğretide hakaretin suç olmaktan çıkarılmasının Türkiye açısından henüz “erken”¹¹⁶ ve olanaklı olmadığı ifade edilmektedir. Nitekim mağdurun hakaret nedeniyle şerefi ihlal edilmekte ve bu durum bazı hallerde toplumsal varlığının ve de ekonomik olanaklarının yok olmasına dahi sebebiyet verebilme potansiyelini bünyesinde taşımaktadır. Buna karşın siyasetçiler, kamu görevlileri ve de kamuya kendi isteğiyle mal olan kişiler bakımından yine kamusal meselelerle ilgili tartışmalarla ilgili olarak cezasızlık ölçütlerinin ve isnadın ispatının daha esnek olarak uygulanması ve bilimsel ve sanatsal faaliyetlerle ilgili olarak da genel bir hukuka uygunluk nedeninin öngörülmesi önerilmektedir. Ayrıca kamu görevlisine görevi nedeniyle hakaretin özellikle de kamuoyunu ilgilendiren konularla ilgili olması durumunda cezanın daha fazla verilmesi yerine cezada indirim yapılmasını gerektiren bir neden olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir.¹¹⁷

Buna karşın hakaretin karşılığında özel hukuk yaptırımları dururken ceza hukuku yaptırımlarının uygulanması kaygı vericidir. Nitekim bizatihi ceza hukuku yaptırımı öngörülmesi özellikle de ifade özgürlüğü bakımından orantısız bir caydırıcılığa sebebiyet vermektedir.¹¹⁸ Hakaretin suç olarak düzenlenmesiyle birlikte bir yandan bireylerin hakarete uğramama yönündeki hakkıyla, ifade ve basın özgürlüğü çatışma halindedir. İfade ve basın özgürlüğünün önemi dikkate alındığında, bu çatışmanın dengelenebilmesi adına da hakaretin suç olmaktan çıkarılması gereklidir.¹¹⁹ Ayrıca hakaret nedeniyle özel hukuk yaptırımına hükmedilmesi ceza mahkûmiyetinin aksine birey hakkında sosyal etik bir kınamayı içermemektedir.¹²⁰ Zira bir kimse hakkında hakaret suçundan dolayı mahkûmiyet hükmü olarak hapis cezası değil, adli para cezasına hükmedilmesi halinde dahi 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’nun¹²¹ 4. maddesinin 1. fıkrasının uyarınca bu mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi halinde “adli sicile kaydedil”mesi gerekmektedir.

¹¹⁴ Erman (n. 8) 2; Erman ve Özek (n. 10) 255; Üzülmöz (n. 10) 41; Centel, Zafer ve Çakmut (n. 40) 233.

¹¹⁵ Eisele ve Schittenhelm (n. 33) Rn. 1a.

¹¹⁶ Aydın (n. 8) 914.

¹¹⁷ Aydın (n. 53) 113.

¹¹⁸ United Nations A/HRC/20/17 (n. 1) 10, 17-18.

¹¹⁹ Van Der Berg (n. 96) 279.

¹²⁰ Kubiciel ve Winter (n. 107) 328.

¹²¹ 25832 sayılı 1.6.2005 tarihli Resmî Gazete

Hakaretin suç olmadığı yalnızca özel hukuk yaptırımını gerektiren haksız bir fiil olarak öngörüldüğü ülkeler bakımından dahi gerçekleştirilen bu fiil nedeniyle yüksek ve orantısız bir mali yaptırımın da ifade ve basın özgürlüğü bakımından olumsuz sonuçlara sebebiyet verebileceği belirtilmelidir. Bu kapsamda öngörülen özel hukuk yaptırımlarının ortaya çıkan zarar veya tehlikeyle orantılı olması ve yasalarla sınırlandırılması gereklidir.¹²² Aksinin kabulü yine ifade özgürlüğü bakımından sansüre sebebiyet verecektir ki bu sadece basına da özgü olmayıp serbest iletişim sürecini de etkileyebilecek niteliktedir.¹²³

Hakaret suçunun mağdurunun tüzel kişi olup olamayacağı hususu öğretilen tartışmalıdır. Tüzel kişilerin bu suçun mağduru olamayacağı savunulmasında tüzel kişilerin kendilerini oluşturan gerçek kişilerin şereflerinden ayrı kendilerine özgü ve bu kapsamda korunmaya değer bir şerefi yoktur denilmektedir.¹²⁴ Aksi yönde savunulan görüşe göreyse tüzel kişilerin medeni haklara ve mal varlığı haklarına sahip olmaları özellikle ekonomik alanda kendilerine has bir itibara sahip olmalarını gerektirdiğinden bu suçun mağduru olabilmeleri mümkündür.¹²⁵ Buna karşın TCK'nın 125. maddesinde "kimse" ifadesine yer verilmesi nedeniyle ve bu ifadenin yalnızca gerçek kişileri ifade ettiği belirtilerek tüzel kişilerin bu suçun mağduru olamayacakları da savunulmaktadır. Yine TCK'nın 125. maddesinin son fıkrası gereğince kurulların dahi bu suçun mağduru olamaması, suçun kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılacak olmasının da bir diğer engeli oluşturduğu ifade edilmektedir. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de hakaret suçunun mağdurunun tüzel kişi olamayacağı yönündedir.¹²⁶ Ancak özel kanunlarda bunun aksine düzenlemelere yer verilmesinin mümkün

¹²² United Nations A/HRC/20/17 (n. 1) 15.

¹²³ Kubiciel ve Winter (n. 107) 328.

¹²⁴ Soyaslan (n. 6) 314; Üzülmöz (n. 10) 44. Tüzel kişilerin herhangi bir suçun mağduru olmasının mümkün olmaması nedeniyle bu suçun da mağduru olamayacağı yönünde bkz. Yenidünya ve Alşahin (n. 3) 49.

¹²⁵ Erman ve Özek (n. 10) 2-3, 259-260; Bayraktar, Keskin Kızıroğlu, Yıldız, Zafer, Aksoy Retornaz, Akyürek, Evik, Sınar, Altunç, Aytekin İnceoğlu, Erman, Erman Eroğlu (n. 2) 431-432. Bir diğer gerekçe olarak nasıl ki TCK'nın 301. maddesinde devlet tüzel kişiliğini ve devletin diğer organlarını aşağılamak suç olarak öngörülmüşse, diğer kamu hukuku ve özel hukuk tüzel kişilerinin de aşağılanmasının suç olarak kabul edilebilecek olması gösterilmektedir. Bkz. Aydın (n. 8) 887.

¹²⁶ "İncelenen dosyada, sanığın icra takibine karşı verdiği itiraz dilekçesinde, iddianamede bahsi geçen sözleri söylediği, TCK'nın 125. maddesine göre hakaret suçunda şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte sözlerin gerçek kişilere yöneltildiğinde hakaret suçunu oluşturabileceği, herhangi bir gerçek kişiyle arasında aidiyet ilişkisi kurulmadan tüzel kişiye söylenen sözlerin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği gözetilmeden, sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur." Y. 18. CD. E. 2016/18978 K. 2017/1193 T. 6.2.2017 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 20.05.2022)



olduğu belirtilmektedir. Nitekim 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun¹²⁷ "itibarın zedelenmesi" başlıklı 158. maddesi¹²⁸ bakımından bu suçu mağdurunun tüzel kişi olması mümkündür.¹²⁹ Ancak 5411 sayılı Kanun'daki düzenlemenin söz konusu Kanun'a tabi kurumlarla ilgili olarak öngörüldüğü, bu kapsamda yer almayan tüzel kişilerin hakaret suçunun mağduru olabileceğinin söylenemeyeceği ifade edilmektedir.¹³⁰ Ancak TCK'nın 125. maddesinin son fıkrasının tüzel kişilerin mağdur olmayacağı şeklinde yorumlanması yerinde değildir. Nitekim bunu engeller bir niteliğe sahip değildir.¹³¹ Buna karşın bu suçun mağdurunun tüzel kişi olamayacağının kabulü şeklindeki görüşün, hakaretin suç olmaktan çıkarılmasına yönelik eğilime uyduğu bu nedenle tüzel kişilere karşı hakaretin gerçekleştirilmesi durumunda tüzel kişilerin ortaya çıkan zararı tazminat yoluyla başvurmak suretiyle giderilebileceği ifade edilmektedir.¹³²

Ceza, yaptırımların en ağırı olarak kabul edilir. Nitekim ceza yalnızca uygulanan açısından değil uygulayan bakımından da bir kötülüktür. Nitekim devlete adli polis teşkilatının, ceza mahkemelerinin kurulması, ceza infaz kurumlarının oluşturulması ve bu kurumların ayakta tutulması gibi önemli yükümlülüklerin yerine getirilmesini yükler. Bu kapsamda ceza sapı olmayan bir kılıca benzetilmektedir. Hem kılıcın doğrultulduğu kişiyi hem de kılıcı tutanı yaralamaktadır.¹³³ Bu nedenle büyük bir zorunluluk bulunmadığı takdirde ceza müeyyidesine başvurulmamalıdır.¹³⁴ Günümüzde hakaret suçunun sıklıkla işlendiği ve bu suç nedeniyle bireyler hakkında mahkûmiyet hükümlerinin verildiği ve bu durumun Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nce

¹²⁷ 25983 (Mükerrer) sayılı 1.11.2005 tarihli Resmi Gazete

¹²⁸ "İtibarın zedelenmesi

Madde 158 — Bu Kanunun 74 üncü maddesine aykırı davranışlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin günden ikibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Yukarıdaki fıkrada yazılı fiil neticesinde özel veya kamusal bir zarar doğarsa verilecek ceza altında bir oranında artırılarak hükmolunur."

Bu Kanun'un 74. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

"İtibarın korunması

Madde 74 — 5187 sayılı Basın Kanununda belirtilen araçlarla ya da radyo, televizyon, video, internet, kablolu yayın veya elektronik bilgi iletişim araçları ve benzeri yayın araçlarından biri vasıtasıyla; bir bankanın itibarını kırabilecek veya şöhretine ya da servetine zarar verebilecek bir hususa kasten sebep olunamaz ya da bu yolla asılsız haber yayılamaz."

¹²⁹ Toroslu ve Toroslu (n. 5) 112-113.

¹³⁰ Gökcan ve Artuç (n. 12) 4621-4622.

¹³¹ Sınar (n. 22) 81. Benzer yönde bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n. 14) 640. Aksi yönde bkz. Gökcan ve Artuç (n. 12) 4611.

¹³² Gökcan ve Artuç (n. 12) 4621-4622.

¹³³ Toroslu ve Toroslu (n. 80) 103.

¹³⁴ Van Der Berg (n. 96) 278.

hazırlanan 2020 yılı İstatistik yayınına da yansdığı görülmektedir. Nitekim 2020 yılında hakaret, haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret ve de kişinin hatrasına hakaret suçlarının işlendiğine ilişkin olarak toplamda 947.530 iddiayla ilgili olarak 529.418’isi hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararının verildiği, 349.049’u hakkında kamu davasının açıldığı, 69.018’i hakkındaysa “yetkisizlik-fezleke, görevsizlik, birleştirme, başka büroya gönderme” ve benzeri kararların verildiği belirtilmektedir. Yine 2020 yılında ceza mahkemelerince TCK’nın 125 ila 131. maddelerinde düzenleme altına alınan “şerefe karşı suçlar”la ilgili olarak toplamda 48.938 mahkumiyet, 41.111 beraat, 44.475 hükmün açıklanmasının geri bırakılması, 10.914 görevsizlik yetkisizlik, birleştirme, 68.980 davanın düşmesi, ceza verilmesine yer olmadığı, hüküm verilmesine yer olmadığı, davanın reddi, özel yasalar gereğince erteleme ve TCK’nın “akıl hastalığı” başlığını taşıyan 32. maddesi gereğince verilen kararlar olduğu görülmektedir. Ayrıca 2020 yılında ceza mahkemelerince verilen kararların %8,3’ünün bu kapsamda “şerefe karşı suçlar”la ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Yine 2020 yılında TCK uyarınca açılan dosyalarda “şerefe karşı suçlar”ın ilk beşte ve dördüncü sırada yer aldığı görülmektedir.¹³⁵

2020 yılında TCK kapsamında sonuçlandırılan soruşturmalar kapsamında yer alan suçlara ilişkin verilen kararlardaki ilk on suç grubu incelendiğinde; kamu davası açılması kararının en yüksek olanlar arasında %36,8 oranı ile “şerefe karşı suçlar”ın üçüncü sırada olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca “şerefe karşı suçlar”la ilgili olarak toplamda 191.680 olan dosya bakımından, 4.677’sinin 2016 ve öncesinde, 5.718’inin 2017’de, 22.309’unun 2018’de, 88.815’inin 2019’da, 70.161’ininse 2020’de açıldığı belirtilmektedir.¹³⁶

Hakaret, gündelik hayatın içinde sıklıkla karşı karşıya kalınan bir durumdur.¹³⁷ Hakaretin ortaya çıkardığı tehlikenin hem hakarete uğrayan hem de toplum açısından nispeten önemsizliği ve toplumu etkilememesi ceza hukuku kapsamında korunmaya yönelik ihtiyacın bulunmadığını göstermektedir. Hatta gündelik hayatın içinde çoğunlukla hakarete tanık olunduğu ancak kendimiz de dahil olmak üzere bireylerin şikayetçi olmadığı görülmektedir. Bu nedenle “önemsiz suç” olarak nitelendirilmesi mümkündür. Ayrıca bu fiilin işlenme sıklığı ve toplumda çoğunlukla tepki gösterilmeyen ve göz yumulan fiiller arasında olması da suç olmaktan çıkarılması bakımından bir gerekçe oluşturmaktadır. Yine hakaret suçuyla ilgili olarak açılan kamu davalarının sayısındaki fazlalık ve ceza mahkemelerinin iş yükü karşısında, daha önemli olarak nitelendirilmesi mümkün olan suçlar bakımından makul sürede yargılanmanın

¹³⁵ Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, *Adli İstatistikler 2020*, (2020), 25, 43, 52, 88

¹³⁶ Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, *Adli İstatistikler 2020*, (2020), (n. 135) 22, 49.

¹³⁷ Leflar (n. 95) 984.



gerçekleştirilmesine engel taşıdığı yönünde hakaretin suç olarak düzenlenmesi öğretide eleştirilmektedir.¹³⁸ Nitekim hali hazırdaki durum bir bütün olarak sistemin etkinliğine de zarar verecek niteliktedir.¹³⁹ Ayrıca bu sayıların fazlalığının hakaretin suç olarak düzenlenmesi bakımından gereken caydırıcılığa sahip olmadığına göstergesi olarak yorumlandığı da görülmektedir.¹⁴⁰ Yine ceza muhakemesi sürecinin bizatihi kendisi de devlet için mali bir yükümlülüğe sebebiyet vermekte olup, bir fiilin suç olarak düzenlenmesi bakımından önlemek için tasarlanandan daha fazla zarar ortaya çıkmamalıdır. Aksinin kabulü ceza hukukunun devletin kendi aleyhine kullanılmasına sebebiyet verecektir.¹⁴¹

Ceza yaptırımına ancak bireyin temel haklarının doğrudan ya da dolaylı olarak korunması zorunluluğunun varlığı halinde başvurulmalıdır.¹⁴² Söz konusu zorunluluk, cezanın mahiyeti itibarıyla beraberinde getirdiği olumsuz etkileri meşrulaştıracak şekilde temel varlıklara yönelen ve katlanılmaz ihlallere karşı kabul edilmelidir.¹⁴³ Ancak bu durum kanunkoyucunun yalnızca toplumu daha fazla ilgilendiren kurallara uyulmasını sağlamak üzere cezaya başvurduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Nitekim ceza, yalnızca cezalandırılan hukuka aykırı fiilin daha ağır olması anlamını taşımaz. Zira ceza hukuku yardımcı yani tamamlayıcı bir niteliğe sahiptir.¹⁴⁴ Şayet diğer müeyyidelerin yetersizliği ya da imkansızlığı söz konusuysa artık bu ceza müeyyidesine başvurulmaktadır. Örneğin tazmin, bazı hallerde yeterli değildir. Nitekim tazmin, suçtan kaynaklanan zararın bir kısmını karşılar; ayrıca tazmin imkanından yoksun olan ya da kendisini öyle gösteren kimseler bakımından yetersizlik söz konusu olur. Her ne kadar hakaret suçu bakımından söz konusu olmasa da bazı hallerde tazmin edilecek bir zararın bulunmadığı da ifade edilmelidir.¹⁴⁵ Bu durum kanunkoyucunun nispeten “önemsiz” olarak değerlendirilmesi mümkün olan bazı davranışların ceza yaptırımlarının kolay bir şekilde derecelendirilmesi ve hafif biçimler kazanabilmesi karşısında cezaya başvurmasına sebebiyet vermektedir.¹⁴⁶ Ancak hakaret bakımından bu bahsi geçen hususlar birlikte değerlendirildiğinde hakaretin suç olarak düzenlenmesinin gerekli olmadığı sonucuna var-

¹³⁸ Serhat Sinan Kocaoğlu, *Uluslararası (AİHM) ve Ulusal Yargı İçtihatları Çerçevesinde Hakaret Suçu*, (5237 sayılı TCK m. 125-131), (1. Bs., Seçkin Yayıncılık 2019) 436, 438, dp. 1852, 1857.

¹³⁹ Van Der Berg (n. 96) 278.

¹⁴⁰ Kocaoğlu (n. 138) 438.

¹⁴¹ Van Der Berg (n. 96) 277-278.

¹⁴² Toroslu ve Toroslu (n. 80) 102-103.

¹⁴³ Finkelstein (n. 81) 335.

¹⁴⁴ Hafizoğulları ve Özen (n. 82) 153

¹⁴⁵ Toroslu ve Toroslu (n. 80) 103-104.

¹⁴⁶ Hafizoğulları ve Özen (n. 82) 154.

mak mümkündür. Hatta özel hukuk kapsamındaki sorumluluk kuralları dikkate alındığında öğretilerde bu durumu ifade etmek üzere “politika hatası” kavramının dahi kullanıldığı görülmektedir.¹⁴⁷

Ceza hukukunun son araç olma ilkesi karşısında hakaret bakımından yani bireysel mahiyetteki şerefin korunması ceza hukukunun dışında kalmalıdır.¹⁴⁸ Nitekim şerefin ve esasında kişiliğin korunması esasında bireyin özel meselesidir.¹⁴⁹ Bu kapsamda bireyin toplumsal konumu ne olursa olsun saygınlığına yönelik bir saldırı karşısında zararın giderimi için ihlale tepki olarak özel hukuk yaptırımları yeterlidir.¹⁵⁰

İhlale tepki olarak uygulanan diğer yaptırımların imkansızlığı ya da yetersizliği, kanunkoyucunun nispeten ağır bir niteliğe sahip olmayan fiiller bakımından da cezaya başvurmasına sebebiyet vermektedir. Bu kapsamda özü açısından suçun, kanunkoyucunun değerlendirmesine göre devletin amaçlarıyla çatışan ve müeyyide olarak cezayı gerekli kılan bireyin davranışı olarak tanımlanması mümkündür.¹⁵¹ Hakaretin suç olarak düzenlenmesi bakımından söz konusu tanımlama çerçevesine girdiğini söylemek olanaklı gözükmemektedir.

Günümüzde hakaretin suç olarak düzenlenmesinin meşru bir amaca hizmet etmediği ifade edilmelidir. Nitekim Roma hukukunda da suç olarak düzenlenen hakaretin topluma karşı bir suç olarak kabul edildiği görülseyse ve esasında neden suç olarak kabul edildiğine ilişkin gerekçelendirmenin yapılması güç olsa da bu nedeni pleblerin giderek artan gücü karşısında daha fazla tehdit edilen aristokrasinin toplumsal güvensizliğine dayandırmak mümkündür. Yine hakaretin toplumun ahlakına aykırı olarak görülmesi de bir diğer gerekçeyi oluşturabilir. Bu kapsamda hakaretin suç olarak düzenlenmesinin özel toplumsal koşullardan kaynaklandığını söylemek mümkündür. Günümüzdeyse bu koşulların varlığını sürdürmek yönündeki kaygının çağdaş demokratik düzen karşısında geçerliliğini koruduğundan bahsedilmemelidir. İngiliz hukukunda ise hakaretin suç olarak öngörülmesinin temelinde kamu görevlilerinin saldırılara karşı korunması, özel kişiler bakımındansa düelloların önlenmesi amacı yatmaktadır. Böylece bireyler tarafından kamu düzenini bozucu nitelikte bir tepkinin verilmesinin önüne geçilmekte ve devlet bizzatıhi şerefe saldırıda bulunan kişiyi cezalandırmaktadır. Bu çerçevede devlet, hem şerefi saldırıya

¹⁴⁷ Phiri (n. 62) 49.

¹⁴⁸ Sınar (n. 22) 107. Buna karşın öğretilerde bireylerin saygınlığının ihlal edilmemesinin ve bu saygınlığın kabul edilmesinin toplum halinde yaşayabilmenin temel koşulu olduğu da ifade edilmektedir. Bkz. Dönmezer (n. 93) 271.

¹⁴⁹ Kubiciel ve Winter (n. 107) 314.

¹⁵⁰ Van Der Berg (n. 96) 277.

¹⁵¹ Toroslu ve Toroslu (n. 80) 104.



uğrayan kişiyi tatmin etmekte hem de kamu düzenini korumaktadır. Günümüzdeyse artık düello ve meydan okuma benzeri davranışların bulunmadığı görüldüğünden şerefe ilişkin saldırıların suç olarak düzenlenmesine gerek yoktur.¹⁵² Zira hakaretin suç olmaktan çıkartılması toplumsal yaşamın sürdürülmesi ve korunması bakımından herhangi bir sıkıntıya yol açmayacaktır.¹⁵³ Nitekim çağdaş demokratik düzenlerde ceza hukuku insan haklarını güvence altına alan ve koruyan bir hukuk dalı olup toplumsal yaşamın varlığı bakımından korunması zorunlu olan hukuki varlık veya menfaatleri kapsamına almalıdır. Aksinin kabulü temel hak ve özgürlüklere engel olan bir anlayışa sebebiyet vermektedir.¹⁵⁴

Öğretide TCK'nın 130. maddesinde düzenlenen "Kişinin hatırasına hakaret" suçu¹⁵⁵ bakımından ölenin manevi kişiliği ile ölümlere saygı gösterilmesi şeklindeki dinsel inançla ilgili toplumsal değer de korunduğu bu nedenle söz konusu maddeyle ilgili olarak istisnaya gidilerek bu fiilin suç olarak kalmaya devam edebileceği ancak bu durumda "şerefe karşı suçlar" arasında değil, ETCK'da olduğu üzere "din hürriyeti aleyhinde cürümler" arasında düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır. ETCK'nın 178. maddesinde din ve ölümlere saygı arasında bir bağın kurulduğu bu nedenle de ölümlere karşı suçların din hürriyetine karşı suçlar arasında düzenlenmesiyle ölümlere karşı gösterilmesi gereken saygının dinsel kaynaklı olduğu düşünülmekteydi. Buna karşın ceza hukukunun laikleşmesiyle beraber bu suçun dine karşı suçlardan bağımsız bir kimliğe sahip olması gereklidir. Nitekim bu suçla ölen kişiye ve onun ruhuna saygı duygusu korunmak istenmektedir. Artık din özgürlüğü değil, ölünün kişilik hakkının ölümünden sonraki etkisinin korunması söz konusudur. Bu nedenle de suçun "şerefe karşı suçlar" arasında düzenlenmesinin yerinde olduğu ifade edilmektedir.¹⁵⁶ Ancak ölümle birlikte kişilik son bulduğundan ve "şerefe karşı suçlar"ın kişilere karşı suçlar arasında yer alması nedeniyle bu görüşün yerin-

¹⁵² Van Der Berg (n. 96) 281-282.

¹⁵³ Hakaret nedeniyle bireyler arasında korkunun, kuruntunun, şantajın söz konusu olacağı bireylerin huzurunun ve sükunun bozulacağı bu nedenle hem bireyin hem de toplumun korunmasına yönelik menfaatin hakaretin suç olarak düzenlenmesini gerektirdiği yönündeki aksi görüş için bkz. Erman (n. 8) 2; Erman ve Özek (n. 10) 256.

¹⁵⁴ Aydın (n. 53) 64.

¹⁵⁵ Şikâyet hakkı TCK'nın 73. maddesi uyarınca suçtan zarar görene aittir. Buna karşın TCK'nın 131. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "Mağdur, şikâyet etmeden önce ölürse, veya suç ölmüş olan kişinin hatırasına karşı işlenmiş ise; ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eş veya kardeşleri tarafından şikâyette bulunulabilir." Öğretide hakaretin "ölmüş olan kişinin hatırasına karşı" işlenmesi bakımından yerinde olarak ölümle kişilik sona erdiğinden ve mağdur ölenin yakınları olduğundan söz konusu durumu ifade etmek üzere "suç ölünün hatırasına işlenmiş ise" şeklinde değiştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Aydın (n. 8) 913.

¹⁵⁶ Tezcan, Erdem ve Önok (n. 14) 685.

de olmadığı belirtilmelidir. Bu kapsamda dinle ilişki kurulsun ya da kurulmasın ölümlere saygı gösterilmesi yönündeki topluma ait bir varlık veya menfaatin korunması söz konusudur. Böylece yakını olmayan ölümlerin de şerefine korunması söz konusu olacaktır.¹⁵⁷ Buna karşın bu görüşlerden ilki benimsendiği takdirde hakaretin suç olmaktan çıkartılması eğiliminin dine ve dinsel değerlere karşı hakareti de içerdiği belirtilmelidir. Bu kapsamda Avrupa Konseyi Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu'nun (Venedik Komisyonu) 76. Genel Kurulu'nda 17-18 Ekim 2008 tarihinde kabul edilen dine hakaretin ve din nedeniyle nefrete tahrikin düzenlenmesi ve kovuşturma konusu edilmesi konusyla ilgili olarak ifade ve din özgürlüğü arasındaki ilişkiye ilişkin raporunda, din nedeniyle nefrete tahrik ayrık tutulmak şartıyla dine hakaretin suç olmaktan çıkarılması gerektiğine, bunun suç olarak düzenlenmesi için makul bir sebebin bulunmadığına ve bunun demokratik değerlerin ve de hoşgörünün üstün tutulması için gerekli olduğuna işaret edilmiştir.¹⁵⁸ İkinci görüşün benimsenmesi halindeyse her ne kadar TCK'nın 130. maddesinin¹⁵⁹ 2. fıkrası bakımından olmasa da 1. fıkrası bakımından ceza hukukunun son araç olma ilkesi karşısında ceza yaptırımına başvurulmasının gerekliliği sorgulanmaya açıktır.

Bu çerçevede, hakaretin suç olmaktan çıkartılması eğiliminin, Türk kanun koyucusu tarafından benimsenerek TCK'nın 125 ila 131. maddelerinde düzenleme altına alınan şerefe karşı suçların tümüyle ceza hukuku mevzuatından çıkarılması yerinde bir tercih olacaktır.¹⁶⁰ Ancak bir önceki paragraftaki değerlendirmeler ışığında TCK'nın 130. maddesinde öngörülen "Kişinin hatırasına hakaret" suçunun özellikle de 2. fıkrasının suç olarak öngörülmesi gerekliliğinin kabulü karşısında, bu suçun TCK'nın "Özel Hükümler" başlıklı "İkinci Kitabı"nın "Topluma Karşı Suçlar"a ayrılan "Üçüncü Kısmı"nda yer alması en makul çözüm olacaktır.

¹⁵⁷ Erman ve Özek (n. 10) 266.

¹⁵⁸ Council of Europe, 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 Insult And Incitement To Religious Hatred, s. 18-19.

¹⁵⁹ "Kişinin hatırasına hakaret

Madde 130- (1) Bir kimsenin öldükten sonra hatırasına en az üç kişiyle ihtilat ederek hakaret eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde, altıda biri oranında artırılır.

(2) Bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

Bu maddeye bakıldığında 1. fıkrasında ölen kişinin hatırasına hakaret, 2. fıkrasındaysa ölümleri tahkir olmak üzere iki ayrı suç tipine yer verildiği görülmektedir. Bkz. Koca ve Üzümler, (n. 52) 462; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n. 57) 478.

¹⁶⁰ Sınar (n. 22) 115.

IV. TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE İŞLENEN HAKARET SUÇU NEDENİYLE UYGULANAN YAPTIRIMIN HAKARETİN SUÇ OLMAKTAN ÇIKARILMASINA YÖNELİK EĞİLİM ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

2014 yılında Türk hukuk sisteminde hakaretin suç olmaktan çıkarılması-na yönelik eğilim çerçevesinde ve demokratikleşme paketi kapsamında her ne kadar suç olmaktan çıkarılması söz konusu olmasa da nitelikli halleri de dahil olmak üzere yaptırım olarak hapis cezasının kaldırılması, sadece adli para cezasının uygulanmasına yönelik bir çalışmanın bulunduğu kamuoyuyla paylaşılmıştır. Paketin esas olarak nefret suçlarıyla ilgili olarak özel bir düzenlemeyi getirmeyi amaçlaması nedeniyle kamuoyunda nefret suçları taslağı şeklinde nitelendirildiği görülmektedir.¹⁶¹ Hakaret bakımından yalnızca adli para cezasının öngörülmesindeki temel gerekçeyi ise esasında hakaretin suç olmaktan çıkarılması eğiliminin değil,¹⁶² o dönem gezi eylemlerinin ardından “Twitter”da gerçekleştirilen hakaretlerle ilgili olarak “Twitter”ın Türkiye ile hakaret suçunun karşılığında hapis cezası öngörülmesi nedeniyle bilgileri paylaşmamasının oluşturduğu haberleri basına yansımıştır.¹⁶³ Bu kapsamda öğretilde kanunkoyucunun Türk ceza hukuku kültürü ve uygulamasında önemli bir yeri olan hakaret suçunu bir anda suç olmaktan çıkarmak yerine terditli bir yaklaşımla ilk önce yalnızca adli para cezası öngörerek ardındansa tümüyle suç olmaktan çıkarabileceği öngörüsünde bulunmaktadır. Nitekim aksinin kabulü toplumda önemli tepkilere sebebiyet verecektir şeklindeki endişenin dile getirilmesine sebebiyet vermektedir.¹⁶⁴ Ancak içinde bulunduğumuz 2022 yılı itibariyle henüz böyle bir değişiklik yürürlüğe girmemiştir ve suçun temel şekli bakımından seçenekli bir ceza yaptırımı öngörülmektedir.

Türk hukuk sistemine bakıldığında hakaret suçunun temel şekli bakımından TCK’nın 125. maddesinin 1. fıkrasında “üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası”nın seçimlik olarak öngörüldüğü görülmektedir. Adli para cezasının da işlenen hakaret suçu nedeniyle tek başına öngörülebilmesinin hakaretin suç olmaktan çıkarılmasına yönelik eğilim konusunda atılmış bir adım olduğu şeklinde yorumlandığı görülmektedir.¹⁶⁵ Hâkimin somut olayın koşullarına göre TCK’nın 61. maddesi uyarınca temel cezayı belirlemesi gerekmekte olup

¹⁶¹ <http://www.radikal.com.tr/politika/nefret-paketinde-fazil-say-surprizi-1154985/> (18.03.2022)

¹⁶² Sınar (n. 22) 113-114.

¹⁶³ <https://www.medyaradar.com/hukümetin-twitter-formulu-belli-oldu-hapis-cezasi-kalkiyor-haberi-101088> (18.03.2022)

¹⁶⁴ Sınar (n. 22) 114.

¹⁶⁵ Gökcan ve Artuç (n. 12) 4610.

bu seçimlik yaptırımlardan hangisine hükmedildiğini gerekçelendirmesi gerekmedir, aksi durum bozma sebebidir.¹⁶⁶

“Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezası” olup (TCK m. 49/2) TCK’nın “kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar” başlığını taşıyan 50. maddesinin 2. fıkrası uyarınca “Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez.”¹⁶⁷ Buna karşın söz konusu hapis cezasının TCK’nın 50. maddesinde belirtilen diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkündür.¹⁶⁸

TCK’nın 125. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hakaretin “mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde” de 1. fıkrasında öngörülen ceza yaptırımını uygulanmaktadır.

Hakaret suçunun daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hallerinin kaleme alındığı suçun “Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı, dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından¹⁶⁹ dolayı, kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle,¹⁷⁰ işlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.” şeklindeki TCK’nın 125. maddesinin 3. fıkrası bakımından se-

¹⁶⁶ “Adli sicil kaydında geçmiş hükümlülükleri bulunmayan sanıklar hakkında, seçimlik yaptırım öngören hakaret suçundan dolayı, hangi gerekçeyle hapis cezasının tercih edildiğinin açıklanmaması,” Y. 18. CD. E. 2015/44160 K. 2017/15049 T. 19.12.2017 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 3.5.2022)

¹⁶⁷ “Dosya kapsamında seçimlik ceza içeren TCK’nın 125. maddesinin ilk fıkrası kapsamındaki hakaret suçunda temel cezanın hapis cezası olarak belirlenmesinden sonra aynı Kanun’un 50. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme gereği adli para cezasına çevrilmesinin mümkün olmadığı, ancak sanığın aleyhine tespit edilen bul hukuka aykırılığın, aleyhe temyiz veya başkaca bir bozma nedeni bulunmadığından yol gösterme ve uygulamada birliği sağlama amacıyla eleştiri nedeni yapılması gerektiği kabul edilmektedir.” Y. 4. CD. E. 2008/21401 K. 2009/6167 T. 24.3.2009 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 3.5.2022)

¹⁶⁸ “Sanığın işlediği suçun düzenlendiği kanun maddesinde hapis cezası ve adli para cezası seçenek yaptırım olarak belirlenerek hakim hapis cezasını seçmiş ise, artık bu hapis cezası kısa süreli de olsa, adli para cezasına çevrilemeyecektir. Burada hakimin takdir yetkisi kısıtlanmıştır. Ancak, diğer şartlar mevcutsa mahkeme, bu hapis cezasını diğer tedbirlere çevirebilecektir.” Y. 4. CD. 2006/5345 2006/15883 8.11.2006 (Gökcan ve Artuç, (n. 12) 4668, dp. 327.)

¹⁶⁹ Kanunkoyucunun burada neden yalnızca “uygun” davranmayla sınırlama yaptığı, “aykırı” davranılmasını bu kapsamda tutmadığı yine “Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini” açıklamamasının da bu kapsamda tutulmamasının yerinde olmadığı ve gerekçesinin anlaşılmadığı yönündeki haklı görüş için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n. 14) 655.

¹⁷⁰ Söz konusu durumun dini değerlerin kendisinin tahkiri anlamına geldiği bu nedenle bir dini değeri savunup ona göre yaşamayan bir kimse açısından da uygulanabileceği ancak bu durumun ifade özgürlüğünü ihlal edeceği yönünde bkz. Aydın (n. 53) 114.



çimlik olarak adli para cezasının dahi öngörülmediği görülmektedir. Bu kapsamda artık tek başına adli para cezasına hükmedilmesi söz konusu olamayacaktır.¹⁷¹ Her ne kadar söz konusu ifadenin hapis cezasına özgü olduğu bu kapsamda adli para cezasına yine de hükmedebileceği söylenebilirse¹⁷² de -ki nitekim artık Yargıtay'ın görüşü bu yöndedir¹⁷³- adli para cezasına hükmedil-

¹⁷¹ Hafizoğulları ve Özen (n. 13) 253; Centel, Zafer ve Çakmut (n. 40) 278; Yenidünya ve Alşahin (n. 3) 86. Aksinin kabulünün cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacağı da öğretilde ifade edilmektedir. Bkz. Koca ve Üzülmaz (n. 52) 461. Nitekim uygulamada da bu yönde kararların verildiği görülmektedir: “İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi, 29/4/2014 tarihli kararı ile başvurucunun kamu görevlisine karşı görevinden dolayı basın yoluyla hakaret suçunu işlediği gerekçesiyle 1 yıl 2 ay 17 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, sanık hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir... Bu karara karşı başvurucu tarafından yapılan itiraz, İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 24/6/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir... Başvurucunun dava konusu makalede kendi bakış açısından Türkiye’deki çevre sorunlarına dikkat çeken bir eyleme destek vermesinin ve bu eyleme karşı olanları eleştirmesinin genel olarak kamu yararını ilgilendiren bir mesele olduğunda kuşku yoktur. Ayrıca hükümetlere ve siyasetçilere yöneltilen eleştirinin sınırı da özel kişilere göre daha geniştir... Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru 23/7/2014 tarihinde yapılmıştır... 70. Başvurucu yazdığı makale nedeniyle 1 yıl 2 ay 17 günlük hapis cezası ile cezalandırılmıştır. İlk Derece Mahkemesince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olsa bile başvurucu 5 yıl denetimli serbestlik tedbiri altına alınmıştır ve bir yazar olan başvurucunun bu süre içerisinde cezasının infaz edilmesi riski her zaman vardır. Yaptırıma maruz kalma endişesinin kişiler üzerinde kesintiye uğratici bir etkisi vardır ve sonunda kişi denetim süresini yeni bir mahkûmiyet almadan geçirse bile kişinin bu etki altında ileride düşünce açıklamalarından veya basın faaliyetlerini yapmaktan imtina etme riski bulunmaktadır. Sonuç olarak başvurucunun gelecekte cezasının infaz edilebileceği olasılığının kendisinde stres ve cezalandırılma endişesi yarattığı kabul edilmelidir. 71. Bu sebeplerle, başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin “başkalarının şöhret ve haklarının” korunması için demokratik toplum düzeninde gerekli bir müdahale olmadığı kanaatine varılmıştır. 72. Başvurucunun Anayasa’nın 26. ve 28. maddelerinin birinci fıkralarında güvence altına alınan ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.” Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015

¹⁷² Bu görüşe göre yalnızca adli para cezasına hükmedilmesi mümkün olup bu durumda adli para cezasının, hapis cezası bakımından alt sınırı olan bir yıl karşılığını oluşturan adli para cezasından az olamayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Gökcan ve Artuç (n. 12) 4667.

¹⁷³ Yargıtay TCK’nın yürürlüğe girdiği ilk yıllarda TCK’nın 125. maddesinin 3. fıkrasındaki nitelikli halin gerçekleşmesi durumunda adli para cezasına hükmedilemeyeceği görüşüne sahipti (“TCY’nın 125/1-3(a) madde ve fıkralarında öngörülen görevliye sövme suçunun sadece hapis cezası gerektirmesine karşın adli para cezası olarak belirlenmesi, Yasaya aykırıdır.” Y. 4. CD. 2006/8657, 2006/17529, 11.12.2006 (Gökcan ve Artuç, (n. 12) 4667, dp. 323). Ancak daha sonra bu görüşünden ayrılarak artık adli para cezasının verilebileceği yönündeki kararlarının istikrar kazandığı görülmektedir: “TCK’nın 125/3. maddesinde cezanın alt sınırının 1 yıldan az olamayacağı düzenlenmiş ise de, bu düzenlemenin temel cezanın adli para cezası olarak seçilmesine engel olmayacağı gözönünde bulundurulmadan ve sanık hakkında katılan ...’a karşı tehdit suçundan kurulan hükümde seçimlik cezalardan adli para cezası tercih edilmesine rağmen, hakaret suçundan kurulan hükümlerde aynı gerekçelerle hapis cezası tercih edilmek suretiyle hükümlerde çelişki oluşturulması” Y. 4. CD. E. 2021/17920 K. 2021/21421 T. 13.9.2021; “Her ne kadar TCK’nın 125/3. maddesinde hapis cezasının alt sınırının 1 yıldan az olamayacağı düzenlenmiş ise de, bu

mesi halinde hükümde bir açıklık bulunmadığından artırma gidilemeyecek ve bu durumda da söz konusu halin nitelikli hal olarak öngörülmesindeki amaç gerçekleşmemiş olacaktır denilmektedir.¹⁷⁴ Buna karşın az evvel de belirtildiği üzere uygulama bu yönde değildir. Bu nedenle mahkeme tarafından hapis cezası seçildiğinde bunun neden seçildiğinin gerekçesine yer verilmelidir. Nitekim Anayasa'nın "Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması" başlığını taşıyan 141. maddesinin 3. fıkrası uyarınca "Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır." Adli para cezası seçildiği takdirdeyse adli para cezasının alt sınırının üçyüzaltmışbeş gün, üst sınırınınsa yediyüzotuz gün olarak belirlenmesi gerekmektedir. Yani faile ya bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ya da üçyüzaltmışbeş günden yediyüzotuz güne kadar adli para cezasının verilmesi gerekmektedir.¹⁷⁵

3359 sayılı "Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu"nun¹⁷⁶ Ek 12. maddesinin 2. fıkrası¹⁷⁷ uyarınca "Kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli ile yardımcı sağlık personeline karşı görevleri sebebiyle işlenen" hakaret suçuyla ilgili olarak TCK'nın 125. maddesi uyarınca tayin edilecek cezaların "yarı oranında artırıl"acağı, ayrıca "hapis cezasının ertelenmesi hükümleri"nin fail hakkında uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu maddenin 3. fıkrasında "Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personel"in, "bu görevleriyle bağlantılı olarak kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulanmasında kamu görevlisi sayılır"acakları belirtilmiştir. 3359 sayılı Kanun'daki bu düzenlemenin yerinde olmadığı belirtilmelidir. Nitekim hali hazırda kamu görevlisine karşı görevi nedeniyle hakaret suçunun cezanın daha fazla ceza verilmesini gerektiren bir

düzenlemenin temel cezanın adli para cezası olarak seçilmesine engel olmayacağı göz önünde bulundurulmadan, görevi yaptırmamak için direnme suçundan kurulan hükümde verilen hapis cezası adli para cezasına çevrilmesine rağmen, seçimlik ceza öngören hakaret suçundan kurulan hükümde yeterli gerekçe gösterilmeden hapis cezası tercih edilmek suretiyle hükümde çelişki oluşturulması," Y. 18. C.D.E. 2018/700 K. 2019/12677 T. 19.9.2019 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 3.5.2022)

¹⁷⁴ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n. 8) 511-512.

¹⁷⁵ Gökcan ve Artuç (n. 12) 4668.

¹⁷⁶ 19461 sayılı 15.5.1987 tarihli Resmî Gazete

¹⁷⁷ 6514 sayılı "Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un (28886 sayılı 18.01.2014 tarihli Resmi Gazete) 47. maddesiyle 3359 sayılı Kanun'a eklenen Ek 12. maddenin 2. fıkrası "Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personel, bu görevleriyle bağlantılı olarak kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulanmasında kamu görevlisi sayılır." şeklinde düzenlenmişken ve bu hüküm 6514 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 18.01.2014 tarihinde yürürlüğe girmişken 7243 sayılı "Yükseköğretim Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile söz konusu mevcut halini almış olup bu değişiklik ise 17.4.2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. 31202 sayılı 17.4.2020 tarihli Resmî Gazete

durum olarak öngörülmesi eleştirilmekteyken bir de sağlık personeli bakımından söz konusu ceza ile yetinmeyerek daha da fazla ceza verilmesi eleştirilmesi gereken bir durumdur.

Hakaret suçunun 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren ilk halinde, TCK'nın 125. maddesinin 4. fıkrasında hakaretin "alenen işlenmesi halinde" belirlenen temel cezanın, "altıda biri; basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, üçte biri oranında" arttırılacağı belirtilerek cezanın daha fazla verilmesini gerektiren nitelikli haline yer verilmişti.¹⁷⁸ Ancak 5377 sayılı "Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"¹⁷⁹ 15. maddesiyle TCK'nın 125. maddesinin 4. fıkrası "Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda biri oranında artırılır." şeklinde değiştirilmiştir. Söz konusu değişikliğin uygulamada çok da anlamlı olmadığı¹⁸⁰ nitekim "basın ve yayın yoluyla" işlenen hakaret halinde zaten aleniyetin bulunduğu¹⁸¹ ve yine 4. fıkranın uygulama alanı bulacağı belirtilmemiştir.¹⁸² Bu nedenle söz konusu değişikliğin çok da önem arz etmediği¹⁸³ ve basın özgürlüğü adına yapıldığını söylemek güçtür.¹⁸⁴ Buna karşın öngörülen ceza bakımından "üçte biri" oranından "altıda biri" oranında bir cezalandırma yapılacağından çok anlamlı olmasa da bir indirimin görüldüğü ifade edilmelidir.

Suçun alenen işlenmesi hali bakımından da öğretide yalnızca hapis cezasının uygulanmasının gerektiği nitekim öngörülen oranlı yaptırımın yalnızca hapis cezası bakımından uygulanabilir nitelikte olduğu ifade edilmekteyse de¹⁸⁵ TCK'nın 125. maddesinin 3. fıkrasıyla ilgili uygulamanın tercihinin suçun alenen işlenmesi bakımından da geçerli olduğu görülmektedir.¹⁸⁶

¹⁷⁸ 25611 sayılı 12.10.2004 tarihli Resmî Gazete

¹⁷⁹ 25869 sayılı 8.7.2005 tarihli Resmî Gazete

¹⁸⁰ "TCK'nın 125/4. maddesinde ağırlaştırıcı neden olarak öngörülen aleniyetin gerçekleşmesi için olay yerinde başkalarının bulunması yeterli olmayıp, hakaretin belirlenemeyen sayıda kişi ve herkes tarafından görülme, duyulma ve algılanabilme olasılığının bulunması, herhangi bir sınırlama olmaksızın herkese açık olan yerlerde işlenmesinin gerekmesi" Y. 4. CD. E. 2021/31536 K. 2021/26608 T. 9.11.2021 (Erişim Tarihi: 25.4.2022)

¹⁸¹ Nitekim söz konusu durum 5377 sayılı Kanun'un gerekçesinde de ifade edilmiştir. Bkz. T.B.M.M., (n. 4) 4.

¹⁸² Her ne kadar aleniyetin mahiyetiyle çelişse de artık basın ve yayın yoluyla gerçekleştirilen hakaret bakımından cezanın daha fazla verilmesini gerektiren nitelikli bir hal olarak kabul edilemeyeceği yönündeki farklı görüş için bkz. Soyaslan (n. 6) 347-348.

¹⁸³ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n. 8) 513; Bayraktar, Keskin Kızıroğlu, Yıldız, Zafer, Aksoy Retornaz, Akyürek, Evik, Sınar, Altunç, Aytekin İnceoğlu, Erman, Erman Eroğlu (n. 2) 451.

¹⁸⁴ Tezcan, Erdem ve Önok (n. 14) 657.

¹⁸⁵ Üzülmöz (n. 10) 71; Koca ve Üzülmöz (n. 52) 461.

¹⁸⁶ "Taksirle bir kişinin yaralanmasına neden olma ve hakaret suçlarından sanık ...'nın 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 89/1, 125/1, 125/4, 43/2, 62/1 (iki kez) ve 52/2. (iki kez) maddeleri uyarınca 1.500,00 Türk lirası ve 2.180,00 Türk lirası adli para cezaları ile cezalandırılmasına, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231/5. maddesi gereğince

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun¹⁸⁷ (CMK) 253. maddesi uyarınca hakaret suçunun re'sen takip edilen hali hariç¹⁸⁸ olmak üzere şikâyetle ve de uzlaştırmaya tabi olması da hakaretin suç olmaktan çıkarılmasına ilişkin görüşün kabul edilmesine engel oluşturmamalıdır. Nitekim uzlaştırmamanın uzlaşmayla sonuçlanması muhakkak bir sonuç olarak ortaya çıkmamaktadır. Uzlaşmanın sağlanamaması halinde hakaret nedeniyle fail hakkında verilecek adli para cezası ya da hapis cezası, hakarete uğrayanın lehine bir tazminatın verilmesini içermemektedir.¹⁸⁹ Bu nedenle aşağıda ayrıntılarıyla açıklanacak olacak özel hukuk cezasının kabulüyle, onarıcı adaletten de bahsetmek olanaklı hale gelecektir.

hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ve 5 yıl denetim süresine tâbi tutulmasına dair ... 18. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 10/02/2015 tarihli ve 2014/1025 esas, 2015/219 Sayılı kararının 25/02/2015 tarihinde kesinleşmesini müteakip, sanığın denetim süresi içerisinde 08/09/2018 tarihinde işlediği kasıtlı suçtan mahkûm olduğunun ihbar edilmesi üzerine yapılan yargılama sonucunda, 5271 Sayılı Kanun'un 231/11. maddesi gereğince hükmün açıklanması ile sanığın 5237 Sayılı Kanun'un 89/1, 125/1, 125/4, 43/2, 62/1 (iki kez) ve 52/2. (iki kez) maddeleri uyarınca 1.500,00 Türk lirası ve 2.180,00 adli para cezaları ile cezalandırılmasına ilişkin ... 18. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 16/09/2020 tarihli ve 2020/522 esas, 2020/396 Sayılı kararını kapsayan dosya incelendi... İncelenen dosyada; 5271 Sayılı CMK'nin 251/1. maddesinin "Asliye ceza mahkemesince, iddianamenin kabulünden sonra adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilir." ve CMK'nin 251/8. maddesinin "Basit yargılama usulü, bu kapsama giren bir suçun, kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde uygulanmaz." şeklindeki hükümler gözetildiğinde, sanık hakkında taksirle yaralama ve hakaret suçlarından yargılama yapılarak sanığın 5237 Sayılı TCK'nın 89/1. ve 125/1., 125/4. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verildiği, "taksirle yaralama" ve "hakaret" suçları her ne kadar basit yargılama usulüne tabi ise de sanık hakkında hakaret suçundan kurulan hükümde suçun alenen işlenmesi nedeniyle sanığın cezasında artırım yapıldığının anlaşılması karşısında, mercii tarafından verilen itirazın reddine yönelik kararda bir isabetsizlik görülmediğinden kanun yararına bozma talebinin reddine karar vermek gerekmiştir." Y. 4. CD. E. 2021/30160 K. 2021/24610 T. 14.10.2021 (www.kazanci.com) (3.6.2022)

¹⁸⁷ 25673 sayılı 17.12.2004 tarihli Resmî Gazete

¹⁸⁸ Nitekim TCK'nın 131. maddesinin 1. fıkrası uyarınca "Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hariç; hakaret suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, mağdurun şikâyetine bağlıdır." "Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı" hakaret edilmesi halinde bir yandan kamu görevlisinin şerefine korunması hedeflenmekteyse de diğer yandan kamu yönetimin itibarının korunması hedeflenmekte olup bu nedenle suçun takibi şikâyete bağlı tutulmamıştır. Bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n. 14) 684; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n. 8) s. 529. Ayrıca bu nitelikli halin uygulama alanı bulabilmesi için hakaretin kamu görevlisine karşı görev sırasında ya da dışında görevini yerine getirmesi nedeniyle işlenmiş olması gerekli olup bizatihi hakarete uğrayan kişinin kamu görevlisi olması yeterli değildir. Bkz. Artuk, Gökçen ve Yenidünya (n. 57) 491; Centel, Zafer ve Çakmut (n. 40) 265; Soyaslan (n. 6) 345.

¹⁸⁹ Van Der Berg (n. 96) 283.

İşlenen hakaret suçu nedeniyle fail hakkında hapis cezası uygulandığı takdirde ayrıca TCK'nın 53. maddesi uyarınca "belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" güvenlik tedbiri de uygulanacaktır.

Fail hakkında hükmedilen adli para cezası ödenmediği takdirdeyse 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un¹⁹⁰ 106. maddesinin 3. fıkrası¹⁹¹ uyarınca hapse çevrilecektir. Bu nedenle seçimlik olarak adli para cezasının öngörülmesi hakaretin suç olmaktan çıkartılması eğilimi karşısında yeterli güvenceyi sağlamamaktadır.

Hakaret suçu, TCK'nın 75. maddesinde düzenleme altına alınan önödemece de tabi değildir. Nitekim bu maddenin 1. fıkrasında "Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı altı ayı aşmayan suçlar" bakımından önödemenin mümkün olduğu ve yine 6. fıkrası bakımından özel olarak önödemenin mümkün olduğu suçlar arasında hakaretin sayılmadığı görülmektedir.

Her ne kadar hakaret suçu bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması somut olayın şartları gereğince mümkün olabilirse de bu durum dahi hakaretin suç olmaktan çıkartılması bakımından gerekçe olarak gösterilemez. Nitekim fail, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesini kabul etmeyebileceği gibi, kabul ettiği takdirde dahi CMK'nın 231. maddesinin 6. fıkrası uyarınca "hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutul"acak ve aynı maddenin 11. fıkrasına göreyse "denetim süresi içinde kasten yeni bir suç" işlendiğinde "veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı" davranıldığına hakkında açıklanması geri bırakılan hüküm açıklanacaktır.

TCK'nın 129. maddesinde hakaret suçunun "Haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret" şeklinde işlenmesi cezayı azaltan ya da kaldıran şahsi nedenler olarak düzenlenmişse de¹⁹² bunun yeterli olmadığı tümüyle hakaretin suç olmaktan çıkarılması gerektiği ifade edilmelidir, kaldı ki söz konusu maddede "haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret" haline özgü olarak hakaretin suç olmaktan çıkarıldığından da bahsedilemez.

¹⁹⁰ 25685 sayılı 29.12.2004 tarihli Resmî Gazete

¹⁹¹ "Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarı hapis cezasına çevrilerek, hükümlünün iki saat çalışması karşılığı bir gün olmak üzere kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verilir. Günlük çalışma süresi, en az iki saat ve en fazla sekiz saat olacak şekilde denetimli serbestlik müdürlüğünce belirlenir. Hükümlünün, hakkında hazırlanan programa ve denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerilerine uymaması hâlinde, çalıştığı günler hapis cezasından mahsup edilerek kalan kısmın tamamı açık ceza infaz kurumunda yerine getirilir."

¹⁹² Sınar (n. 22) 75.

V. İKAME YAPTIRIM ÖNERİSİ ÇERÇEVESİNDE KITA AVRUPASI HAKSIZ FİİL HUKUKUNUN AMAÇLARI BAĞLAMINDA CEZALANDIRICI TAZMİNAT VE ÖZEL HUKUK CEZASI KAVRAMLARI

A. Kıta Avrupası Haksız Fiil Hukukunun Temel Amaçları ve Bu Amaçlar Doğrultusunda Telafi Edici Tazminat

Haksız fiil hukuku, Kanundan doğan bir sorumluluk türü olan haksız fiilleri konu edinmiş olup kişinin hukuka aykırı bir fiili neticesinde bir başkasının zarar görmesi halinde, doğan zararın tazmin edilip edilemeyeceği hususunu ve tazmin edilebilecek bir zarar varsa, kim tarafından, hangi yolla ve miktarda tazmin edileceğini inceleyen hukuk dalıdır.

Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk sistemleri, henüz haksız fiil hukukunun temelinde, başka bir ifadeyle haksız fiil kavramının tanımlanmasında ayrışmaktadır. Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan sistemlerde, haksız fiiller, çerçeve olarak ve temel bazı koşullarla belirlenmiş olup bu koşulların sağlanması halinde, zarar görene tazminat talep etme hakkı verirler. Buna karşılık Anglo-Amerikan hukukunda farklı şartlara tâbi çok sayıda münferit haksız fiil hali¹⁹³ düzenlenmiştir ve bunlar tamamıyla farklı hukuki sonuçlar doğururlar¹⁹⁴.

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, bir fiilin haksız fiil teşkil etmesi için aranan temel koşullar ve fiilin haksız fiil niteliğini taşıması halinde meydana gelebilecek sonuçlar Kanunlarda çerçeve normlarla belirlenmekle birlikte, bunların içinin doldurulması, hâkime ve dolaylı olarak da içtihatlar ve doktrine bırakılmıştır. Tam da bu noktada haksız fiil hukukunun amacının önemi ortaya çıkar¹⁹⁵.

¹⁹³ Anglo-Amerikan hukukunda neredeyse 70 tane farklı haksız fiil hali düzenlenmiş olup, her birinin koşulları ve yol açtıkları sonuçlar farklıdır. Bkz. Ken Oliphant, “General Overview, England and Wales” iç Benedict Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law II: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011), 1/12 Nr. 1.

¹⁹⁴ Helmut Koziol, “Comparative Conclusions – Preliminary Remarks” iç Helmut Koziol (edr), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective* (De Gruyter, 2015) Nr. 8/29 (KOZIOL, Comparative-Preliminary).

¹⁹⁵ Helmut Koziol, “Introductory Remarks” iç Helmut Koziol (edr), *The Aims of Tort Law – Chinese and European Perspectives* (Jan Sramek Verlag, 2017) Nr. 1 (KOZIOL, Aims); André Tunc, *La responsabilité civile* (Economica, 1989) Nr. 160; Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku – BK 49-76* (On İki Levha Yayıncılık 2019) Nr. 1.16; Günhan Gönül Koşar, “Haksız Fiil Hukukunun Amacı”, (2020) 69 (3) AÜHFD 1437, 1439; “*Haksız fiil hukukunun amacına ilişkin hangi yaklaşımın benimsendiği, davanın çözümü için büyük önem arz eder.*” Bkz. Gizem Arslan Demir, “Haksız Fiil Hukukuna Yönelik Muhtelif Yaklaşımların Liebeck v. McDonald’s Davası Kapsamında İncelenmesi” iç Başak Baysal (edr), *Sorumluluk Hukuku – Seminerler-Makaleler 2017* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 60.



Kıta Avrupası hukukunda haksız fiil hukukunun amacı¹⁹⁶, doktrin ve uygulamada günümüzde zararı telafi etme, zararı önleme ve ihlal edilen hakkın devam ettirilmesi olmak üzere, üç temel başlık altında¹⁹⁷ toplanmakla birlikte, bunlardan zararı telafi etme ve önleme amaçlarının daha ön plana çıktığı¹⁹⁸ ve hukuk politikasını yönlendirdiği¹⁹⁹ gözlemlenmiştir.

Bu amaçlardan telafi amacı, hâkim görüşe göre Kıta Avrupası haksız fiil hukukunun temel amacıdır²⁰⁰. Bu çerçevede, haksız fiil sebebiyle zarar görmüş

¹⁹⁶ Bu hukuk sisteminde, 19. yy. öncesinde haksız fiil hukukunun beş amacının bulunduğu ve bunların da faillerin cezalandırılması, mağdurun intikam duygusunun tatmin edilmesi, mağdurun zararının telafisi, sosyal düzenin korunması ve zarar verici davranışların önlenmesi olduğu öne sürülmüştür. Bkz. Tunc (n. 195) Nr. 160; Baysal (n. 195) Nr. 1.21.

¹⁹⁷ Hermann Lange ve Gottfried Schiemann, *Schadensersatz*, (3. Aufl., Mohr 2003) 9; Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil* (14. Aufl., Verlag C. H. Beck 1987) 423-424; Haluk Nami Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (Beta 1996) s. 33 vd.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Baskı, Yetkin 2018) 537-539; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II*, (Seçkin 2018) 3; Gönül Koşar (n. 195) 1439; Yargıtay İBKG 2017/5 E. 2018/7 K. 6.7.2018 T.

¹⁹⁸ Roma haksız fiil hukukunda dahi tazminatın telafi edici ve cezalandırıcı fonksiyonunun ön plana çıktığı söylenebilir. Bkz. Franz Stephan Meissel ve Caroline Mokrejs, “General Overview, Historical Report” iç Benedict Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law II: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/1 Nr. 1.

¹⁹⁹ Nitekim, Kıta Avrupası hukukunda adalet duygusu çerçevesinde telafi amacı ön plana alınırken, Anglo-Amerikan hukukunda ekonomik olarak etkili hukuk kuralları yaratma gayesiyle önleme amacı ön plana alınmıştır. Baysal, (n. 195) Nr. 1.21-1.23.

²⁰⁰ Helmut Koziol, *Österreiches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I* (4. Auflage, Jan Sramek Verlag 2020) Nr. 36 (Koziol, Österreiches); Helmut Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective* (Jan Sramek Verlag 2012) Nr. 3/1 (Koziol, Germanic); Helmut Koziol “Comparative Conclusions – Tasks of Tort Law” iç Helmut Koziol (edr) *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective* (Jan Sramek Verlag 2015) Nr. 8/146 (KOZIOL, Comparative-Tasks); Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (Staempfli 1998) 282; Bayer Soergel ve Andreas Spickhoff *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Band 12: Schuldrecht 10 §§ 823 - 853 BGB, Produkthaftungsgesetz, Umwelthaftungsgesetz* (13. Vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Kohlhammer 2005) Vor. Art. 823 Rn. 31; Franz Bydliński, *System und Prinzipien des Privatrechts* (Springer 1996) 187 vd.; Gabriele Koziol ve Helmut Koziol, *Austrian Private Law – An Overview in Comparison with German Law and with References to English and French Law*, (Jan Sramek Verlag 2017) Nr. 111; Larenz, (n. 197) 424; Kıta Avrupası hukukuna dahil ülkelerde haksız fiil hukukunun fonksiyonlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Sebastian AE Martens ve Reinhard Zimmermann “General Overview, Germany” iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/2 Nr. 3; Ernst Karner “General Overview, Austria”, iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/3 Nr. 1; Bénédicte Winiger, Patrick Fleury Pierre-Emmanuel Fehr ve Philippe Avramov “General Overview, Switzerland” iç

olan mağdurun mal ve/veya şahıs varlığının mümkün olduğunca söz konusu zararın meydana gelmesinden önceki durumuna kavuşturmak, bu değerlerdeki eksilmeyi telafi etmek, haksız fiil hukukunun öncelikli amacını oluşturmaktadır²⁰¹. Dolayısıyla, mağdura kusur atfedilemeyen hallerde, diğer şartların somut olayda bulunması durumunda, tüm zararının giderilmesi ve dolayısıyla tam

Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/4 Nr. 1; Jean-Sébastien Borghetti “General Overview, France” iç Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/6 Nr. 5; Siewert D. Lindenberg ve Henriët Th. Vos “General Overview, The Netherlands” iç Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/8 Nr. 6; Katarzyna Ludwiewska-Redo “Basic Questions of Tort Law from a Polish Perspective” iç Helmut KOZIOL (edr), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective* (Jan Sramek Verlag 2015) Nr. 3/33; André Pereira ve Maria Manuel Veloso, “General Overview, Portugal” iç Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/11 Nr. 11; Bjarte Askeland “General Overview, Norway” iç Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/16 Nr. 1; Håkan Andersson, “General Overview, Sweden” iç Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/17 Nr. 1; Suviaanna Hakaletto-Wainio “General Overview, Finland” iç Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/18 Nr. 9.; Janno Lahe ve Tampet Tampuu, “General Overview, Estonia” iç Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/19 Nr. 1; Jiri Hrádek ve Lubos Tichy, “General Overview, Czech Republic” iç Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/23 Nr. 4; Anton Dulak “General Overview, Slovakia”, iç Bénédict Winiger/ Helmut Koziol/Bernard A. Koch / Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/24 Nr. 14; Attila Menyhard “General Overview, Hungary” iç Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/25 Nr. 1; Mónica Józson, “General Overview, Romania” iç Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/26 Nr. 4; Konstantin Taney “General Overview, Bulgaria”, iç Bénédict Winiger/ Helmut Koziol/Bernard A. Koch / Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/27 Nr. 1.

²⁰¹ Önemle belirtilmelidir ki, haksız fiil hukukunun telafi amacı, aynı zamanda hakkaniyetin sağlanmasına da hizmet etmelidir. Dolayısıyla tazminat vasıtasıyla sadece zararın telafi edilmesi değil, aynı zamanda hakkaniyetin sağlanması da amaçlanmalıdır. Bkz. Nils Jansen, *Die Struktur des Haftungsrechts* (Mohr Siebeck 2003) 36-37.



tazmin ilkesine uygun hareket edilmesi gerekir²⁰². Bu durum, denkleştirici adaletin bir gereğidir²⁰³. Ancak bir yandan da tazminat, mağdurun zenginleşmesi-ne de sebep olmamalıdır, başka bir ifadeyle tazminat miktarı, zarar miktarını aşmamalıdır²⁰⁴. Maddi zararlar bakımından, aynen²⁰⁵ veya nakden tazmin yolunun tercih edilmesi önem taşımaz, her iki durumda da tazminatın amacı zararın telafi edilmesidir. Telafi amacı, yalnızca maddi zararlar için değil, manevi zararlar için de söz konusudur²⁰⁶. Özellikle manevi zararın nakden tazmin dışı yolla tazmin edildiği durumlarda, telafi fonksiyonu maddi tazminattaki gibi daha somutlaşmaktadır. Manevi zararın nakden tazmini bakımından da, her ne kadar bir an için manevi tazminatın para ile ölçülememesi sebebiyle mağdurun intikam duygusunu tatmin etme²⁰⁷ amacına hizmet edebileceği ve telafi amacından uzaklaşıldığı sorgulanabilirse²⁰⁸ bile, mağdurun intikam duygusunun tatmin edilmesi, tamamiyle subjektif ölçütlere dayanırken, meydana gelen manevi zararın ortalama ölçütlerle herkes için eşit kabul edilerek belirlenmesi ve doğan zararın telafi edilmesi, objektif ölçütlere dayanacaktır²⁰⁹. Bu durum da uygulamada manevi tazminatın sebepsiz zenginleştirmeye yol açacağı yönündeki endişelerin giderilmesine katkıda bulunacaktır.

²⁰² Berner Kommentar ve Roland Brehm, *Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, Art. 41-61 OR, 4. überarbeitete Auflage, Bern, 2013, Art. 43 Nr. 76 (Berner Kommentar/BREHM); Christoph Müller, *Handkommentar zum Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen*, Art. 1-183 OR, (Stämpfli Verlag 2016) Art. 41 Nr. 4; Walter Fellmann ve Andrea Kottmann, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, (Stämpfli Verlag 2012) Nr. 3; Jochen Mohr, “Grundlagen des Schadensersatzrechts”, (2010) 32 (3) JURA 168, 173; Nomer (n. 197) 72.

²⁰³ Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice* (Oxford Legal Philosophy 2012) 91-92.

²⁰⁴ Heinz Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (Schulthess 2003) Nr. 13; Stephan Gregor, *Das Bereicherungsverbot* (Duncker & Humblot 2012) 1 vd.; Berner Kommentar ve Roland Brehm (n. 202) Art. 43 Nr. 25; Baysal (n. 195) 18.

²⁰⁵ Alman ve Avusturya hukuklarında öncelikle aynen tazmin (*Naturalrestitution*) yönteminin seçilmesi, bunun mümkün olmaması halinde nakden tazmin yoluna gidilmesi Kanun hükmü olarak kabul edilmişken; Türk ve İsviçre hukuklarında, kanunkoyucu böyle bir seçim yapmamıştır.

²⁰⁶ Tuğçe Oral, *Tüzel Kişilerin Manevi Zararının Tazmini* (On İki Levha 2018) 45-47.

²⁰⁷ Alman hukukunda doktrin ve uygulama tarafından manevi tazminatın tatmin amacının bulunduğu kabul edilmiştir. Bkz. Oral (n. 206) 43 dn. 202'deki yazarlar. Ancak Avusturya hukukunda Koziol, bu görüşün terkedilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Helmut Koziol, “Die Bedeutung des Zeitfaktors bei der Bemessung ideeller Schaden” iç Thomas Geiser, Thomas Koller, Ruth Reusser, Hans Peter Walter ve Wolfgang Wiegand (edr) *Festschrift für Heiz Hausheer zum 65. Geburtstag, Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, Beiträge zum Familienrecht, Erbrecht, Persönlichkeitsrecht, Haftpflichtrecht, Medizialrecht und allgemeinen Privatrecht* (Staempfli Verlag AG 2002) 605.

²⁰⁸ Baysal (n. 195) 18.

²⁰⁹ Oral (n. 206) 45.

Kıta Avrupası hukukuna dahil olan bazı ülkelerde²¹⁰ hâkim görüşe göre haksız fiil hukukunun önleme amacının bulunduğu²¹¹ ikincil olarak²¹² kabul edilmişken, bazı görüşlerce²¹³ ise bu amacının bulunduğu kabul edilmemiştir. Önleme amacını kabul eden görüşe göre, haksız fiil hukukunun yalnızca doğan zararı telafi etmesi yetersizdir, bu hukuk sisteminin de ileride doğabilecek zararları engellemesi gerekir. Haksız fiil hukuku çerçevesinde kusur sorumluluğu veya kusursuz sorumluluk sebebiyle kişinin verdiği zararlardan dolayı tazminat yükümlülüğünün bulunması, ileride doğabilecek zararları özenli davranarak ve önlemler alarak mümkün olduğunca engellemesine yol açar ve böylece telafi fonksiyonu eksik bıraktığı kısmı tamamlar²¹⁴.

²¹⁰ Almanya: Martens ve Zimmermann (n. 200) 1/2 Nr. 4; Lange ve Schiemann (n. 197) 11; Larenz (n. 197) 423. Avusturya: Koziol, Österreichisches (n. 200) Nr. 39; Koziol ve Koziol (n. 200) Nr. 111; Bydlinski (n.200) 190 vd. İsviçre: Fellmann ve Kottmann (n. 202) Nr. 3; Müller (n. 202) Art. 41 Nr. 4. Fransa: Borghetti (n. 200) 1/6 Nr. 5; Oliver Moréteau, “Basic Questions of Tort Law from a French Perspective”, iç Helmut KOZIOL (edr), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective* (Jan Sramek Verlag 2015) Nr. 1/68. Hollanda: Lindenberg (n. 200) 1/8 Nr. 6; Polonya: Ludwichowska-Redo (n. 200) Nr. 3/49.; İtalya: Nadia Coggiola, Bianca Gardella Tedeschi ve Michele Graziadei, “General Overview, Italy” iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/6 Nr. 5, 1/9 Nr. 6. Portekiz: Pereira ve Veloso, (n. 200) 1/11 Nr. 11. Finlandiya: Hakaletto-Wainio (n. 200) 1/18 Nr. 9. Macaristan: Attila Menyhárd, “Basic Questions of Tort Law from a Hungarian Perspective” Helmut Koziol (ed), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective* (Jan Sramek Verlag 2015) Nr. 4/52.

²¹¹ Kıta Avrupası hukuk sisteminde azınlıkta kalan ve bizim katılmadığımız görüşe göre, haksız fiil hukukunun ilk amacı önleme amacıdır. Hukuk ve ekonomi yaklaşımına mensup yazarlar tarafından öne sürülen bu görüşe göre, haksız fiil hukuku sosyal maliyetlerin azaltılıp sosyal refahın artırılmasını sağlamalıdır. Dolayısıyla haksız fiil hukuku kurallarının koyulmasında, ekonomik etkinlik ölçütüne önem verilmelidir. Ekonomik olarak etkin kurallar koyulurken de bu kuralın önleyici olmasına özen gösterilmelidir. Ekonomik etkinlik ölçütüne uygun bir haksız fiil hukuku kuralı, kişilerin daha özenli davranmasını ve zarar doğmaması için önlem almasını sağlayarak sosyal maliyetleri azaltacak ve sosyal refahı arttıracaktır. Dolayısıyla haksız fiil hukukunun ilk amacının önleme olduğu kabul edilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kerem Cem Sanlı, *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi – Hukuk ve Ekonomi Öğretisi* (Arıkan 2007) 151 vd.; Gerhard Wagner, “Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmassung oder legitime Aufgabe”, (2006) 206 (2-3) AcP 352, 451 vd.

²¹² Telafi amacının yanında ve onu tamamlayacak şekilde.

²¹³ Bjarte Askeland, “Basic Questions of Tort Law from a Norwegian Perspective” iç Helmut Koziol (ed), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective* (Jan Sramek 2015) Nr. 2/32. İsviçre’te de haksız fiil hukukunun önleme amacı nadiren dile getirilmektedir. Bkz. Andersson (n. 200) 1/17 Nr. 1.

²¹⁴ Ernst Karner, “Prevention, Deterrence, Punishment” iç Helmut Koziol (edr), *The Aims of Tort Law – Chinese and European Perspectives* (Jan Sramek 2017) Nr. 4; Koziol (n. 200) Nr. 3/4 vd.; Fellmann ve Kottmann (n. 202) Nr. 3; Baysal (n. 195) 19; Nomer (n. 197) 36; Eren (n. 197) 538.



Temelini önleme amacından alan²¹⁵ ihlal edilen hakkın devam ettirilmesi amacı ise, kişinin ihlal edilen hakkının yerine kendisine zarar veren kişiye karşı yönelttiği tazminat talebinin geçmesi anlamına gelmektedir. Böylece ihlal edilen hak, taşıdığı değer ölçüsünde bir tazminat talebi olarak vücut bulmakta ve varlığını bu şekilde devam ettirmektedir²¹⁶.

B. Anglosakson Hukukundaki Cezalandırıcı Tazminat (İbret Tazminatı) Kavramı ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

1. Cezalandırıcı Tazminatın Gelişimi, Özellikleri ve Amacı

Amerikan hukukunda kullanılan adıyla cezalandırıcı tazminat (punitive damages)²¹⁷ ya da İngiliz hukukunda daha yaygın olarak kullanılan adıyla ibret tazminatı (exemplary damages) kurumu, bir Anglo-Amerikan hukuku²¹⁸ kav-

²¹⁵ Bydlinki (n. 200) 191-192; Koziol, Österreichisches (n. 200) Nr. 44; Larenz (n. 197) 425.

²¹⁶ Koziol, Österreichisches (n. 200) Nr. 44-45; Koziol, Germanic (n. 200) 3/8; Lange ve Schiemann, (n. 197) 12; Karner, (n. 200) 1/3 N. 4; Nomer, (n. 197) 34; Eren, (n. 197) 539.

²¹⁷ Her ne kadar Amerikan hukukundaki cezalandırıcı tazminat doktrini, Anglosakson sisteminden türemiş olsa da, Amerikan hukukundaki cezalandırıcı tazminat, Anglosakson hukuku sisteminde bulunan diğer milletler topluluğu üyesi devletlerin hukukundan bağımsız şekilde gelişmiş ve Amerikan hukuku tarihinde önemli bir değişim kaydetmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bkz. Anthony J. Sebok, "What did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today?", (2003) 78 Chicago-Kent Law Review 163, 163 vd. Ancak son yıllarda Amerikan hukukunda doktrin tarafından cezalandırıcı tazminatın kontrolden çıktığı öne sürülmektedir. Bu görüşte olan kimselere göre, cezalandırıcı tazminata hükmedilen karar sayısında artış gözlemlenmektedir. Ayrıca bu kararlarda hükmedilen tazminat miktarları da öngörülemez nitelik taşımaktadır. Bu sebeple cezalandırıcı tazminatta, ekonomik yönden zarar vermektedir ve bu alanda reforma ihtiyaç vardır. Bkz. W. Kip Viscusi "The Social Costs of Punitive Damages Against Corporations in Environmental and Safety Torts" (1998) 87 (285) The Georgetown Law Journal 310 vd. Ancak bu hukuk sisteminde, telafi edici tazminatla karşılaştırıldığında, Mahkemelerin cezalandırıcı tazminata çok ender karar verdiği dikkati çekmektedir. Çalışmalara göre, 1985 yılından 2007 yılına kadar açılan davalarda, cezalandırıcı tazminat talep eden davacıların lehine hükmedilen toplam tazminat miktarı, tüm davalarda hükmedilen tazminat miktarının %4-4.5'ini oluşturmaktadır. Bkz. Anthony J. Sebok, "Punitive Damages: From Myth to Theory" (2007) 92 Iowa Law Review 957, 964-965 (SEBOK, Myth).

²¹⁸ Cezalandırıcı tazminat kurumu, yalnızca İngiliz ve Amerikan hukuklarında değil, Kanada, Yeni Zelanda, Avusturalya, Güney Afrika, İrlanda gibi diğer milletler topluluğu ülkelerinde de bulunmaktadır. Bkz. Vanessa Wilcox, "Punitive Damages in England" iç Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox (edr), *Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, (Springer Wien New York 2009) Nr. 3; Johann Neethling, "Punitive Damages in South Africa" iç Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox (edr), *Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Springer Wien New York 2009) Nr. 1; Eoin Quill, "General Overview, Ireland", iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/15 Nr. 4.

ramı olup telafi edici olmayan tazminatlar arasında yer almaktadır. Bu husus, Kıta Avrupası hukuk sistemine oldukça yabancıdır, zira Kıta Avrupası hukuk sisteminde tazminatın esas amacı, zararın telafi edilmesini sağlamaktır²¹⁹.

Modern hukuk sistemleri uygulamasında ilk olarak²²⁰ İngiliz hukukunda başvuru ve “ibret tazminatı” (exemplary damages) olarak adlandırılan cezalandırıcı tazminat ile, mağdurun zararını telafi edecek meblağın çok üzerinde bir tazminata hükmedilmektedir²²¹. Bu tazminat türü, Mahkemelerin ortaya çıkan zararın telafi edilmesinden çok, bir davranışta bulunulmasının önlenmesi, haksız fiilde bulunanın veya toplumun diğer fertlerinin caydırılması ve topluma ibret olma amaçlarını takip etmeleri sonucunda ortaya çıkmıştır. Başka bir ifadeyle, Mahkemeler, cezalandırıcı tazminata hükmederken, davacının uğradığı zararın tazmin edilmesinden çok, davalının cezalandırılmasını ve hem davalının hem de başkalarının bir daha benzer bir davranışta bulunmamasını hedeflemişler ve gücün kötüye kullanılmasının önüne geçmeye çalışmışlardır²²². Bu anlamda, cezalandırıcı tazminatın, özel hukuk ve ceza hukukunun kesişim noktasında kaldığı söylenebilir²²³.

İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminatın, ağırlaştırılmış tazminattan (aggravated damages) da ayrılması gerekmektedir. Ağırlaştırılmış tazminat, bu hukuk sisteminde bir manevi tazminat niteliği taşımakta olup haksız fiili gerçekleştiren kimsenin mağdura küstah, kaba ve rencide edici davranışları sonucunda mağdurun şeref ve haysiyetini ihlal ettiği durumlarda hükmedilen tazminattır²²⁴. Dolayısıyla ağırlaştırılmış tazminata hükmedilmesi için, davalının

²¹⁹ Bkz. bir önceki başlık altında yapılan açıklamalar.

²²⁰ Her ne kadar, ibret tazminatı ya da cezalandırıcı tazminat kavramı ilk olarak 1964 yılında verilen bir karar olan *Rookes v. Bernard* ile İngiliz hukukunda zikredilmiş olsa da bu hukuk sisteminde ibret tazminatının kökü, 1763 yılında verilen *Wilkes v. Wood* ve *Huckle v. Money* ile 1766 yılında verilen *Benson v. Frederick* kararlarına dayanmaktadır. Wilcox (n. 218) Nr. 1, 5. Yine de cezalandırıcı tazminatın tarihinin Hammurabi Kanunlarına dayandığı belirtilmektedir. Bkz. Selin Özden Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)* (Yetkin Yayıncılık 2013) 78.

²²¹ Wilcox (n. 218) No. 1.

²²² Dorsey D. Ellis, “Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages”, (1982) 56 (1) Southern California Law Review 1, 4; Lotte Meurkens, “The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for Thought”, iç Lotte Meurkens ve Emily Nordin (edr) *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?* (intersentia 2012) 4-7; Wilcox (n. 218) No. 1; Karner, Prevention (n. 214) Nr. 12; Anthony J. Sebok, “Punitive Damages in the United States”, iç Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox (edr), *Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, (Springer 2009) No. 16.

²²³ David G. Owen, “A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform”, (1994) 39 (2) Villanova Law Review, 365; Ellis (n. 222) 2.

²²⁴ Simon Deakin, Angus Johnston ve Basil Markesinis, *Markesinis and Deakin's Tort Law, Seventh Edition*, (Oxford University Press 2013) s. 795; Anthony J. Sebok ve Vanessa Wilcox,

küstah ya da rencide edici gibi istisnai veya hakaretamiz davranış yahut sözlerinin bulunması ve bunların davacıda elem acı ve kedere yol açması gerekmektedir²²⁵. Bu davranışların kaynağının kötüniyet, kin gütme, haset, küstahlık ya da kabalık olması mümkündür²²⁶. Ancak ağırlaştırılmış tazminatın önleme ve cezalandırma işlevinden çok tazmin edici özelliği ön plana çıkmaktadır²²⁷. Cezalandırıcı tazminatın ise cezalandırma amacının öne çıktığı görülmektedir. Bu yönüyle ağırlaştırılmış tazminat, cezalandırıcı tazminattan ayrılır.

Kaynağını bulduğu İngiliz hukukunda dahi kendisine çekinceli yaklaşılan cezalandırıcı tazminat, 1964 yılına kadar daha geniş bir uygulama alanı bulmakla beraber, bu yılda verilen *Rookes vs. Barnard* kararı ile sınırlandırmaya tâbi tutulmuş, objektifleştirilmiş ve ağırlaştırılmış tazminattan ayrılmıştır²²⁸. Ancak yine bu kararlar cezalandırıcı tazminatın sınırlamaya tâbi tutulması, etkinliğini yitirmesine sebep olmuştur²²⁹. Kararda, ancak üç kategoriden birinin söz konusu olması halinde cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceği belirtilmiştir²³⁰. Bu üç kategori, (1) kamu görevlilerinin baskıcı, keyfi veya anayasaya aykırı bir davranışta bulunması, (2) zarar verenin, elde edeceği faydanın zarar görene ödeyeceği tazminatı aştığını hesaplayarak davranışta bulunması ve (3) Kanunda açıkça öngörülen hallerdir. Bu karar sonrasında İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminata hükmedilmeden önce kategori testi adı verilen bu değerlendirme her somut olay için yapılmaya başlanmıştır.

Kamu görevlilerinin baskıcı, keyfi veya anayasaya aykırı davranışta bulunması kategorisi, Lord Devlin'in şu sözleriyle vurgulanmıştır: "Bir kişinin diğerinden daha güçlü olması durumunda bu kişinin gücünü amacına ulaşmak için kullanmaya çalışacağı açıktır; ve eğer bu kişinin gücü, diğerinden çok daha fazlaysa, onun bunu belki de baskıcı şekilde kullanabileceği söylenebilir. Eğer bir kişi bu gücü hukuka aykırı olarak kullanırsa, elbette bu hukuka aykırılığın karşılığını olağan yollardan ödemelidir; ancak sadece güçlü olduğu için ceza-

"Aggravated Damages" iç Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox (edr), *Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, (Springer Wien New York 2009) Nr. 5 vd.

²²⁵ Sebok ve Wilcox (n. 224) Nr. 6.

²²⁶ Sebok ve Wilcox (n. 224) Nr. 7.

²²⁷ Wilcox (n. 218) No. 1.

²²⁸ Wilcox (n. 218) No. 2.

²²⁹ Melvin M Belli, "Punitive Damages: Their History, Their Use and Their Worth in Present-Day Society", (1980) 49 (1) *University of Missouri-Kansas City Law Review* 1, 4.

²³⁰ Yukarıda da belirtildiği üzere, *Rookes v. Barnard* kararı öncesinde ağırlaştırılmış tazminat ile cezalandırıcı tazminat ya da ibret tazminatı birbirine karıştırılmaktadır. Lordlar kamarası ise cezalandırıcı tazminatın ağırlaştırılmış tazminattan ayrılması hususunu gündeme getirmiştir. Bu üç kategori, *Rookes v. Barnard* kararında Lord Devlin tarafından yapılan konuşma ile oluşturulmuştur. Esasında bunlardan ilk ikisi oluşturulmuş ve üçüncüsü kabul edilmiştir. Bkz. Deakin, Johnston ve Markesinis (n. 224) 797; Wilcox, (n. 218) No. 4.

landırılmamalıdır. Fakat İdarenin dahil olan hallerde durum farklıdır, idarenin görevlileri, kamunun görevlileridir ve güçlerinin mutlaka hizmet yükümlülüklerine bağlı olarak kullanılması gerekir. Güçlü kişinin güçsüze karşı zorbaca davranmasının çirkin olduğu doğrudur, hatta bu durum büyük ihtimalle küçük düşürücü bir duruma sebebiyet verecektir, fakat fikrimce tazminat ile cezalandırılmaz.²³¹ Bu konuşmayla cezalandırıcı tazminat ve ağırlaştırılmış tazminat arasındaki ilk sınır çizilmiştir. Bu konuşma sonrasında İngiliz hukukunda verilen kararlarda kamu görevlisinin bahsi geçen davranışlarda bulunması cezalandırıcı tazminata sebebiyet verirken, diğer kişilerin bu davranışlarda bulunması ağırlaştırılmış tazminati doğurmuştur. Bu kategorideki şartların hepsinin bir arada olmasına gerek yoktur; başka bir ifadeyle bir kamu görevlisinin yalnızca keyfi ya da anayasaya aykırı davranışta bulunması, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi için yeterlidir²³². Bu kategori çerçevesinde dikkat edilecek husus, zarar verenin niteliği ve davranışı olup zarar görene olan etkisine odaklanılmayacaktır²³³. Kamu görevlilerinin baskıcı davranışları sebebiyle cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi, genelde polis memurlarının hukuka aykırı tutuklamalarında göze çarpmaktadır²³⁴. Bu davalarda Yüksek Mahkeme, ilk derece Mahkemesi polis memurlarının davranışlarında bir olağandışılığın bulunmadığını değerlendirse dahi, yalnızca hukuka aykırı tutuklamanın cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi için yeterli olduğunu belirtmiştir. Fakat bu kararlara, sonradan yine yüksek Mahkeme tarafından verilen bir karar olan AB v. South West Water Services Ltd. kararı sonrasında şüpheyle yaklaşılmalıdır; nitekim bu kararda ceza almayan kişinin cezalandırıcı tazminat ödemesine de hükmedilemeyeceği belirtilmiştir²³⁵. Bu kategori çerçevesinde kamu görevlisi kavramından ne anlaşılması gerektiği de açıklığa kavuşturulmalıdır. Kamu görevlisi kavramı, geniş olarak yorumlanmalıdır. Bu kavram yerel veya merkezi idareye bağlı olarak çalışan ve yönetim yetkilerini kullanan herkesi kapsamaktadır²³⁶.

İkinci kategori altında ise zarar verenin, elde edeceği faydanın zarar görene ödeyeceği tazminatı aştığını hesaplayarak davranışta bulunması hali mevcuttur. Bu kategori, Lord Devlin tarafından Bell v. Midland Railway Co., Willams v. Currie ve Crouch v. Great Northern Railway davaları üzerine yaratılmıştır²³⁷. Lord Devlin, bu kategorinin sebebi olarak şu açıklamayı yapmıştır:

²³¹ *Rookes v. Barnard* [1964] 1 All England Law Reports (All ER) 367, 408.

²³² *Wilcox* (n. 218) No. 6.

²³³ *Deakin, Johnston ve Markesinis* (n. 224) 797.

²³⁴ *Holden v. Chief of Lancashire* [1968] Queen's Bench (QB) 380; *Rowlands v. Chief Constable of Merseyside Police* [2006] England and Wales Court of Appeal (Civil Division) (EWCA C.) 1773.

²³⁵ *Deakin, Johnston ve Markesinis* (n. 224) 798.

²³⁶ *Wilcox* (n. 218) No. 10; *Deakin, Johnston ve Markesinis* (n. 224) 799-800.

²³⁷ *Wilcox* (n. 218) No. 11.



“Davacının haklarını küçümseyen bir umursamazlıkla hareket eden davalının kendi yanlış davranışı sonucunda elde edeceğini düşündüğü paranın yüksek ihtimale tazminat riskini açacağını hesaplaması durumunda, hukukun bu durumun cezasız bırakılmayacağını göstermesi zaruridir.”²³⁸ Bu kategori altında genellikle şeref ve haysiyetin ihlali ve kiralanandan hukuka aykırı tahliye halleri bulunmaktadır. Şeref ve haysiyetin ihlali sebebiyle cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceği, Lort Devlin’in “Bir kimsenin bir başkasının itibarını satarak kazanç elde etmesine izin verilmemelidir”²³⁹ cümlesinden çıkarılmaktadır. Şeref ve haysiyetin ihlali durumlarında “hesaplama” teriminden ne anlaşılması gerektiği tartışmaya konu olmuştur²⁴⁰. Ancak 1996 yılında verilen bir kararda, Yüksek Mahkeme, kesin bir matematiksel hesaplamanın şart olmadığına; fakat davalının planlamakta olduğu davranışın hukuka aykırı olduğunu bilip bilmediğinin ve buna rağmen potansiyel maddi kazanımlarının tazminat ile karşılaşılabileceği zarar ihtimalinden çok olması münasebetiyle bu davranışta bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğine karar vermiştir²⁴¹. Haksız fiili işleyen kimsenin eyleminin hukuka aykırı olduğunu bilip bilmediği değerlendirilirken, genişletici yorum yapılmış ve yalnızca bu kişinin eyleminin hukuka aykırı olduğunu bilmesi durumu değil, aynı zamanda eyleminin sonuçlarına kayıtsız kalması hali de bu kapsamda değerlendirilmiştir²⁴². Eylemin sonuçlarına kayıtsız kalınması durumuna dayanıldığı hallerde, haksız fiili işleyen kimsenin yayınladığı haberin gerçekliği hususunda samimi bir inancının bulunmadığının ispatlanması gerekmektedir²⁴³. Bu durumun konu edildiği John v. Mirror Group Newspapers Ltd. davasında, Elton John hakkında, kendisinin bulimia rahatsızlığına yol açan ve ölümcül bir diyetle olduğuna ilişkin bir haber yapan muhabirin, Elton John’un yemekleri çiğneyip ağzından çıkardığı görülen partide bulunmadığı ve bu durumun da kayıtsızlık testi için yeterli olduğuna kanaat getirilmiştir²⁴⁴. Buna sebep olarak Yüksek Mahkeme, belirtilen araştırmayı gazetenin kendi isteğiyle yapmış olduğunu, davacının temsilcisi tarafından haberi yapan kişinin haberin yanlışlığı konusunda uyarılmasını ve çok dikkatli davranması gerektiği hususunda verilen nasihati, haberin bir aciliyetinin olmamasını, gerekli kontrollerin yapılarak bir veya daha sonraki haftalarda da bu haberin yapılabileceğini ve kamuya mal olmuş kimse için haberin

²³⁸ *Rookes v. Barnard* [1964] 1 All ER 367, 410-411.

²³⁹ *Rookes v. Barnard* [1964] 1 All ER 367, 410.

²⁴⁰ Deakin, Johnston ve Markesinis (n. 224), s. 800.

²⁴¹ Deakin, Johnston ve Markesinis (n. 224), s. 800.

²⁴² Wilcox (n. 218) No. 13.

²⁴³ Wilcox (n. 218) No. 13.

²⁴⁴ *John v. Mirror Group Newspapers Ltd.* [1997] QB 586.

açıkça çok zarar veren bir durum olduğunu göstermiştir²⁴⁵. İkinci kategorinin kapsamına giren ikinci durum ise, kiralanandan hukuka aykırı tahliye halidir. Bu durum, Lort Devlin'in şu cümlelerinden çıkarılmıştır: "cezalandırıcı tazminat, davalının davacının hiç ya da özgülemek istediği değerden daha yükseğini vermeksizin sahip olamadığı eşya için yaptığı masraftan faydalanma amacını güttüğü durumları da kapsar."²⁴⁶ . Kiralanandan hukuka aykırı tahliye sebebiyle cezalandırıcı tazminata hükmedilen uyuşmazlıklardan biri Drane v. Evangelou davasıdır. Davada kira memuru, kira mevzuatı kapsamında davacının kira bedelini, mal sahibinin aleyhine azaltmıştır. Davacı dışarıdayken, davalının işbirliği yaptığı üç kişi, davacının evine girmiş, eşyalarını dışarıda evin arka bahçesine bırakmış ve davacının eve girmesini engellemişlerdir. Davacı yerine davalının akrabaları yerleştirilmiş ve mahkeme kararlarına rağmen, davacı 10 haftalık bir sürenin ardından evin zilyetliğini tekrar kazanabilmiştir. Bu durumda mahkeme, kiralanandan hukuka aykırı tahliye sebebiyle cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir²⁴⁷. Bu konudaki örnekler arttırılabilir²⁴⁸. Ancak bazı durumlarda bu sebeple cezalandırıcı tazminata Mahkemelerce hükmedilmediğinden, davacıların taleplerinin kabul edilip edilmeyeceği hususunda uygulamada netlik sağlanamamaktadır²⁴⁹.

İngiliz hukukunda cezalandırıcı tazminata hükmedilebilecek üçüncü durum ise Kanunla kabul edilen hallerdir. Ancak İngiliz Parlamentosu, cezalandırıcı tazminatın ceza hukuku ile özel hukuk arasındaki çizgiyi bulandırması sebebiyle bu tür tazminatı öngören düzenlemeleri arttırmak istememektedir²⁵⁰. Bu sebeple de zaten halihazırda çok ender olan düzenlemelere, Rookes v. Barnard kararı sonrasında bir ekleme yapılmamıştır²⁵¹. Bu düzenlemelere örnek olarak silahlı kuvvetlere hizmet eden kimseleri, görevli Mahkemenin izni olmaksızın bu kimselerin aleyhine yargılama yapılmasını engellemek suretiyle koruyan²⁵² 1951 tarihli Koruma ve Yardımcı Kuvvetler (Özel Menfaatleri Koruma) Kanunu verilebilir. Kanun'un 13. maddesi kapsamında bu izni almayan kimseler hakkında cezalandırıcı tazminata hükmedilebilir. Bu Kanun'a ek olarak 1988 tarihli Telif Hakkı, Tasarım ve Patent Kanunu ile 1977 tarihli Patent

²⁴⁵ *John v. Mirror Group Newspapers Ltd.* [1997] QB 586, 622-623.

²⁴⁶ *Rookes v. Barnard* [1964] 1 All ER 367, 411.

²⁴⁷ *Drane v. Evangelou* [1978] 2 All ER 437.

²⁴⁸ Ö. *McMillan v. Singh* (1985) 17 Housing Law Reports (HLR) 120; *Reid and Reid v. Andreou* [1987] Current Law Yearbook (CLY) 2250; *Daley v. Mahmood* [2006] Property & Compensation Reports (P & CR) 1 DG 10.

²⁴⁹ Deakin, Johnston ve Markesinis (n. 224) 800-801.

²⁵⁰ Özden Merhacı (n. 220) 107.

²⁵¹ Deakin, Johnston ve Markesinis (n. 224) 801.

²⁵² Wilcox (n. 218) No. 23.



Kanunu'nda da "ek tazminat" kavramına yer verilmiştir; ancak bu tazminatın niteliğinin cezalandırıcı tazminat olup olmadığı hususunda doktrin ve uygulamada tartışmalar mevcuttur²⁵³.

İngiliz hukukunda yukarıda belirtilen kategorilere giren her durum cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi için yeterli olmamıştır. Mahkemeler, kararlarında ayrıca başka kriterler de getirmişlerdir. Bu kriterler, bazen cezalandırıcı tazminata hiç hükmedilmemesini beraberinde getirirken, bazen de cezalandırıcı tazminatın miktarının belirlenmesi için rehber olmuştur. Bu kriterlerden ilki dava sebebi testidir. Dava sebebi testine göre, bir uyuşmazlıkta cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için, yalnızca kategori testinin geçilmesi yetmez, aynı zamanda dava sebebinin de cezalandırıcı tazminat talebi için elverişli olması gerekir. Cezalandırıcı tazminat talep edilebilecek haksız fiiller, iftira, fiili saldırı ve kötü muamele, hukuka aykırı tutuklama, taşınır veya taşınmaz mülkiyetinin ihlali, malın taşkın kullanılması ve ekonomik faaliyetin hukuka aykırı fiille ihlal edilmesi halleridir²⁵⁴. Bunun yanında, davacının cezalandırıcı tazminat talep edebilmesi için, cezalandırılmayı gereken bir fiilin mağduru olduğunu kanıtlanması²⁵⁵; ancak davalının bu davranış yüzünden ceza almamış olması²⁵⁶ gerekmektedir. Ayrıca, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin kamu yararını sağlamak bakımından en azından gerekli olması²⁵⁷ ve telafi edici tazminatın zarar vereni cezalandırmaya yetmeyecek olması²⁵⁸ da cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi ve tazminat miktarı bakımından önem taşımaktadır. Birden fazla davacının bulunması halinde, her davacı için hükmedilen tazminat miktarının toplamının davalı için cezalandırıcı nitelik taşıyıp taşımadığı da göz önüne alınması gereken hususlardan bir diğeridir²⁵⁹. Tazminat miktarı bakımından önem taşıyan bir diğer unsur, davalının ekonomik gücüdür²⁶⁰. Bu durum, John v. Mirror Group Newspapers Ltd. kararında şu cümlelerle açıklanmıştır: "sokaktaki adama büyük zarar verebilecek bir tazminat miktarına hükmedilmesi, ekonomik gücü yüksek bir şirket için için gülünç olabilir."²⁶¹.

²⁵³ Wilcox (n. 218) No. 25, 26; Deakin, Johnston ve Markesinis (n. 224) 801 dn. 58.

²⁵⁴ Wilcox (n. 218) No. 30; Deakin, Johnston ve Markesinis (n. 224) 802.

²⁵⁵ Wilcox (n. 218) No. 45.

²⁵⁶ Deakin, Johnston ve Markesinis (n. 224) 802; Wilcox (n. 218) No. 52 vd.

²⁵⁷ Wilcox (n. 218) No. 46.

²⁵⁸ Wilcox (n. 218) No. 50.

²⁵⁹ *Riches v. News Group Newspapers* [1986] QB 256, 288.

²⁶⁰ Wilcox (n. 218) No. 47.

²⁶¹ *John v. Mirror Group Newspapers Ltd.* [1997] QB 586, 625.

Amerikan hukukunda ise, İngiliz hukukunda olduğu gibi cezalandırıcı tazminata 18. yüzyılda hükmedilmeye başlanmıştır²⁶². Önemle belirtilmelidir ki, Amerikan hukukunda eyaletler arasında bir yeknesaklık olmadığından, cezalandırıcı tazminata bakış özelinde de farklılıklar bulunmaktadır²⁶³. Ancak, cezalandırıcı tazminatın kabul edildiği eyaletlerde, bu tazminata hükmedilebilmesi için belirli durumlar öngörülmüştür ve bunlar İngiliz hukukunda yukarıda belirtilen ve cezalandırıcı tazminatı (ibret tazminatını) etkisiz kılan şartlardan oldukça farklı ve cezalandırıcı tazminatın amacına hizmet eden, yerinde durumlardır.

Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminata karar verilen ilk dava, Genay v. Norris²⁶⁴ davası olmuştur. Bu davada, doktor olan davalı, davacının içeceğine yüksek miktarda uyarıcı madde (Spanish Fly) koymak suretiyle ihtilaf- lı olduğu davacının hastalanmasına sebep olmuştur. Davalı, bu davranışının amacının şaka yapmak olduğunu savunsa da aleyhine cezalandırıcı tazminata hükmedilmiştir. 1791 yılında evlenme vaadinden dönülmesi sonucunda açılan Corwell v. Colbaugh davasında ise, Mahkeme jüriye zarar görenin çektiği acı veya gerçek zararı üzerinden değil, ileride benzer durumları engellemek amacıyla cezalandırmanın ön planda tutulduğu bir tazminata hükmedilmesi görevini vermiştir²⁶⁵. 1800'lerden önceki kararlarda tazminatın hem telafi edici hem de cezalandırıcı yönüne Mahkemelerce önem verilirken, özellikle 1830'lardan sonraki kararlarda, Amerikan Mahkemeleri, tazminatın telafi edici yanından çok cezalandırıcı ve engelleyici yönünü ön plana çıkarmışlardır²⁶⁶.

Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminat ve tazminatın telafi etme amacı dışında bir amacının olup olamayacağı hususundaki tartışmalar, 1873 tarihli Fay v. Parker²⁶⁷ davası ile iyice artmıştır²⁶⁸. Bu kararda Mahkeme, cezalandırıcı tazminatın yanlış ve hukukun bütünlüğünü bozan bir müessese olduğunu belirtmiştir. Ancak bu kararın cezalandırıcı tazminatın tamamen reddedildiği New Hampshire eyaletinde verildiği gözden kaçırılmamalıdır. Bunun yanında, doktrinde de cezalandırıcı tazminat 19. yüzyılın sonlarında eleştirilmiştir. Nitekim, doktrinde Greenleaf, cezalandırıcı tazminatın kamu hukukunun ve

²⁶² Sebok (n. 222) No. 10 vd.

²⁶³ Örneğin, Louisiana eyaletinde kanunda açıkça belirtilmediği sürece cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi mümkün değildir. Nebraska ve New Hampshire eyaletleri ise cezalandırıcı tazminatı tamamen reddetmişlerdir. Massachusetts ve Washington eyaletlerinde de, özel bazı durumlar dışında cezalandırıcı tazminatı reddedilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sebok (n. 217) No. 2

²⁶⁴ *Genay v. Norris* [1784] 1 South Carolina Law Reports (S.C.L.) 6.

²⁶⁵ *Corwell v. Colbaugh* [1784] 1 New Jersey Law Reports (N.J.L.) 77.

²⁶⁶ Griffin B. Bell, "Punitive Damages and the Tort System", (1987) 22 (1) University of Richmond Law Review 1, 4.

²⁶⁷ *Fay v. Parker* [1872] 53 New Hampshire Supreme Court (N.H.) 342.

²⁶⁸ Belli (n. 229) 4.

özel hukukun fonksiyonlarını birbirine karıştırdığı gerekçesiyle cezalandırıcı tazminatın reddedilmesi gerektiğini öne sürmüştür²⁶⁹.

20. yüzyılın başlarında, cezalandırıcı tazminat gücün kötüye kullanılmasının cezalandırılması amacıyla kullanılmaya başlanmıştır²⁷⁰. Özellikle fiziksel olarak zayıf ve sosyal bakımdan güçsüz olan davacıların ve cinsel tacize veya saldırıya uğrayan ya da yaralanan kadınların lehine cezalandırıcı tazminata hükmedildiği gözlemlenmiştir²⁷¹. Benzer şekilde, yine bu yıllarda demiryolları ve ticari işlemler için de cezalandırıcı tazminata hükmedilmeye başlanmıştır²⁷². Bunun iki sebebi vardır. Öncelikle, Mahkemeler, şirketlerin sorumluluğunun kapsamını genişletmeye çalışmışlardır. İkinci olarak da Amerika'daki politik kültürün değişmesi ve işçi hareketleri ve ilerçilik akımının gelmesiyle birlikte, Mahkemeler özel hukuka tâbi işlemleri daha dikkatli incelemeye başlamışlar ve işçi ve tüketicileri daha çok korumak istemişlerdir²⁷³. Hileli satışların da cezalandırıcı tazminata konu olduğunu belirtmek gerekir²⁷⁴.

İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde ise Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminat yeni bir döneme girmiştir ve “etkili bir önleyicilik” amacına hizmet etmeye başlamıştır²⁷⁵. Bu dönemde, özellikle ürün sorumluluğu ve iş hayatına ilişkin haksız fiiller açısından Mahkemeler tarafından “cömert” tazminatlara hükmedilmeye başlanmıştır²⁷⁶. Cezalandırıcı tazminatın taraftar bulup uluslararası alanda da popülerlik kazandığı dönem, esasında bu dönemdir. Cezalandırıcı tazminat kavramı, kamuoyunda, *Liebeck v. McDonald's Restaurants*²⁷⁷ ile *Philip Morris USA v. Williams*²⁷⁸ davaları ile somutlaşmaktadır.

Sıcak kahve davası olarak da bilinen *Liebeck v. McDonald's Restaurants* davasında, olayın gerçekleştiği 1992 yılında 79 yaşında olan Liebeck, McDonald's'tan kahve almış ve arabada iki bacağına arasına sıkıştırarak kahve bardağının kapağını açarken kahve üzerine dökülmüştür. Vücudunda oluşan yanık

²⁶⁹ Sebok (n. 217) No. 11.

²⁷⁰ Sebok (n. 217) No. 16 vd.

²⁷¹ Michael Rustad ve Thomas Koenig, “The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers”, (1993) 42 (1) *The American University Law Review* 1269, 1992 vd.

²⁷² Rustad ve Koenig (n. 271) 1969, 1994 vd.

²⁷³ Sebok, (n. 217) No. 16.

²⁷⁴ Ör. bkz. *Huffman v. Moore* [1923] 115 *South Eastern Reporter* (S.E.) 634.

²⁷⁵ Sebok (n. 217) No. 20 vd.

²⁷⁶ Nadine Roddy, “Punitive Damages in Strict Products Liability Litigation” (1981) 23 (2) *William&Mary Law Review*, 333, 336 vd.

²⁷⁷ *Liebeck v. McDonald's Restaurants*, P.T.S., Inc., No. D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309 (N.M. Dist. Ct. August 18, 1994).

²⁷⁸ *Philip Morris USA v. William* [2007] 546 U.S. 346.

sebebiyle hastaneye kaldırılan Liebeck, 8 gün boyunca hastanede yatmış, bir ay boyunca evde kızının bakımına muhtaç kalmış ve deri nakli de dahil olmak üzere birçok operasyona maruz kalmıştır. Liebeck'in tedavisi toplamda iki yılı aşmıştır. Liebeck, bu durumdan dolayı McDonald's'a başvurmuş ve gerçekleşmiş ve gerçekleşmesi beklenen tedaviler için 20.000 Amerikan Doları talep etmiştir. McDonald's ise bu talebe karşılık 800 Amerikan Doları önermiştir. Bunun üzerine davacı, ürün sorumluluğu sebebiyle dava açmış ve manevi zararını da içine alan 100.000 Amerikan Doları telafi edici tazminatın yanında bunun üç katı kadar da cezalandırıcı tazminat talep etmiştir. Mahkeme, kararını verirken, McDonald's tarafından franchise alan tüm bayilere kahvenin 180-190 °F (82.2-87.8 °C) arasında tutma zorunluluğunun getirildiğini, bu sıcaklıktaki kahvenin dökülmesi durumunda üç ile sekiz saniye arasında kişide üçüncü derece yanığa yol açabileceğini, uzmanlar tarafından bu riskin kabul edilemez olduğunun mütalâa edildiğini, 10 yıldan uzun süredir McDonald's tarafından buna benzer zararların verilmesine karşın, çok yüksek miktarlarda gelir elde edildiğini ve McDonald's'ın müşterilerini yüksek sıcaklığa karşı uyardığını ve bu davranışı için bir açıklama getiremediğini dikkate almıştır. Jüri, McDonald's'ı %80 oranında kusurlu bularak, iki günlük kahve satışı bedeli olan 2,7 milyon Amerikan Doları cezalandırıcı tazminat ödenmesinin uygun olacağına karar vermiştir. Hâkim 160.000 Amerikan Doları telafi edici ve bunun üç katı olan 480.000 Amerikan Doları cezalandırıcı tazminata hükmetmiş; ancak taraflarca karar temyiz edildikten sonra, taraflar anlaşarak bu aşamada davadan vazgeçmişlerdir.

Philip Morris USA v. Williams davası ise, 1950'lerden beri Philip Morris tarafından üretilen sigaraları için Jesse Williams'ın 1997'de akciğer kanserinden ölmesi sonucunda, eşi tarafından ileri sürülen tazminat talebini konu edinmektedir. Sivrisinekleri uzaklaştırdığı inancıyla günde iki paketten fazla sigara içen ve ailesinin karşı çıkmasına rağmen onlara sigaranın insan sağlığına zararlı olmadığına ilişkin yayınlarla cevap veren Williams, akciğer kanseri sebebiyle Mart 1997'de vefat etmiştir. Jüri, Philip Morris'i Williams'ın ölümünde kusurlu bulmuş ve aleyhine 821.000 Amerikan Doları telafi edici tazminata, 79,5 milyon Amerikan Doları da cezalandırıcı tazminata hükmetmiştir. Davanın hâkimi BMW of North America, Inc. v. Gore davasına dayanarak, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin bu dava ile cezalandırıcı tazminatın Anayasa'ya uygunluğu hususunda belirlediği üç kriter olan davalının fiilinin kınanmayı gerektirip gerektirmediği, zarar-tazminat oranı ve kıyaslanabilir ceza kriterlerine göre jürinin kararını tekrar değerlendirmiş cezalandırıcı tazminat miktarını 32 milyon Amerikan Doları olarak belirlemiştir. Ancak Oregon Yüksek Mahkemesi de Amerikan Yüksek Mahkemesi de, Philip Morris'in olaydaki davranışı karşısında cezalandırıcı tazminatla telafi edici tazminat arasındaki oranın yüksekliğinin (somut olayda neredeyse 100 kat) normal olduğuna karar



vermişlerdir. 79,5 milyon Amerikan Doları tutarındaki cezalandırıcı tazminat son olarak Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından da onanmıştır.

Bu kararlardan da anlaşılabilceği gibi Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminata hükmedilen hallerden birincisi, cezalandırıcı tazminata sebebiyet veren eylemin ağır kusurlu olması, bir başka deyişle davalının kötülük etme sâikiyle hareket etmesi veya başkalarının haklarına kayıtsız kalıp aldırılmaz davranışlarda bulunmasıdır²⁷⁹. İkincisi ise, eylemin yüksek derecede zarar doğurma ihtimalidir²⁸⁰. Zira, bu hukuk sisteminde cezalandırıcı tazminatın ilk amacı, mağdurun zararının giderilip intikam duygusunun tatmin edilmesi, kırılan onurunun düzeltilmesidir²⁸¹. İkinci amacı ise, davalının cezalandırılması ve benzer davranışların önlenmesidir²⁸².

2. Cezalandırıcı Tazminatın Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi ve Özel Hukuk Cezası Kavramı

Yukarıda da değinildiği üzere, Kıta Avrupası hukuk sisteminde tazminatın temel amacı, zararın telafi edilmesini sağlamaktır. Bu amaç doğrultusunda bu sistemin içinde bulunan ülkelerin hukuk sistemlerinde cezalandırıcı tazminat reddedilmiştir²⁸³.

²⁷⁹ Restatement (Second) of Torts § 500, 1965. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Reed Smith, “Punitive damages – how much increased risk is enough?”, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=dc676a99-4bab-47a5-abe0-05e4ee362309> (son erişim tarihi: 20.12.2021).

²⁸⁰ Özden Merhacı (n. 220) 137.

²⁸¹ Sebok (n. 217) No. 41.

²⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. Sebok (n. 217) No. 44 vd.

²⁸³ Almanya’da iş hukukundaki ayrımcılık yasağının ihlalden kaynaklanan tazminat dışında, cezalandırıcı tazminat bulunmamaktadır. Bkz. Nils Jansen ve Lukas Rademacher, “Punitive Damages in Germany” iç Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox (edr), *Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, (Springer Wien New York 2009) No. 20-21. Avusturya: Karner (n. 200) 1/3, No. 4. Yunanistan’da da cezalandırıcı tazminatın kabul edilmediği; ancak özel hukuk cezasına hükmedilebileceğinin Yüksek Mahkeme tarafından kabul edildiği hakkında bkz. Eugenia Dacaronia, “General Overview, Sweden” iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/5 Nr. 6. Fransa’da da Kanunlarda açık bir şekilde cezalandırıcı tazminat bulunduğu geçmemekle beraber, öngörülen bazı hükümlerin cezalandırıcı tazminata benzerlik gösterdiği hakkında bkz. Jean-Sébastien Borghetti “Punitive Damages in France”, iç Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox (edr), *Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (Springer Wien New York 2009) No. 3 vd. Hollanda: Lindenbergh, (n. 200) 1/8 Nr. 6. İtalya: Coggiola, Gardella Tedeschi ve Grazidei (n. 200) 1/9 Nr. 6. İspanya: Miquel Martin-Casals ve Jordi Ribot, “General Overview, Spain”, iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/10 Nr. 3; Pedro del Olmo, “Punitive Damages in Spain” iç Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox (edr), *Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, (Springer Wien New York 2009) No. 7 vd. Portekiz: Pereira ve Veloso, (n.

Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan Türk hukukunda ise cezalandırıcı tazminatın kabul edilip edilmediği hususunda doktrinde bir tartışma mevcuttur. İlk görüşe göre, cezalandırıcı tazminat ile özel hukuk cezası kavramları aynı anlama gelmektedir ve dolayısıyla Türk hukukunda da cezalandırıcı tazminatın kabul edildiği söylenebilir²⁸⁴. Özel hukuk cezası ve cezalandırıcı tazminat kavramlarının benzerlikler taşıdığı hususunda bir şüphe bulunmamaktadır. Nitekim, cezalandırıcı tazminatın da özel hukuk cezası müessesesinin de amacı, zarar verenin cezalandırılması ve zarar verici davranışın önlenmesidir. Bunun yanında, hem özel hukuk cezası hem de cezalandırıcı tazminat, mağdurun zararını değil, zarar veren kimsenin davranışını esas almaktadır²⁸⁵. Son olarak, cezalandırıcı tazminat miktarı da özel hukuk cezası da zarar miktarını aşabilir²⁸⁶. Ancak “cezalandırıcı tazminat” ile “özel hukuk cezası” kavramlarının aynı anlama gelip gelmediğinin tespit edilebilmesi için bunlar arasında farklılık bulunup bulunmadığının da araştırılması gerekmektedir. Özel hukuk cezası ve cezalandırıcı tazminat kavramları arasında bazı farklılıklar da bulunmaktadır. Bu farklılıklardan ilki, cezalandırıcı tazminata hükmedilebilmesi için zararın varlığı aranırken, özel hukuk cezasına hükmedilebilmesi için zararın meydana gelmesinin zorunlu olmamasıdır²⁸⁷. Bunun yanında, cezalandırıcı tazminatta, tazminat olarak bir miktar paraya hükmedilirken, özel hukuk cezasında her zaman bir miktar paraya hükmedilmemektedir²⁸⁸. Ayrıca, bazı koşullar olayda

200) 1/11 Nr. 11. İsveç: Andersson, (n. 200) 1/17 Nr. 1. Polonya: Eva Baginska ve Mirosaw Nesterowicz, “General Overview, Poland”, iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/22 Nr. 5; Macaristan: Attila Menyhárd “Punitive Damages in Spain”, iç Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox (edr), *Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, (Springer Wien New York 2009) No. 1 vd.

²⁸⁴ Bernhard Grossfeld, *Die Privatstrafe: ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts* (Alfred Metzner 1961) 44-48; İbrahim Gül, *ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza* (Yetkin Yayınları, 2015) 169 vd. (Yazar, cezalandırıcı tazminat yerine medeni ceza terimini kullanmıştır.); Başak Başoğlu, “Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi” (2016) 15 (1), İKÜHFD 617, 626 vd. (Yazara göre, Türk hukuku ile cezalandırıcı tazminat arasında bir doku uyumsuzluğu bulunmamaktadır.); Özden Merhacı, (n. 220) s. 172.

²⁸⁵ Antalya (n. 197) 453.

²⁸⁶ Aşağıda incelenen örneklerin hepsinde, tazminat miktarı, zarar miktarını aşmaktadır.

²⁸⁷ Aşağıda inceleneceği üzere, gerçek olmayan vekaletsiz işgörmenin yaptırımı olarak düzenlenen menfaat devri ya da iş hukukundaki kötüniyet tazminatı için, zararın doğması şart değildir. Karş. görüş için bkz. M. Tarık Gülerüz ve Ayça Zorluoğlu Yılmaz, “Bir Anglo-Amerikan Hukuku müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi” (2019) 141 TBB Dergisi 326, 347. Yazarlar, iş hukukunda düzenlenmiş bulunan ve hükmedilmesi için zarara gereksinim duyulmayan tazminatları, bu sebeple cezalandırıcı tazminat olarak değerlendirmişlerdir.

²⁸⁸ Örneğin, aşağıda inceleneceği üzere, mirasçılıktan çıkarma ya da mirastan yoksunluk durumlarında yaptırım, bir miktar paranın ödenmesi değildir.



bulunmak şartıyla neredeyse her durumda cezalandırıcı tazminata hükmedilebilirken²⁸⁹, özel hukuk cezasına yalnızca öngörülen durumlarla sınırlı olarak hükmedilebilir. Bunlara ek olarak, cezalandırıcı tazminatta ilk amaç cezalandırmak olduğundan ve somut olayda hangi meblağın davalıyı cezalandırmak için yeterli olacağı önceden tespit edilemeyeceğinden, üst sınır bulunmazken ve tazminat tutarı hâkimin takdir yetkisindeyken²⁹⁰, özel hukuk cezasında genellikle bir üst sınır belirlenmiştir²⁹¹. Son olarak, cezalandırıcı tazminat miktarı belirlenirken, diğer faktörlere ek olarak hükmedilen tazminatın zarar vereni cezalandırma amacına hizmet edip etmediği ve zarar verenin ekonomik durumu dikkate alınırken²⁹²; özel hukuk cezasında, bir miktar para ödenmesine karar verildiğinde, zarar verenin ekonomik durumu bu paranın miktarına etki etmez. Bazı durumlarda özel hukuk cezasının konusu bir miktar paranın ödenmesi şeklinde ortaya çıkmayabilir, çıktığında da Kanunda öngörülen miktara hâkim tarafından hükmedilmek gerekmektedir. Dolayısıyla, bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, cezalandırıcı tazminat ile özel hukuk cezası kavramları aynı anlama gelmemekte, farklı kurumları işaret etmektedir²⁹³.

Bu farklılıklar ışığında, Türk hukukunda kanunkoyucunun telafi edici tazminattan ayrıldığı örnekler üzerinde durulduğunda, esasında Türk hukukunda da Kıta Avrupa hukuk sisteminde olduğu gibi cezalandırıcı tazminatın reddedildiği; ancak özel hukuk cezası niteliği taşıyan hükümlerin bulunabildiği gözlemlenebilecektir.

Hukukumuzda özel hukuk cezasına²⁹⁴, öncelikle TBK m. 355/3'te²⁹⁵ rastlanmaktadır. TBK m. 355'e göre, kiraya veren gereksinim sebebiyle kiralananın boşaltılmasını sağlamışsa ya da taşınmazın yeniden inşa ve imar amacıyla bo-

²⁸⁹ Bkz. yukarıda İngiliz ve Amerikan hukukunda cezalandırıcı tazminat ile ilgili yapılan açıklamalar.

²⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gül (n. 284) 256-257.

²⁹¹ GÜL, çalışmasında medeni ceza ve cezalandırıcı tazminat kavramlarını aynı anlamda kullanmış ve muhtelif müesseselerin hukuki niteliğini değerlendirirken, bir üst sınır belirlenmiş olması münasebetiyle bunların medeni ceza yani cezalandırıcı tazminat teşkil etmeyeceklerini belirtmiştir. Bkz. Gül (n. 284) 355, 362, 366, 393 vd.

²⁹² Bkz. yukarıda cezalandırıcı tazminatın miktarının belirlenmesi hususunda yapılan açıklamalar.

²⁹³ Aylin Hekim ve Mikail Bora Kaplan, "Cezalandırıcı Tazminat ve Medeni Ceza Kavramlarının Karşılaştırılması", iç Başak Baysal (edr), *Sorumluluk Hukuku – Seminerler – Makaleler 2017*, (On İki Levha Yayıncılık 2017), 180 vd.; Güleriyüz ve Zorluoğlu Yılmaz (n. 287) 354. (Yazarlar, belirli yaptırımların hukuki niteliklerini değerlendirirken, cezalandırıcı tazminat ve özel hukuk cezasının farklı müesseseler olduklarını kabul etmişlerdir.)

²⁹⁴ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I*, (Vedat Kitapçılık 2013) 340.

²⁹⁵ "Kiraya veren, bu hükümlere aykırı davrandığı takdirde, eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlüdür."

şaltılması sağlanmışsa, üç yıl boyunca, bunu başkasına kiralaması mümkün değildir. Buna aykırı davranılması halinde, kiraya veren, eski kiracısına son bir yıllık kira bedelinden az olmamak koşuluyla tazminat ödeme yükümlülüğüyle karşılaşmaktadır. Bu hükümde, esasında kiracının bir zararı olmamasına karşın kendisine tazminat ödeneceği düzenlenmiştir. Üstelik, düzenlemenin lafzından, hâkimin bu konuda takdir yetkisinin bulunmadığı da anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, kiracının zararı doğmasa bile, kiracı, bu tazminata hak kazanmaktadır. Dolayısıyla, bu hükümle, cezalandırıcı ve önleyici amaç güdülmekle beraber, zarar doğmamasına karşın tazminata hükmedilmesi, düzenlemenin cezalandırıcı tazminattan ayrılıp özel hukuk cezası niteliği taşımasını beraberinde getirmiştir.

TBK'da düzenlenen bir diğer özel hukuk cezası, gerçek olmayan vekaletsiz işgörmenin yaptırımı olan menfaatlerin devridir²⁹⁶. TBK m. 530'e göre, "İşsahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, işgörmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir...". Hüküm kapsamında, işsahibinin zararı doğmasa bile²⁹⁷, elde edilen menfaatlerin kendisine devrini isteyebilmesi, tazminatın Kıta Avrupası hukuk sisteminde sahip olduğu telafi amacını karşılamamakta, aksine cezalandırma ve önleme amacını ön plana çıkarmaktadır²⁹⁸. Ancak zarar doğmamasına karşın kazanılan menfaatlerin devredileceğinin öngörülmesi ve talep edilebilecek meblağın üst sınırı olarak işgörmeden doğan faydaların konulması, bu müesseseyi de cezalandırıcı tazminattan ayırıp özel hukuk cezası niteliğini haiz olmasını sağlamıştır.

TTK m. 52²⁹⁹ ve 56'da³⁰⁰ da haksız rekabet ve ticaret unvanının ihlali sebepleriyle menfaat elde etmesi mümkün görünen davalının elde edeceği menfaatin davacıya devredilmesi öngörülmüştür. Bu hükümlerde de zarar doğmamasına karşın kazanılan menfaatlerin devredileceğinin öngörülmesi ve talep edilebilecek meblağın üst sınırı olarak elde edilmesi beklenen menfaatlerin konulması, hükümlerin hukuki niteliğinin özel hukuk cezası olmasını beraberinde getirmektedir.

²⁹⁶ Ece Baş Süzel ve Candan Yasan, "Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk", (2016) 22(22) MÜHFHAD 365, 368; Ece Baş Süzel, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme –Menfaat Devri Yaptırımı-* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 179-181; H. Kübra Ercoşkun Şenol, "Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmenin Sistematik Açından Borçlar Kanunundaki Yeri ve 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Durum", (2018) 22 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37, 40, 46.

²⁹⁷ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II*, (Vedat Kitapçılık 2014) 247 (Gümüş, C. II)

²⁹⁸ Karş. görüş için bkz. Gül (n. 284) 358.

²⁹⁹ "...Maddi tazminat olarak mahkeme, tecavüz sonucunda mütecevizin elde etmesi mümkün görülen menfaatinin karşılığına da hükmedebilir."

³⁰⁰ Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir.

TTK'da yolcu taşıma hükümleri arasında da özel hukuk cezasına rastlanmaktadır. TTK m. 907, 908 ve 914'teki durumların gerçekleşmesi halinde, yolcunun zararı bulunmasa dahi, bilet ücretinin üç katı tazminat ödeneceği düzenlenmiştir. Bu hükümleri cezalandırıcı tazminattan ayıran iki nokta, yine davacının zararının bulunmasının zorunlu olmaması ve tazminatın üst sınırının belirlenmiş olmasıdır.

İş hukukunda da özel hukuk cezası niteliğini taşıyan düzenlemeler bulunmaktadır. İş Kanunu 5/6'da³⁰¹, işçinin eşit davranma yükümlülüğünü ihlal eden işverenden yoksun bırakıldığı haklarının yanında dört aya kadar ücreti tutarında tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir. Yine aynı Kanun m. 17/6'da³⁰² kötüniyet tazminatı düzenlenmiş olup fıkraya göre, kötüniyetli fesih durumunda işçi lehine bildirim süresinin üç katı, bildirim şartına da uyulmaması durumunda ise dört katı tutarında tazminata hükmedilir. Bu tazminata kötüniyet tazminatı adı verilmektedir³⁰³. Kötüniyet tazminatı, işçinin zararı bulunmasa da ödenmesi gereken bir tazminattır³⁰⁴. İş Kanunu m. 21'de de yapılan feshin geçersiz sebebe dayandığının Mahkeme ya da hakem tarafından tespiti durumunda işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatma yükümlülüğünün bulunduğu, bu yükümlülüğüne aykırı davranması halinde de işçiye en az dört, ek çok sekiz aylık maaşı tutarında tazminat ödenmesi gerektiği öngörülmüştür. Benzer şekilde, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25/4'e³⁰⁵ göre, iş sözleşmesinin işveren tarafından sendikal sebeplerle feshedilmesi halinde, işverenin işçiye bir yıllık ücretinden az olmamak kaydıyla tazminat ödemesi düzenlenmiştir. Tüm bu düzenlemelerde iki husus göze çarpmaktadır: Bunlardan birincisi, tazminatın talep edilebilmesi için işçinin zarara uğramasının zorunlu olmadığı ve ikincisi azami miktarın belirli olduğu hususlarıdır. Bu iki sebepten dolayı, iş hukuku kapsamında belirtilen düzenlemeler de cezalandırıcı tazminat özelliği taşımamakta, özel hukuk cezası kavramı çerçevesinde kalmaktadır.

³⁰¹ “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir.”

³⁰² “İşverenin bildirim şartına uymaması veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesi, bu Kanununun 18, 19, 20 ve 21 inci maddesi hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz. 18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanununun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir.”

³⁰³ Sarper Süzek, İş Hukuku (Beta Yayıncılık 2015) 565.

³⁰⁴ Süzek (n. 303) 565.

³⁰⁵ “İşverenin yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir.”

İcra İflas Kanunu (İİK) m. 21/3³⁰⁶ hükmü, Türk hukukundaki bir diğer özel hukuk cezası örneğidir. Bu hükümlerle bilerek yanlış adrese yapılan tebligat sebebiyle diğer tarafa verilen zararların %15 fazlasının ödenmesi öngörülmüştür. İİK m. 67/3'te³⁰⁷ düzenlenen kötüniyet ve icra inkâr tazminatlarının da birer özel hukuk cezası niteliği taşıdığı söylenebilir. Zira, belirtilen tazminatlara hükmedilmesi için karşı tarafın zararının doğması zorunlu değildir ve cezalandırıcı tazminattan farklı olarak kanunkoyucu tarafından bir üst sınır belirlenmiştir. Dolayısıyla, icra inkâr ve kötüniyet tazminatları da Kıta Avrupa hukukunda tazminat için benimsenmiş olan telafi amacından ayrılıp cezalandırma ve önleme amacını üstün tutmuştur; ancak cezalandırıcı tazminat niteliği değil, özel hukuk cezası niteliği taşımaktadırlar.

Hukukumuzda, bazı durumlarda çoklu tazminat düzenlemelerinin yapıldığı da gözlemlenmektedir. Bunlardan ilki, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 58'de³⁰⁸ yer alan üç kat tazminat düzenlemesidir. Hükme göre, kasıt veya ağır ihmal sonucu rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanmasına sebep olunursa, bundan zarar görenler uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminat talep edebilirler. Öğretide bu hükümlerle öngörülen üç kat tazminatın hukuki niteliği hususunda tartışmalar mevcuttur³⁰⁹. Bizim de katıldığımız

³⁰⁶ “Adres değişikliği, yukarıdaki fıkra gereğince alacaklı veya borçlu tarafından diğer tarafa tebliğ olduğu halde eski adrese tebligat yaptırarak Tebligat Kanununun 35 inci maddesinden faydalanmış olan taraf bu suretle diğer tarafa verdiği bütün zararları yüzde 15 fazlasıyla ödemeye mecbur olduğu gibi hakkında 343 üncü maddedeki ceza da uygulanır.”

³⁰⁷ “Bu davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkum edilir.”

³⁰⁸ “Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler; bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır. Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.”

³⁰⁹ Bizim katılmadığımız bir görüşe göre, bu hüküm Kanundan kaynaklanan bir cezai şarttır. Bkz. Metin Topçuoğlu “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 28-29 Mayıs 2009, s. 7; Ancak, yine bizim katılmadığımız diğer bir görüşe göre, bu hükümdeki tazminatın niteliği, ağır kusurun aranmış olması ve tazminatın zarar miktarını aşmış olması münasebetiyle bir cezalandırıcı tazminattır. Bkz. İsmail Macit, “Türk Rekabet Hukukunda Bir cezalandırıcı Tazminat Örneği Olarak Üç Kat Tazminat”, (2020) 10 (20) HKÜHFD 376-377; Gül (n. 284) 355-356; Özden Merhacı (n. 220) 193; Baş Süzel (n. 296) 170.



görüŖe göre, bu hükümlerle öngörülen üç kat tazminat yaptırımı, bir özel hukuk cezası niteliği taşımaktadır³¹⁰. Zira, cezalandırıcı tazminattan farklı olarak, burada bir üst sınır öngörölmüŖtür. Bu hüküm çerçevesinde hâkimin, kusurun derecesini ya da tarafların ekonomik durumunu veyahut birden çok mağdurun olmasını göz önüne alarak tazminat miktarının belirleme esnasında kullanacağı takdir yetkisinin kapsamı, cezalandırıcı tazminata göre daha dardır. Sözü geçen tazminata hükmedilebilmesi için belirli bir düzeyde kusurun varlığına duyulan ihtiyaç, bunu cezalandırıcı tazminat niteliğine büründürmeyecektir.

Buna karşılık, eser sahibine belirli şartlar altında üç kata kadar tazminat talep etme hakkı tanınan FSEK m. 68/1³¹¹ ve 2³¹² hükümlerinin, eser sahibinin bunu talep edebilmesi için, karşı tarafın kusurlu olmasının aranmaması³¹³ münasebetiyle, cezalandırıcı tazminat ya da özel hukuk cezası teşkil ettiği söylenemez³¹⁴. Zira, özel hukukta da kamu hukukunda da bir fiilin cezalandırılabilmesi için muhakkak kusura ihtiyaç duyulmaktadır. Dolayısıyla bu hüküm, yalnızca bir çoklu tazminat düzenlemesidir. Her ne kadar çoklu tazminat kapsamına girmese de, yine de bu noktada değerlendirilmesinde yarar olan ve TMK m. 995'te kötüniyetli zilyedin iade yükümlülüğü kapsamında öngörülen kötüniyetli zilyedin elde etmeyi ihmal eylediği ürünler karşılığında tazminat ödeme yükümlülüğü de, burada kötüniyetli zilyedin kusursuz sorumlu olması münasebetiyle, özel hukuk cezası ya da cezalandırıcı tazminat teşkil edemez³¹⁵. Aynı doğrultuda, karşılıksız çek keŖide edilmesi halinde, çek düzenleyen kişinin çekin karşılığı çıkmayan kısmının yüzde onunu ödemekle yükümlü olduğunu

³¹⁰ Hekim ve Kaplan (n. 293) 179 dn. 74.

³¹¹ "Eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden, izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir."

³¹² "İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmamışsa hak sahibi çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir. Bu husus, izinsiz çoğaltanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz."

³¹³ Ahmet Kılıçoğlu, *Sinai Haklarla KarşılaŖtırmalı Fikri Haklar* (Turhan Kitabevi 2006) 395; Sami Karahan, Cahit Suluk, Tahir Saraç, ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, (Seçkin Yayıncılık 2012) 138; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2012) 305.

³¹⁴ Gül (n. 284) 348-349; Güleriyüz ve Zorluoğlu Yılmaz (n. 287) 351. Karş. görüş için bkz. Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan Kitabevi 2008) 649. (Yazara göre, bu hüküm bir özel hukuk cezası niteliği taşımaktadır); yine karş. görüş için bkz. Tekinalp (n. 314) 305 (Yazara göre, FSEK'tesi üç kat tazminat, TBK m. 179 anlamında Kanundan kaynaklanan bir cezai şarttır.).

³¹⁵ Karş. görüş için bkz. Güleriyüz ve Zorluoğlu Yılmaz (n. 287) 354-355.

düzenleyen TTK m. 783/3 hükmü de bir özel hukuk cezası ya da cezalandırıcı tazminat niteliği taşımamaktadır³¹⁶. Nitekim, bu hükümde de zarar görenin zararı bulunmasa dahi, belirtilen meblağın kendisine ödeneceği açıkça düzenlenmiştir; ancak bu kişinin sorumlu olması için kusurlu olması gerekmemektedir³¹⁷.

Özel hukuk cezasının konusunu her zaman bir miktar paranın ödenmesi oluşturmamaktadır. Bazı durumlarda bir haktan mahrum kalınması da özel hukuk cezası niteliği taşıyabilir. Örneğin TMK m. 610/2'de³¹⁸ belirli davranışlarda bulunan mirasçının mirası reddedemeyeceği düzenlenmiştir. Benzer şekilde, TMK m. 510'da ve 538'de düzenlenen mirasçılıktan çıkarma ve mirastan yoksunluk halleri de bu yönüyle özel hukuk cezasına örnektir³¹⁹.

Türk hukukunda cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi, hukuki güvenlik ilkesiyle de bağdaşmamaktadır. Hukuk devletinin en önemli unsurlarından biri olan hukuki güvenlik ilkesine göre, bir kimsenin bulunduğu davranışın hangi yaptırımın konusunu teşkil edebileceğini öngörebilmesi gerekmektedir. Ancak cezalandırıcı tazminatın üst sınırının olmaması, hukuki güvenlik ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

VI. SONUÇ YERİNE: HAKARETİN YAPTIRIMININ ÖZEL HUKUK CEZASI OLARAK DÜZENLENMESİ

Hakaretin suç olarak düzenlenmesiyle korunan hukuki konu şereftir. Şeref kişilik hakkının bir parçası olduğundan, şerefi ihlal edilen kimse, TBK m. 58 kapsamında aynı zamanda manevi tazminat talep edebilir. Ancak şeref, toplumun genel yapısı ve sosyolojik düzen bakımından özel önem arz etmektedir. Bu sebeple kanunkoyucu da şerefe saldırıda bulunulması durumunda hem ceza hukuku hem de özel hukuk yaptırımını öngörmüştür. Ancak yukarıda açıklanan sebeplerle hakaret nedeniyle ceza yaptırımına başvurulması yerinde ve gerekli değildir. Bu kapsamda Türk hukuk sisteminde çalışmanın da konusunu oluşturan genel hakaret suçlarının tümüyle yürürlükten kaldırılması ve yalnızca özel hukuk yaptırımlarının uygulanması gerekmektedir.

Genel hakaret suçlarının suç olmaktan çıkarılması ve yalnızca özel hukukta telafi edici nitelik taşıyan manevi tazminat yaptırımının bırakılması, şerefin

³¹⁶ Karş. görüş için bkz. Gülerüz ve Zorluoğlu Yılmaz (n. 287) 348-349

³¹⁷ Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku (On İki Levha Yayıncılık 2007) 278; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen ve Arslan Kaya, *Kıymetli Evrak Hukuku*, (On İki Levha Yayıncılık 2015) 281.

³¹⁸ “Ret süresi sona ermeden mirasçı olarak tereke işlemlerine karışan, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan ya da tereke mallarını gizleyen veya kendisine maleden mirasçı, mirası reddedemez.”

³¹⁹ Kürşad Yağcı, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma* (On İki Levha Yayıncılık 2013) 63 vd.; Gülerüz ve Zorluoğlu Yılmaz (n. 287) 357-358.



korunması bakımından eksiklik yaratacaktır. Zira, yukarıda belirtildiği üzere, manevi tazminat, telafi edici bir tazminat türüdür ve yalnızca kişinin uğradığı zararın tazmin edilmesini sağlar. Fakat hakaret bakımından ihtiyaç duyulan husus hem mağdurun zararının giderilmesinin sağlanması hem de zarar verenin hakaret fiilinde bir daha bulunmasının engellenmesidir. Bunun için de önleyici ve caydırıcı bir yola ihtiyaç duyulmaktadır. Dolayısıyla, yukarıda belirtilen nedenlerle genel hakaret suçlarının suç olmaktan çıkarılması; ancak bunun yerine cezalandırma ve önleme amaçlarına hizmet eden bir özel hukuk yaptırımının kanunkoyucu tarafından öngörülmesi önerilebilir. Bu da kanunkoyucunun, TMK’de kişiliğin korunması bölümünün altında adın korunması hükümlerinin sonrasına, şeref de kişiliğin bir unsuru olduğundan “şerefın korunması” başlığıyla özel hukuk cezasını öngören bir hüküm eklemesi ile mümkün olabilir. Bu hükmün yaptırım kısmı ise özel hukuk cezası olarak TCK’nın 125. maddesinin 1. fıkrasında seçimlik olarak öngörülen adli para cezasına endekslenebilir. Bu hükümde neden özel hukuk cezasının tercih edildiği ve ağırlaştırıcı tazminatın tercih edilmediği sorusu akla gelebilir. Ancak ağırlaştırıcı tazminatta, tazminatın telafi edici fonksiyonu ön planda iken, özel hukuk cezasında, önleme ve caydırma işlevleri öne çıkmaktadır. Bu noktada amaçlanan hakaret fiilinde bulunulmasının önlenmesi ve kişinin caydırılması olduğundan, özel hukuk cezası tercih edilmektedir.

TCK’nın 125. maddesinin 1. fıkrasında adli para cezasının alt ve üst sınırları gösterilmediğinden öğretilde TCK’nın 52. maddesinde öngörülen sınırların dikkate alınmasının gerekli olduğu savunulmaktadır. Bu kapsamda TCK’nın 52. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “Adli para cezası”nın, “beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlen”mesi gerektiği belirtilmektedir. Söz konusu durumda hakaret için öngörülen hapis cezasının alt sınırı ile adli para cezası bakımından TCK’nın 52. maddesinin 1. fıkrası uyarınca öngörülen beş gün şeklindeki alt sınır birbiriyle orantılı değildir. Bu nedenle adli para cezasının alt sınırının hakaret suçu için öngörülen hapis cezasının alt sınırı olan üç ay üzerinden hesaplanması gerektiği üst sınırın iki yılın karşılığını oluşturan ve hali hazırda TCK’nın 52. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen yediyüzotuz gün sınırı içinde kaldığı bu nedenle de doksan günden yediyüzotuz güne kadar adli para cezası şeklinde uygulanması gerektiği öğretilde ileri sürülmektedir.³²⁰ Söz konusu görüşlerin, her ne kadar günümüzde savunulduğu görülseyse de 5377 sayılı Kanun ile TCK’nın 61. maddesine 9. fıkra olarak “adli para cezasının

³²⁰ Hafizoğulları ve Özen (n. 13) 253. Bu görüşe göre aksinin kabulü, adli para cezasının ödenmemesi halinde CGTİHK’nın 106. maddesi uyarınca bu adli para cezasının hapis cezasına çevrilmesi bakımından adil olmayan sonuçlara sebebiyet verecektir. Bkz. Yenidünya ve Alşahin (n. 3) 85.

seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz.” şeklinde eklenen hükmün yürürlüğe girmesinden evvel önem taşıyacağı belirtilmelidir. Nitekim 5377 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihinden evvel TCK’nın 52. maddesinin 1. fıkrası gereğince alt sınırın beş gün, söz konusu tarihten sonra işlenen suçlar bakımından TCK’nın 61. maddesinin 9. fıkrası gereğince alt sınırın doksan gün olacağı belirtilmelidir.³²¹

TCK’nın 52. maddesinin 1. fıkrasında “Belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibaret” olacağı 2. fıkrasında “En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir” edileceği, 3. fıkrasında “Kararda, adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar”ın “ayrı ayrı gösteril”eceği düzenlenmektedir. Bu kapsamda yaptırım olarak önerilen özel hukuk cezasıyla ilgili olarak, cezalandırıcı tazminattan farklı olarak özel hukuk cezasında kişilerin maddi olanakları ceza miktarına etki etmediğinden, bir gün karşılığı olarak en az yirmi Türk Lirasının öngörülmesi önerilebilir.

Kanunkoyucunun tercihine bağlı olarak hakaret suçunun nitelikli halleri gerçekleştiği takdirde yine bu nitelikli hallerle ilgili olarak önerilen tazminat bakımından artırım öngörülmesi mümkünse de çalışmada da özellikle de kamu görevlisine karşı görevinden dolayı gerçekleştirilen hakaretle ilgili olarak yer yer değinildiği üzere daha fazla bir korumanın gerekli olmadığını altı çizilmektedir. Ancak aksinin kabulü halinde öngörülen özel hukuk cezasının, işlenen fiille orantısız olmaması konusunda azami özenin gösterilmesi gereklidir.

Özel hukuk cezasının kabulüyle, onarıcı adaletten de bahsetmenin olanaklı hale geleceği belirtilmelidir. Nitekim hakaretin suç olarak düzenlenmesi nedeniyle fail hakkında verilecek adli para cezası ya da hapis cezası, hakarete uğrayanın lehine bir tazminatın verilmesini içermemektedir.

KAYNAKÇA

Andersson H, “General Overview, Sweden” iç Bénédicte Winiger, Helmut Kozio, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage (De Gruyter 2011) 1/17

Antalya OG, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, (Seçkin 2018)

³²¹ Gökcan ve Artuç (n. 12) 4667.



Artuk ME, Gökçen A ve Yenidünya C, Ceza Hukuku Özel Hükümler (15. Bs., Adalet Yayınevi 2015)

Askeland B, “Basic Questions of Tort Law from a Norwegian Perspective” iç Helmut Koziol (ed), Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective (Jan Sramek 2015) 97-161

Askeland B, “General Overview, Norway” iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage (De Gruyter 2011)

Aydın D, “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu” (2013) 19(2) Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 879-918

Aydın ÖD, “Ceza Hukuku’nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu” (2004) (53) TBBD 63-140

Baginska E ve Nesterowicz M, “General Overview, Poland”, iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage (De Gruyter 2011)

Baş Süzel E ve Yasan C, “Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk”, (2016) 22 (22) MÜHFHAD 365-396.

Baş Süzel E, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme –Menfaat Devri Yaptırımı– (On İki Levha Yayıncılık 2015)

Başak B, Haksız Fiil Hukuku – BK 49-76 (On İki Levha Yayıncılık 2019)

Baçoğlu B, “Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi” (2016) 15 (1), İKÜ-HFD 617-637.

Bayraktar K, Keskin Kızıroğlu S, Yıldız AK, Zafer H, Aksoy Retornaz E, Ak-yürek G, Evik AH, Sınar H, Altunç S, AYTEKİN İnceoğlu A, Erman B ve Erman Eroğlu F, Özel Ceza Hukuku - Cilt III - Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar (TCK m. 106-140), (On İki Levha Yayıncılık 2018)

Belli MM, “Punitive Damages: Their History, Their Use and Their Worth in Present-Day Society”, (1980) 49 (1) University of Missouri-Kansas City Law Review 1-23

Borghetti J-S, “General Overview, France” iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage (De Gruyter 2011)

Borghetti J-S, “Punitive Damages in France”, iç Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox (edr), Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives (Springer Wien New York 2009) s. 55-73

Bydlinski F, System und Prinzipien des Privatrechts (Springer 1996)

Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (5. Bs., Beta Yayıncılık 2021)

Council of Europe, 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 Insult And Incitement To Religious Hatred

Deakin S, Johnston A ve Markesinis B, Markesinis and Deakin’s Tort Law, Seventh Edition, (Oxford University Press 2013)

del Olmo P, “Punitive Damages in Spain” iç Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox (edr), Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives, (Springer Wien New York 2009) 137-154

Demir GA, “Haksız Fiil Hukukuna Yönelik Muhtelif Yaklaşımların Liebeck v. McDonald’s Davası Kapsamında İncelenmesi” iç Başak Baysal (edr), Sorumluluk Hukuku – Seminerler-Makaleler 2017 (On İki Levha Yayıncılık 2017) 59-76
Dönmezer S, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler (16. Bs., Beta Yayıncılık 2001)

Dönmezer S, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler (16. Bs., Beta Yayıncılık 2001)

Dulak A, “General Overview, Slovakia”, iç Bénédicte Winiger/ Helmut Koziol/ Bernard A. Koch / Reinhard Zimmermann (edr), Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage (De Gruyter 2011)

Eisele J ve Schittenhelm U, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar (30. Aufl., Der Verlag C.H.BECK 2019)

Ellis DD, “Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages”, (1982) 56 (1) Southern California Law Review 1-78

Eroşkun Şenol HK, “Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmenin Sistematik Açısından Borçlar Kanunundaki Yeri ve 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Durum”, (2018) 22 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 37-65

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (23. Baskı, Yetkin 2018)

Erman S ve Özek Ç, Ceza hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı Suçlar (Dünya Yayıncılık 1994).

Erman S, Hakaret ve Sövme Suçları, (2. Bs., İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi 1989)



Fellmann W ve Andrea K, Schweizerisches Haftpflichtrecht, (Stämpfli Verlag 2012)

Finkelstein C, “Positivism and the Notion of an Offense”, (2000) 88(2) California Law Review 335-394.

Gökcan HT ve Artuç M, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt Madde 86-140, (1. Bs., Adalet Yayınevi 2021)

Gönül Koşar G, “Haksız Fiil Hukukunun Amacı”, (2020) 69 (3) AÜHFHD 1437-1473

Gregor S, Das Bereicherungsverbot (Duncker & Humblot 2012)

Griffin BB, “Punitive Damages and the Tort System”, (1987) 22 (1) University of Richmond Law Review, 1-17

Grossfeld B, Die Privatstrafe: ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Alfred Metzner 1961)

Gül İ, ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza (Yetkin Yayınevi 2015)

Gülyüz MT ve Zorluoğlu Yılmaz A, “Bir Anglo-Amerikan Hukuku müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi” (2019) 141 TBB Dergisi 326-362

Gümüş MA, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, (Vedat Kitapçılık 2013)

Gümüş MA, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, (Vedat Kitapçılık 2014)

Hafizoğulları Z ve Özen M, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar (12. Bs., US-A Yayıncılık 2019)

Hafizoğulları Z ve Özen M, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar (6. Bs., US-A Yayıncılık 2017)

Hakaletho-Wainio S, “General Overview, Finland” iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage (De Gruyter 2011)

Hekim A ve Kaplan MB, “Cezalandırıcı Tazminat ve Medeni Ceza Kavramlarının Karşılaştırılması”, iç Başak Baysal (ed), Sorumluluk Hukuku – Seminerler – Makaleler 2017, (On İki Levha Yayıncılık 2017) 165-188

Hermann L ve Schiemann G, Schadensersatz, (3. Aufl., Mohr 2003)

Hrádek J ve Lubos Tichy L, “General Overview, Czech Republic” iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage (De Gruyter 2011)

Jansen N ve Rademacher L, “Punitive Damages in Germany” iç Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox (edr), Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives (Springer Wien New York 2009) 75-86.

Jansen N, Die Struktur des Haftungsrechts (Mohr Siebeck 2003)

Józson M, “General Overview, Romania” iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage (De Gruyter 2011)

Karahan S, Cahit Suluk, Tahir Saraç, ve Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, (Seçkin Yayıncılık 2012)

Karner E, “General Overview, Austria”, iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage (De Gruyter 2011)

Karner E, “Prevention, Deterrence, Punishment” iç Helmut Koziol (ed), The Aims of Tort Law – Chinese and European Perspectives (Jan Sramek 2017)

Keehn, EN, “Decriminalization and the U.N. Human Rights Bodies” Research Working Paper Series 2018 (7)

Kendigelen A, Çek Hukuku (On İki Levha Yayıncılık 2007)

Kılıçoğlu A, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar (Turhan Kitabevi 2006)

Koca M ve Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel hükümler (4. Bs., Adalet Yayınevi 2017)

Kocaoğlu SS, Uluslararası (AİHM) ve Ulusal Yargı İçtihatları Çerçevesinde Hakaret Suçu, (5237 sayılı TCK m. 125-131) (1. Bs., Seçkin Yayıncılık 2019)

Koziol G ve Koziol H, Austrian Private Law – An Overview in Comparison with German Law and with References to English and French Law (Jan Sramek Verlag 2017)

Koziol H, “Comparative Conclusions – Preliminary Remarks” iç Helmut Koziol (edr), Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective (De Gruyter, 2015) (Koziol, Comparative-Preliminary)

Koziol H, “Comparative Conclusions – Tasks of Tort Law” iç Helmut Koziol (edr) Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective (Jan Sramek Verlag 2015) (Koziol, Comparative-Tasks)

Koziol H, “Die Bedeutung des Zeitfaktors bei der Bemessung ideeller Schaden” iç Thomas Geiser, Thomas Koller, Ruth Reusser, Hans Peter Walter ve



Wolfgang Wiegand (edr) Festschrift für Heiz Hausheer zum 65. Geburtstag, Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, Beiträge zum Familienrecht, Erbrecht, Persönlichkeitsrecht, Haftpflichtrecht, Medizialrecht und allgemeinen Privatrecht (Staempfli Verlag AG 2002) (Koziol, FS Hausheer)

Koziol H, “Introductory Remarks” iç Helmut Koziol (edr), The Aims of Tort Law – Chinese and European Perspectives (Jan Sramek Verlag, 2017) (Koziol, Aims)

Koziol H, Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective (Jan Sramek Verlag 2012)

Koziol H, Österreichisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I (4. Auflage, Jan Sramek Verlag 2020) (Koziol, Österreichisches)

Kubiciel M ve Winter T, “Globalisierungsfluten und Strafbarkeitsinseln – Ein Plädoyer für die Abschaffung des strafrechtlichen Ehrenschatzesİ (2001) 113 (2) ZStW 305-333

Lahe J ve Tampuu T, “General Overview, Estonia” iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage (De Gruyter 2011) 1/19

Larenz K, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil (14. Aufl., Verlag C. H. Beck 1987)

Leflar RA, “Social Utility of the Criminal Law of Defamation” (1956) 34 Tex L Rev 984-1035

Lindenberg SD ve Vos HT “General Overview, The Netherlands” iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage (De Gruyter 2011) 1/8

Ludwiczowska-Redo K, “Basic Questions of Tort Law from a Polish Perspective” iç Helmut KOZIOL (edr), Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective (Jan Sramek Verlag 2015) 163-248

Macit İ, “Türk Rekabet Hukukunda Bir cezalandırıcı Tazminat Örneği Olarak Üç Kat Tazminat”, (2020) 10(20) HKÜHFD 376-377

Martens SAE ve Zimmermann R, “General Overview, Germany” iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage (De Gruyter 2011)

Martin-Casals M ve Ribot J, “General Overview, Spain”, iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage (De Gruyter 2011) 1/10

Meissel FS ve Mokrejs C, “General Overview, Historical Report” iç Benedict Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), Digest of European Tort Law II: Essential Cases on Damage (De Gruyter 2011) 1/1

Menyhárd A “General Overview, Hungary” iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage (De Gruyter 2011) 1/25

Menyhárd A “Punitive Damages in Spain”, iç Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox (edr), Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives, (Springer Wien New York 2009) 87-102 (MENYHÁRD, Punitive)

Menyhárd A, “Basic Questions of Tort Law from a Hungarian Perspective” Helmut Koziol (ed), Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective (Jan Sramek Verlag 2015) 251-351 (MENYHÁRD, Basic)

Mohr J, “Grundlagen des Schadensersatzrechts”, (2010) 32 (3) JURA 168, 179

Müller C, Handkommentar zum Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, (Stämpfli Verlag 2016)

Neethling J, “Punitive Damages in South Africa” iç Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox (edr), Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives (Springer Wien New York 2009) 123-136

Nomer HN, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi (Beta 1996)

Oğuzman K ve Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt – 2, (13. Bası, Filiz Kitabevi 2017)

Oliphant K, “General Overview, England and Wales” iç Benedict Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), Digest of European Tort Law II: Essential Cases on Damage (De Gruyter 2011), 1/12

Organization for Security and Co-Operation in Europe, The Representative on Freedom of the Media Dunja Mijatović, Defamation and Insult Laws in the OSCE Region: A Comparative Study, March 2017

Oven DG, “A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform”, (1994) 39 (2) Villanova Law Review 363-413

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (19. Bs., Seçkin Yayıncılık 2021)

Özden Merhacı S, Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) (Yetkin Yayıncılık 2013)

Parliamentary Assembly, Resolution 1577 (2007), Towards Decriminalisation of Defamation

Pereira A ve Veloso AM, “General Overview, Portugal” iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage (De Gruyter 2011) 1/11

Phiri C, “Criminal Defamation Put to the Test: A Law and Economics Perspective” (2021) 9 U Balt J Media L & Ethics 49-63

Quill E, “General Overview, Ireland”, iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage (De Gruyter 2011) 1/15.

Rey H, Ausserververtragliches Haftpflichtrecht (Schulthess 2003)

Roddy N, “Punitive Damages in Strict Products Liability Litigation” 23 (2) William&Mary Law Review 333-361

Rustad M ve Koenig T, “The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers”, (1993) 42 The American University Law Review 1269-1333.

Sanlı KC, Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi – Hukuk ve Ekonomi Öğretisi (Arıkan 2007)

Schwenzer I, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Staempfli 1998)

Sebok AJ “Punitive Damages in the United States”, iç Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox (edr), Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives (Springer Wien New York 2009) 155-196 (SEBOK, United States)

Sebok AJ ve Wilcox V, “Aggravated Damages” iç Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox (edr), Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives (Springer Wien New York 2009) 257-274

Sebok AJ, “Punitive Damages: From Myth to Theory” (2007) 92 Iowa Law Review 957-1036 (SEBOK, Myth)

Sebok AJ, “What did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today?”, (2003) 78, Chicago-Kent Law Review 163-206

Serozan R ve Engin Bİ, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları* (Seçkin Yayıncılık 2021)

Sınar H, “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu ve Bu Suçun Karşılaştırmalı Hukukta Gelişen Hakaretin Suç Olmaktan Çıkartılması Eğilimi Yönünden Değerlendirilmesi”, (2014) 9 (24) *Ceza Hukuku Dergisi*, 75-119

Soergel B ve Spickhoff A, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Band 12: Schuldrecht 10 §§ 823 - 853 BGB, Produkthaftungsgesetz, Umwelthaftungsgesetz* (13. Vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Kohlhammer 2005)

Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (12. Bs., Yetkin Yayıncılık 2018)

Spaic A, Nolasco C ve Novovic M, “Decriminalization of defamation e The Balkans case a temporary remedy or a long term solution?” (2016) 47 *International Journal of Law, Crime and Justice* 21–30

Süzek S, *İş Hukuku* (Beta Yayıncılık 2015)

Şahin C ve Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyyatı* (2. Bs., Seçkin Yayıncılık 2005)

T.B.M.M., Dönem: 22 Yasama Yılı: 3 (S. Sayısı: 901), Kilis Milletvekili Hasan Kara ile 2 Milletvekilinin; Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (2/452)

Tanev K, “General Overview, Bulgaria”, çç Bénédicte Winiger/ Helmut Koziol/ Bernard A. Koch / Reinhard Zimmermann (edr), *Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage* (De Gruyter 2011) 1/27

Tezcan D, Erdem MR ve Önok RM, *Ceza Özel Hukuku* (19. Bs., Seçkin Yayıncılık 2021)

Topçuoğlu M, “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Ankara, 28-29 Mayıs 2009, 5-59.

Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (26. Bs., Savaş Yayınevi 2021)

Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (11. Bs., Savaş Yayınevi 2021)

Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük* (11. Bs., Türk Dil Kurumu Yayınları 2011)

United Nations A/HRC/20/17, General Assembly Distr.: General 4 June 2012, Human Rights Council Twentieth session Agenda item 3 Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights,



including the right to development Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue

United Nations CCPR/C/GC/34, International Covenant on Civil and Political Rights, Distr.: General 12 September 2011, Human Rights Committee 102nd session Geneva, 11-29 July 2011 General Comment No. 34

Ülgen H, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen ve Arslan Kaya, Kıymetli Evrak Hukuku (On İki Levha Yayıncılık 2015)

Üzülmez İ, “Hakaret Suçu” (2010) 5 (12) Ceza Hukuku Dergisi 41-71

van der Berg J, “Should There Be a Crime of Defamation?” (1989) 106 (2) South African Law Journal 276-291

Viscusi WK “The Social Costs of Punitive Damages Against Corporations in Environmental and Safety Torts” (1998) 87(285) The Georgetown Law Journal 285-354

Wagner G, “Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmassung oder legitime Aufgabe”, (2006) 206 (2-3) AcP 352-476

Wagner G, “Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmassung oder legitime Aufgabe”, (2006) 206 (2-3) AcP 352-476

Weinrib EJ, Corrective Justice (Oxford Legal Philosophy 2012)

Wilcox V, “Punitive Damages in England” iç Helmut Koziol ve Vanessa Wilcox (edr), Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives (Springer Wien New York 2009) 7-53

Winfield RN ve Mendoza K, “The Abolition Movement: Decriminalizing Defamation and Insult Laws” (2007) 25 Comm Law 7-10

Winiger B, Patrick Fleury Pierre-Emmanuel Fehr ve Philippe Avramov “General Overview, Switzerland” iç Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernard A. Koch ve Reinhard Zimmermann (edr), Digest of European Tort Law – Volume 2: Essential Cases on Damage (De Gruyter 2011) 1/4

Yağcı K, Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (On İki Levha Yayıncılık 2013)

Yenidünya AC ve Alşahin ME, “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar” (2207) (68) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 43–93

KAMU HUKUKU

- HUKUK TARİHİ AÇISINDAN KALEBEND DEFTERLERİ**
Kalabend Registers in Terms of History of Law
İsmail ALTINOZ
- DİJİTAL DÜNYADA ÇEVİRİMİÇİ RİSKLER, BİLİŞİM SUÇLARI VE MAĞDUR ÇOCUK**
Online Risks in The Digital World, Cyber Crimes and Child Victims
Pelın ÖZKAYA
- TÜRK CEZA YARGILAMASINDA İSTİNAF MAHKEMESİ KARARLARININ KESİN NİTELİĞİ VE KANUN YOLLARINA BAŞVURU**
Right to Apply to Legal Remedies and Irrevocable Qualification of Appeal Court Decisions in Turkish Criminal Justice System
Mustafa ATALAN
- KENTSEL DÖNÜŞÜM KAPSAMINDA AFET RİSKİ ALTINDAKİ YAPILARIN TESPİTİ VE TESPİTE İTİRAZ**
The Detection of Structures under Disaster Risk within the Scope of Urban Transformation and the Objection to the Detection
Nijat AMIRASLANLI
- FOUCAULT PERSPEKTİFİNDEN CEZALANDIRMA ANLAYIŞINDAKİ DEĞİŞİM**
Change in the Understanding of Punishing with Respect to Foucault's Ideas
Funda KAYA BOZOK, Zeliha KILIÇPARLAR
- TRAFİK İDARİ PARA CEZALARININ YARGISAL DENETİMİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME**
An Assessment on Judicial Review of Traffic Administrative Fines
Hakan ARSLANER
- SANAL GERÇEKLIK VE ARTIRILMIŞ GERÇEKLIK UYGULAMALARININ CEZA HUKUKU ÜZERİNDEKİ OLASI ETKİLERİ ÜZERİNE BİR DENEME**
An Essay on the Possible Effects of Virtual Reality and Augmented Reality Technologies on Criminal Law
Tamer SOYSAL
- 7406 SAYILI KANUN'UN SAĞLIK ÇALIŞANLARI BAKIMINDAN GETİRDİĞİ YENİ DÜZENLEMELER**
New Regulations Brought by Law No. 7406 For Healthcare Workers
Serap KAYGUSUZ
- EŞYANIN DOSYADA DELİL OLARAK SAKLANMASI KARARI ÜZERİNE BİR İNCELEME**
An Examination of the Decision to Keep the Property as Evidence in the File
Uğur ERSOY, Sibel CAN

ÖZEL HUKUK

- 7343 SAYILI KANUN İLE İHALENİN FESHİ ŞİKÂyetİNDE (İJK m.134) YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ**
Assesment of The Amendments Made in Complaint of Annulment of Tender with The Code No 7343
Yasin KÖSE
- COMMON LAW'DA "TRUST"IN KÖKENİ OLARAK İSLAMİ "VAKIF" KURUMU**
The Islamic "Waqf" Institution as the Origin of "Trust" in Common Law
Şahban YILDIRIMER
- GÖÇ ve VATANDAŞLIK İLİŞKİSİNDE ULUS-ÖTESİ BİR FORMÜLASYON OLARAK JUS NEXI ESASI VE İŞLEVSELLİĞİ**
As A Transnational Formulation on Migration and Citizenship Relationship: Jus Nexi and It's Functionality
Fatma Elif ÇELİK
- ALACAKLININ TEMERRÜDÜ HALİNDE BORÇLUDAN FAİZ İSTENİP İSTENEMEYECEĞİ MESELESİ**
The Issue Whether Interest can be Demanded From the Debt in Case of the Default of Creditor
İmge Hazal YILMAZ TEKİN
- TÜKETİCİNİN AYIPLI HİZMET HALİNDE MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ**
The Consumer's Moral Compensation Demand Due to Defective Service
Miray Özer DENİZ, İdil Nur GÜRBÜZ GÖKBERK
- ANONİM ORTAKLIK SERMAYE ARTIRIMINDA YÖNETİM KURULU BEYANI**
Statement of the Board of Directors in a Joint Stock Company Capital Increase
Fahri ÖZSUNGUR
- HAKARETİN SUÇ OLMAKTAN ÇIKARILMASI VE İKAME YAPTIRIM ÖNERİSİ: ÖZEL HUKUK CEZASI**
Decriminalization of Defamation and the Proposition of a Substitute Sanction: Civil Punishment
Tuğçe ORAL, Eylem BAŞ

Ahlatlıbel Mahallesi
İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
06095 Çankaya/ANKARA - TÜRKİYE

T. +90 (312) 489 81 80 • F. +90 (312) 489 81 01

yayin.taa.gov.tr

ISSN:1309-6826

